

Resolución y restitución: los retrocesos patrimoniales en el Registro de la Propiedad

Resolution and restitution: patrimonial setbacks in the Property Registry

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: El Registro de la Propiedad, como fuente de publicidad oficial del estado jurídico-real de las fincas, debe recibir todos los actos y negocios que justifiquen un cambio en aquel estado. Los «actos de tráfico» son los ejemplos más claros de ello. Pero no debemos dejar de lado aquellos otros casos en que los derechos inmobiliarios se mueven, no porque «avancen» en el circuito inmobiliario, sino porque «retroceden», volviendo sobre sus pasos. Ello puede obedecer a distintas razones, que en todo caso ponen de manifiesto una estrecha imbricación entre del derecho de obligaciones y los derechos reales.

La causa por la que haya de operar un retroceso patrimonial es lo que determina el alcance de dicho retroceso, su naturaleza, y con ello, los efectos frente a los posibles subadquirentes que hayan podido adquirir derechos antes de hacerse efectiva la causa del retroceso patrimonial. El presente trabajo pretende abordar el estudio de estos aspectos, tanto desde el Código civil como desde la Ley Hipotecaria, considerando 1) las condiciones resolutorias

explicitas en general; 2) la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código civil en particular; y 3) la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 del Código civil.

ABSTRACT: The Property Registry, as a source of official publicity of the status of the land, must be able to receive all the acts and contracts that justify a change in that status. The contracts and similar acts in the traffic are the clearest examples of this. But we must take account other cases in which real estate rights move, not because they «advance» in the real estate circuit, but because they «go backwards». This «going backwards» may be due to different reasons, which reveal a close overlap between the «Law of obligations» and «Law of property».

*The scope of this «going backwards», its nature and its effects over the sub-purchasers, is determined by its cause. The present work tries to approach the study of these aspects, both from the Civil Code and from the Mortgage Law, considering 1) the explicit resolution conditions in general; 2) the explicit resolute condition of article 1504 of the Civil Code in particular; and 3) the resolution for non-compliance *ex* article 1124 of the Civil Code.*

PALABRAS CLAVE: Resolución. Restitución. Incumplimiento. Condiciones. Subadquirente. Lex Commissoria.

KEY WORDS: Termination. Restitution. Breach of contract. Conditions. Sub-purchaser. Lex Commissoria.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO *EX* ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. ASPECTOS GENERALES DE LA CONSECUENCIA RESTITUTORIA POR INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO: 1. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y CAUSALISMO DEL SISTEMA TRANSMISIVO ESPAÑOL. 2. LA CUESTIONABLE REMISIÓN A LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS, PARA EXPLICAR LA RESITUCIÓN EN LOS CASOS DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. 3. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, Y MODO DE PRODUCIRSE. 4. RESTITUCIÓN, Y MOMENTO EN QUE EL BIEN REINGRESA EN EL PATRIMONIO DE LOS SUJETOS A LA RESOLUCIÓN.—III. EL INCUMPLIMIENTO COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: 1. EL DOMINIO O EL DERECHO REAL SOMETIDO A CONDICIÓN RESOLUTORIA. 2. LA TESIS DE FEDERICO DE CASTRO SOBRE LAS TITULARIDADES PREVENTIVAS.

CONSECUENCIAS HIPOTECARIAS. 3. LA HIPÓTESIS CONCRETA DE CONDICIÓN RESOLUTORIA POR FALTA DE PAGO EN LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA: EL ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. RESTITUCIÓN, Y MOMENTO EN QUE EL BIEN REINGRESA EN EL PATRIMONIO DEL BENEFICIADO POR RESTITUCIÓN.—IV. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. REINSCRIPCIÓN A FAVOR DE VENDEDOR QUE RESUELVE. 2. REINSCRIPCIÓN, Y CONSIGNACIÓN DE LA PARTE DEL PRECIO QUE EN SU CASO HAYA PODIDO RECIBIR EL VENDEDOR DEL COMPRADOR, TANTO EN EL CASO DE RESOLUCIÓN *EX* 1124, COMO EN EL DEL ARTÍCULO 1504. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. 3. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR QUE RESUELVE, Y CANCELACIÓN DE LOS ASIENTOS INTERMEDIOS. POSIBLE AUTONOMÍA DE AMBOS FENÓMENOS.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el tráfico jurídico, los movimientos del dominio y de los derechos reales limitados no pueden analizarse sino desde su íntima conexión con el Derecho de obligaciones, más aún si cabe en un sistema de transmisión causalista como es el español y en todos los que comparten con él la misma tradición jurídica.

Es habitual (porque es el orden expositivo natural) explicar esta imbricación derecho de obligaciones-derechos reales, poniendo de manifiesto que, en el tráfico, las mutaciones jurídico-reales son consecuencia de la autonomía privada, canalizada a través de negocios jurídicos (causa remota de los movimientos patrimoniales). Pues bien: en este estudio nos proponemos abordar esta misma imbricación derecho de obligaciones y derechos reales, en *dirección contraria*, esto es, cuando se produce o ha de producirse el *retroceso* de una mutación jurídico real también como consecuencia de la dinámica obligacional sobre la que se sustenta el título que justificó en un primer momento ese efecto real, que ahora retrocede o ha de retroceder. En concreto, nos centraremos en cómo la *resolución* opera, bien sobre los contratos, bien sobre los derechos reales, como causa de retrocesos patrimoniales, y cómo la dinámica registral se ha adaptado a ello en el Derecho español, tomando en consideración las resoluciones más recientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado / Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGRN / DGSJyFP).

Se trata esta de una materia en la que las relaciones del Derecho de obligaciones y los Derechos reales, van muy estrechamente de la mano y en las que se difuminan esas fronteras imaginarias que los estudiantes de Derecho muchas veces se hacen (nos hicimos) sobre la idea de que son *dos asinaturas distintas*.

El presente trabajo se estructura en tres partes: en la primera, se aborda el retroceso patrimonial que opera como consecuencia de la resolución por incumplimiento contractual; en la segunda, el retroceso que opera cuando la resolución obedece a la activación de una condición resolutoria *explicita*; y en la tercera, cómo se produce una y otra en el Registro de la Propiedad, vale decir, cómo una y otra se traducen en el «lenguaje» registral y los libros del Registro, lugar en el que ambos procesos resolutorios están llamados a desembocar.

II. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO *EX* ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. ASPECTOS GENERALES DE LA CONSECUENCIA RESTITUTORIA POR INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

1. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y CAUSALISMO DEL SISTEMA TRANSMISIVO ESPAÑOL

La resolución por incumplimiento es uno de los mecanismos de tutela del derecho de crédito, que el Legislador pone a disposición del acreedor que sufre un incumplimiento lo suficientemente grave, como para justificar una reacción tal por el acreedor.

Como sabemos, el Código civil español ubica la resolución por incumplimiento dentro de la regulación de las obligaciones condicionales (art. 1124 CC), pero se refiere a la resolución como una *facultad*, y no como una *hipótesis resolutoria per se* del derecho por el solo acaecimiento del hecho condicional (que en este caso habría de ser el incumplimiento grave resolutorio). De esta forma, el carácter resoluble de un contrato susceptible de ser gravemente incumplido, no es un elemento definidor de la forma de ser del derecho que ha sido objeto de tráfico en este contrato, sino una facultad que integra la posición jurídica acreedora, abstracción hecha del tipo de contrato (causa) del que deriva el crédito.

Esta forma de entender la cuestión podría resultar, en una primera aproximación, extraña en el marco de un sistema transmisivo causalista (por oposición a los sistemas transmisivos «abstractos»), en el que el mantenimiento en la sociedad del movimiento patrimonial operado en un acto de tráfico, depende de que ese mismo acto siga siendo eficaz; en este sentido, podría decirse que la íntima dependencia de una transmisión con respecto al negocio del que trae causa, difumina las fronteras entre el plano jurídico obligatorio y el jurídico real, de manera que todos los avatares del plano obligacional y la forma de ser de los derechos y obligaciones en él (causa remota de la transmisión), tienen su exacto reflejo en las consecuencias jurídico reales.

Lo anterior es (ha de ser) cierto en un sistema de transmisión calificable como *causalista*; pero solo lo es en la medida en que el fin socioeconómico (causa) del negocio jurídico, en su particular forma de configuración querida por las partes, exija esa dependencia del plano jurídico real con el obligacional, y no en lo demás. Nadie dirá, por ejemplo, que el dominio transmitido por causa de una venta es un dominio sometido a «resolución» solo porque aún no hayan caducado las posibles acciones de saneamiento por vicios ocultos que le podrían asistir al comprador *ex* artículos 1484 y siguientes del Código civil, aunque la acción redhibitoria que en su caso pudiera ejercitarse está llamada a operar un retroceso patrimonial en favor del comprador (efecto jurídico real). Mucho menos podrá afirmarse esa interrelación causalista en la transmisión entre los planos obligacionales y jurídico reales, tomando como referencia una facultad que el ordenamiento pone a disposición de todo acreedor por el solo hecho de serlo, independientemente (abstracción hecha) del tipo de negocio celebrado, como sucede, por ejemplo, con la rescisión por fraude de acreedores o, cabalmente, con la resolución por incumplimiento, por bien que ambas están llamadas a operar, también, un retroceso patrimonial por el efecto restitutorio que exigiría su dinámica.

En definitiva, que un sistema transmisivo sea «causalista», y en este sentido, que los efectos transmisivos estén supeditados a la validez y eficacia de una relación jurídico obligatoria previa en el tráfico, no ha de impedir por ello solo, contemplar la superposición de los planos jurídico-personal y jurídico-real en cada una de las partes intervinientes; ni tampoco ha de impedir una relativa dinámica independiente de ambos planos, en los casos en que un determinado elemento definidor de la posición jurídica de las partes exija considerarlas, ya solo como deudor-acreedor (plano crediticio), ya solo como transmitente-adquirente (plano jurídico-real). Cuando esto sucede, es posible que ello pueda tener reflejo en el *otro* plano, pero en el bien entendido que esto es *solo* una consecuencia *indirecta o refleja*, quizá necesaria, pero que no obedece al *causalismo* de la transmisión. En este sentido nos parecen clarificadoras las palabras de CLEMENTE MEORO, al afirmar que en la resolución por incumplimiento, «sobre todo, la restitución es el resultado de consideraciones de equidad: si la parte incumplidora no tuviera que reintegrar lo recibido, se enriquecería injustamente a costa de la otra parte» (CLEMENTE MEORO, 2009, 42).

Esta distinción es la base que nos permitirá comprender que, aunque exteriormente resulte similar la restitución por resolución *ex* 1124 del Código civil y restitución por efecto de una condición resolutoria explícita, *cualitativamente* son muy distintas; y esta diferencia cualitativa se pone de manifiesto esencialmente en la oponibilidad de sus efectos frente a los posibles subadquirientes del bien¹.

2. LA CUESTIONABLE REMISIÓN A LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS, PARA EXPLICAR LA RESTITUCIÓN EN LOS CASOS DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Como sabemos, la ubicación sistemática de la resolución por incumplimiento en nuestro Código civil (art. 1124, norma de cierre de la regulación de las obligaciones condicionales), ha ejercido una gran influencia a la hora de estudiar los efectos restitutorios de la resolución por incumplimiento², que en muchas ocasiones se remite a los preceptos previos, destinados a regular las condiciones *explicitas*.

Esta ubicación, y su concepción como condición resolutoria «tácita», ya mereció la crítica de los más tempranos comentaristas del Código civil³, y obedece, como ha puesto de relieve por todos MORALES MORENO, a que el modelo que ha tenido en cuenta el legislador español al regular la parte general de las obligaciones en el Código civil «no es el de la obligación sinalagmática (sin duda el más frecuente hoy), sino el de la unilateral» (MORALES MORENO, 2006, 24)⁴.

Conviene tener claro lo anterior, para evitar estudiar la resolución por incumplimiento desde la óptica de las condiciones propiamente dichas. La condición resolutoria explícita/expresa, es una forma de ser del derecho al que la condición afecte/defina, y en ese sentido, define el derecho no solo *inter partes*, sino también respecto a cualquier interesado, que ha de poder hacer valer la resolución del derecho o el levantamiento de la suspensión de su eficacia (condición resolutoria o suspensiva, respectivamente) cuando se dé el hecho previsto como condición en el caso respectivo: en tales casos, la resolución (o levantamiento de la suspensión) es la forma de ser del derecho (real o de crédito) en el tráfico, y por tanto, no necesita ningún acto de la autonomía privada para que la consecuencia condicional se produzca, sino únicamente la constatación del hecho previsto como condición. Así, el acreedor que pudiera resultar afectado, por ejemplo, por la inacción de su deudor al no exigir este la restitución de un bien a pesar de haberse producido a su favor la condición resolutoria, no necesita subrogarse en la posición de su deudor para exigir la restitución del bien *ex* artículo 1111 del Código civil, sino que ha de poder solicitar el embargo del bien, aun cuando posea un tercero, *ex* artículo 1911 del Código civil: a tal efecto, le ha de bastar con probar la realidad del hecho previsto como condición suspensiva.

Nada de esto sucede en la hipótesis de incumplimiento resolutorio, esto es, el que habilita (o «faculta», por emplear la nomenclatura del art. 1124 CC) a la resolución. Tal incumplimiento resolutorio, por sí solo, no reasigna los bienes, sino que simplemente *faculta a hacerlo*. Esto implica, a su vez, importantes consecuencias que ahondan en la distinción entre la resolución por incumplimiento y la condición resolutoria explícita:

a) El acreedor tercero que lo fuese de aquel que tiene derecho a exigir la resolución *ex* artículo 1124 y con ello a la restitución de la prestación/bien que él realizó/entregó, no puede exigir el embargo del bien de que se trate directamente, sino que necesita de la acción subrogatoria *ex* artículo 1111 del Código civil como presupuesto para «realojar» el bien en el patrimonio de su deudor, y quedar así a su alcance *ex* artículo 1911.

b) Conocer que el acreedor de una prestación ha sufrido un incumplimiento lo suficientemente grave para que aquel pudiera resolver y exigir así la restitución de la prestación que él a su vez realizó, no es conocer que el acreedor es dueño de la cosa que eventualmente recuperaría si resuelve (lo que parece claro), ni tampoco es conocer (y esto es menos claro) que *tiene derecho a la cosa* (como si de un *ius ad rem* se tratara). Este matiz resulta importante en el tráfico inmobiliario, y especialmente, de cara a perfilar el campo de juego de la buena fe que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en sede de fe pública registral, y el campo de juego de la buena fe a que se refiere el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, como veremos más abajo.

3. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, Y MODO DE PRODUCIRSE

En nuestra opinión, entender la resolución por incumplimiento como *derecho potestativo* o *facultad de configuración jurídica*, nos parece una forma muy adecuada de aproximarse a la figura⁵, y explica de forma convincente las consecuencias que la resolución por incumplimiento grave conlleva, y que confirman algunos pronunciamientos jurisprudenciales. En este sentido:

— La resolución exige una declaración recepticia por parte del acreedor que sufre el incumplimiento. No se produce de forma automática.

— La resolución no implica la *desaparición* del contrato, sino únicamente la liberación de los contratantes de lo que podríamos llamar sus *obligaciones prestacionales primarias*⁶. La resolución no implica la extinción del contrato, es decir, que el contrato no es el *objeto* de la resolución. La resolución solo es un remedio contractual en el marco de las relaciones jurídicas *sinallagmáticas*, en las que las prestaciones están recíproca y causalmente enlazadas; teóricamente, bastaría con «aislar» las consecuencias inherentes a la sinallagmaticidad que justificó la aparición del contrato en el tráfico como fruto de la autonomía privada, y hacer que estas no operen en perjuicio del acreedor que sufre el incumplimiento resolutorio. Así, la resolución puede operar haya o no deberes restitutorios (por ejemplo, ha de operar antes de que haya algo siquiera que devolver), y en cualquier caso,

al ser la resolución una *facultad* de configuración jurídica en manos del acreedor, este *decidirá si las prestaciones deben cumplirse o no*.

El contrato, por tanto, sigue en vigor como módulo de los intereses puestos en común, y como ámbito delimitador de imputabilidad de los daños indemnizables, que no tienen por qué reducirse solo al «interés contractual negativo», y permiten la cobertura del interés positivo (descontando, lógicamente, el valor de lo que se recibe por vía de restitución/valor de la prestación que se libera como consecuencia de la resolución)⁷.

4. RESTITUCIÓN, Y MOMENTO EN QUE EL BIEN REINGRESA EN EL PATRIMONIO DE LOS SUJETOS A LA RESOLUCIÓN

Determinar el momento en que el bien objeto de restitución vuelve a entrar en el patrimonio del que ejercita el remedio resolutorio ante el incumplimiento, es determinar el momento en el que la consecuencia restitutoria típica de la resolución produce consecuencias jurídico-reales (mutación jurídico real). Esto determina la necesidad de diferenciar los estadios previo y posterior a tal momento, en el entendido que, si durante ellos el obligado a la restitución realiza actos de tráfico sobre el bien que ha de restituirse, las condiciones de protección del tercero han de ser distintas.

En líneas generales, la doctrina se ha mostrado favorable a entender que el reingreso patrimonial del bien se produce en el momento mismo en que la resolución se ejercita eficazmente. En este sentido, DÍEZ-PICAZO afirmó que la resolución «produce efectos recuperatorios, en virtud de la sentencia *o de la decisión de resolver*» (la cursiva es nuestra) (DÍEZ-PICAZO, 1996, 724). En la misma línea también RODRÍGUEZ ROSADO, el cual ha defendido que la resolución por incumplimiento tiene efectos reales *ex nunc*, «es decir, produciendo en el mismo instante de la resolución la retransmisión del bien» (RODRÍGUEZ ROSADO, 2013, 245). La consecuencia de ello es que «[l]os terceros serán protegidos si adquirieron antes de ese momento, y siempre que no sean de mala fe (...)», pues si adquirieron después, solo podrán ser protegidos al amparo de las reglas que protegen las adquisiciones *a non domino*. Añade además el último de los autores citados que si el tercero, al adquirir ya conocía que su transmitente había incurrido en *incumplimiento resolutorio*, eso es bastante para negarle su *buena fe* (requisito esencial para que opere a su favor cualquier adquisición *a non domino*) (RODRÍGUEZ ROSADO, 2013, 246).

Esta tesis probablemente ofrece una adecuada visión del fenómeno en el sentido de que se aleja definitivamente del efecto *ex tunc* pretendidamente aplicable a la resolución por incumplimiento, por mimetismo con lo que el Código civil prevé en sede de condición resolutoria *explicita*. Pero no com-

partimos la idea conforme a la cual la retransmisión del bien al acreedor que resuelve se produce automáticamente, esto es, por el solo hecho de la resolución (para lo que, como hemos visto, bastaría la mera declaración unilateral recepticia del acreedor que resuelve). Desde luego, en caso de la negativa del deudor a devolver el bien, el acreedor tiene expedita la vía judicial, y en ella, poder pedir como medida cautelar *anotación preventiva de demanda*; pero esta anotación no tiene efecto jurídico real *retroactivo* al momento en que se practica, como si pudiera determinar un cierre registral (de nuevo, retroactivamente) para los títulos anteriores que no tuvieron acceso al Registro. Dicho de otro modo: el efecto de la anotación preventiva de demanda en estos casos solo tiene un efecto de *oponibilidad* frente a los títulos de fecha *posterior*, pero no puede tener un efecto de *fe pública registral* frente a los títulos de fecha *anterior* no inscritos, porque eso sería desvirtuar la naturaleza misma de la relación jurídica restitutoria por causa de resolución.

La anotación de demanda de resolución por incumplimiento *ex* artículo 37 de la Ley Hipotecaria genera para el acreedor que resuelve una situación similar a la de un *ius ad rem* sobre el inmueble objeto de restitución. Tal es, en nuestra opinión, la forma adecuada de abordar la cuestión, y es, además, conforme con la doctrina general de las anotaciones de demanda⁸. El artículo 198 del Reglamento Hipotecario es claro al afirmar que, si prospera la demanda que fue objeto de anotación preventiva, la cancelación de los asientos practicados después de dicha anotación solo puede hacerse de forma directa cuando aquellos hayan sido causados por título de fecha *posterior* a la de la anotación; para la cancelación de los asientos practicados después de la anotación, pero de fecha *anterior*, son necesarios los actos de comunicación que, hoy, disponen los artículos 149 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹, no procediendo, por tanto, la cancelación automática.

En este sentido, es especialmente clara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 31 de septiembre de 2000 (Sentencia núm. 410/2000)¹⁰.

Mención especial merece el caso tratado en la STS de 22 de septiembre de 2008, en la que seguramente se llegó al resultado apropiado, pero de la cual no es posible extraer una doctrina general de los efectos de la anotación preventiva de demanda. Se trató de un caso en el que existía una inscripción en favor de una entidad, la cual inscripción fue declarada nula en un procedimiento judicial. Tras la cancelación, y por causa de la reinscripción que ello supuso en favor de otra persona, un tercero embargó el inmueble, practicándose anotación preventiva del mismo. Por otro lado, se interpuso demanda en la que se pedía que se anulase la cancelación a que antes se hizo referencia, practicándose la correspondiente anotación de demanda, anotación esta de demanda que se practicó *después* de la anotación de embargo.

En este caso, el Tribunal Supremo entendió que la anotación de demanda tenía preferencia sobre la anotación de embargo, pero la clave de esta solución radicaba en que la demanda anotada habría de retrotraer sus efectos a la fecha de la cancelación indebidamente practicada (cancelación de fecha, esta sí, *anterior* a la anotación de embargo)¹¹. Por ello en dicha sentencia se puede leer que «el embargo y su anotación registral no generan preferencia alguna para el anotante frente al resultado de un proceso en que precisamente se discute sobre la propiedad del inmueble». En el resto de supuestos, la preferencia habría de venir dada por la fecha de su práctica, sin que pueda generalizarse, por tanto, la idea de que la anotación de demanda, aun posterior, vence a la anotación de embargo de fecha anterior.

Todo lo explicado hasta aquí permite afirmar que el reingreso patrimonial del bien, en el patrimonio del acreedor que resuelve, se produce *realmente*, ya con la sentencia estimatoria, ya con el acuerdo de deudor y acreedor, esto es, y más en concreto, cuando estemos ante alguno de los títulos que conforme al artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria permitirían la cancelación-reinscripción en favor del acreedor que resuelve: esos títulos *han de provocar, por sí solos*, el efecto de retroceso patrimonial.

El acreedor que resuelve (emite la declaración recepticia en tal sentido), lo mismo que el comprador a quien la cosa no se le ha entregado, no tiene más que un *derecho a la cosa*, incapaz por su naturaleza de provocar una verdadera «inexactitud registral» en el sentido del segundo párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esto no quiere decir que el conocimiento por un tercer subadquirente de esa declaración resolutoria recepticia sea completamente irrelevante: lo ha de ser, en el mismo sentido en que lo es el conocimiento de una venta *anterior* en las hipótesis reguladas en el artículo 1473 del Código civil¹².

Pero el solo conocimiento por el tercer subadquirente, de que su transmitente ya había incurrido a su vez en incumplimiento *potencialmente resolutorio* que le podría suponer a ese transmitente, consecuencias restitutorias sobre el mismo bien, no puede conducir a calificar a ese subadquirente como de *mala fe*, y negarle por ese solo hecho protección frente a tales potenciales consecuencias restitutorias. Ello pasaría, cuando menos, por afirmar una consecuencia retroactiva de la declaración resolutoria al momento en que se produce el incumplimiento resolutorio, fácil de explicar en el plano jurídico obligacional con fundamento en la idea del *fin protector del contrato* y la indemnizabilidad íntegra de los perjuicios que el acreedor haya sufrido, pero muy difícil de explicar en el plano restitutorio jurídico *real*, sobre todo cuando se afirma (como aquí también se defiende) que la resolución no supone desaparición del contrato ni, por tanto, de la causa (remota) transmisiva, sino una nueva dinámica contractual, la única que ya puede suponer para el acreedor que resuelve

la mejor forma de proteger su interés contractual (incluido, si procede, el interés contractual positivo).

III. EL INCUMPLIMIENTO COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. EL DOMINIO O EL DERECHO REAL SOMETIDO A CONDICIÓN RESOLUTORIA

A diferencia de lo que sucede con las obligaciones y los derechos de crédito, no existe en el Derecho español una regulación de la *condicionalidad* en el dominio y los derechos reales, y esto podría plantear dudas acerca de la posibilidad de dominios o derechos reales sometidos, concretamente y a lo que ahora nos interesa, a condición resolutoria.

El apuntado silencio del codificador español, sin embargo, no resulta determinante para negar esta posibilidad. Basta comprobar la regulación de algunos tipos de derechos reales, en que se da por supuesta la posibilidad de someterlos a condición, como sucede en el artículo 513.2.º en sede de usufructo, o en el artículo 546.4.º en sede de servidumbres.

Con todo, la cuestión, y la posibilidad de ofrecer una respuesta convincente a ella, resulta más compleja, considerando que la aparición de las condiciones referidas a los derechos reales se produce típicamente a través de *negocios jurídicos*, vale decir, del juego de la autonomía privada. Y en este punto, los autores se han cuestionado si lo que se somete a condición es el *derecho real* objeto de transmisión, o si lo es *la transmisión misma*. Concretamente, DÍEZ-PICAZO afirmó la posibilidad de constituir derechos reales limitados sometidos a condición, pero «[t]ratándose de la adquisición y transmisión del dominio parece preferible entender que lo condicionado es el negocio, y no el derecho» (DÍEZ-PICAZO, 2008, 970).

Sin embargo, creemos que esta pretendida distinción resulta difícil de justificar¹³, y además, no parece que lleve a ninguna diferencia práctica. Lo que adquirimos por acto de tráfico no solo queda constreñido a lo que el transmitente puede transmitirnos (*nemo dat quod non habet*; podríamos decir que este es el límite máximo —abstracto de lo que podemos adquirir de otro, aplicable a toda posible transmisión), sino a lo que *realmente* (*concretamente*) nos transmite, y esto viene determinado por el título— causa remota de la transmisión, que por tanto lo es de la forma de ser del derecho que recibe el adquirente (este sería el límite concreto de lo que de hecho adquirimos del que dispone a nuestro favor). Afirmar, por tanto, que lo que se somete a condición (por ejemplo, resolutoria) es la transmisión, es lo mismo que afirmar que lo que se somete a condición es el derecho transmitido: la

primera es la medida-canon de la forma de ser del segundo, y esta forma de ser es tan oponible a terceros como lo es el derecho que de esta forma se limita¹⁴. Esto es una necesidad del *sistema transmisivo causalista* español, que no permite separar ambos planos¹⁵. El artículo 23 LH da por supuesta esta forma de comprender la cuestión.

Lo anterior no debe confundirse con la necesidad de diferenciar la condicionalidad de la transmisión y la condicionalidad del contrato mismo como generador de obligaciones como dos fenómenos distintos. La diferencia fue trazada con claridad por LARENZ en el marco de un sistema de transmisión abstracta, (LARENZ, 1979, 694) y en la doctrina española merece resaltarse la claridad con que la ha expuesto GORDILLO CAÑAS, y cuyas palabras transcribimos: «[c]ompraventa condicional y transmisión condicional del dominio no son realidades completamente idénticas, porque en la primera es el mismo contrato de compraventa el que queda por voluntad de las partes sometido al juego de la condición, mientras que en la transmisión condicional del dominio el contrato de compraventa se querría, en principio, como puro y simple, y lo que se pretende someter a condición es, inmediata y directamente, su resultado transmisivo; solo remotamente y en movimiento de marcha atrás, el contrato que lo provoca, en tanto que el mismo, sin aquel resultado, queda privado de todo sentido. Más brevemente y por derecho: en la compraventa condicional, la situación de pendencia propia de la condición afecta, antes que a la derivación jurídico-real del contrato, a la entraña de su contenido obligacional. Estamos entonces en el paso previo al que determina la entrada en el mundo de las mutaciones reales que el Registro está llamado a publicar; y dentro, todavía, del de las obligaciones —interesa la de transmitir— que el artículo 9 del Reglamento Hipotecario excluye de él» (GORDILLO CAÑAS, 1998, 488).

La idea anterior nos lleva a otro problema, que conviene también tratar aunque sea de forma concisa: consiste en averiguar en cada caso concreto qué es lo que se somete a condición, es decir, si lo que se sujeta a condición es el derecho real o la relación jurídica obligatoria por la que el derecho surge y/o se transmite¹⁶. Esto conduce en definitiva a una cuestión de interpretación, que en ámbito del Registro inmobiliario resulta ineludible para el Registrador conforme lo dispuesto en la regla 6.^a del artículo 51 RH, pero que, en buena medida queda facilitada por disposiciones como las de los artículos 11 o 23 LH¹⁷.

El artículo 51, regla 6.^a del Reglamento Hipotecario, impone la necesidad de que conste en la inscripción todo lo que determine el derecho o limite sus facultades, «copiándose literalmente¹⁸ las condiciones suspensivas o resolutorias». Y añade: «No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real». De aquí creemos que puede extraerse como idea de partida que, salvo que las partes hayan

querido dar a una condición una eficacia meramente obligacional, debe entenderse que la condición afecta a la transmisión-derecho transmitido (véase lo explicado al inicio de esta parte del trabajo), y en la medida en que la actualización de la condición pudiera implicar un asiento registral, dicha condición tiene efectos jurídico reales y debe ser inscrita. En otras palabras: las condiciones han de inscribirse, salvo en dos grupos de casos:

— Cuando la actualización de la condición no tuviera como consecuencia ningún acto inscribible en el Registro.

— Cuando la condición se pacte *expresamente* como operativa solo en el plano obligacional, o, incluso a falta de tal pacto expreso, no haya duda de ello tras interpretar el negocio¹⁹.

Si lo que se somete a condición no es la transmisión, sino el contrato mismo como fuente de las obligaciones, habrá de denegarse la inscripción del título, ya se trate de sometimiento del contrato a condición suspensiva (pues en tal caso la vigencia de la condición impide que surjan las obligaciones contractuales, y con ello, la causa transmisiva o constitutiva de los derechos reales)²⁰, ya se trate de condición resolutoria (pues aunque en estos casos la condición no impide el surgimiento actual de las obligaciones derivadas del contrato, y con ello la existencia actual de causa transmisiva o constitutiva de los derechos reales, supuesta la expulsión del Registro a todo el contenido obligacional, inscribir el título (sin la condición) implicaría dar entrada a un título que potencial, pero conocidamente, puede llevar a una inexactitud registral sin que la causa de la inexactitud pudiera constar en el Registro).

2. LA TESIS DE FEDERICO DE CASTRO SOBRE LAS TITULARIDADES PREVENTIVAS. CONSECUENCIAS HIPOTECARIAS

La titularidad del dominio y de los derechos reales limitados sometidos a condición, puede cumplir valiosas funciones en el tráfico, y traducir jurídicamente los legítimos intereses de las partes, con la eficacia *erga omnes* propia de la categoría. DE CASTRO se refería, en este sentido, a las «titularidades preventivas» como una forma de canalizar los intereses de sus beneficiarios eventuales, y señalando el sometimiento a condición como prototipo de titularidad preventiva (especie, a su vez, de una categoría más general, que denominaba «titularidad interina»). Este tipo de titularidad ofrece a su titular medios de intervención adecuados a los intereses de las partes, configurando una titularidad que, aunque subordinada y con la interinidad que deriva de la relación jurídica que la origina, es una titularidad en sí misma, en su particular forma de configuración, y como tal puede

ser enajenada, gravada, objeto de sucesión *mortis causa* y susceptible de agresión patrimonial por los acreedores *ex* artículo 1911 del Código civil²¹.

El problema que los derechos sometidos a condición plantean en el Registro, y lo que determina la necesidad de un tratamiento específico de las mismas, obedece a que pueden determinar una futura (eventual) inexactitud registral, en la misma medida en que resulta eventual la titularidad actual que publique. El carácter preventivo, interino, que la condición implica o proyecta sobre la titularidad a que se refiere hace que pueda implicar una mutación registral futura, pero con efectos retroactivos al presente. El que adquiere de un *vendedor* que previamente vendió a tercero con condición suspensiva (por ejemplo, con reserva de dominio), no adquiere *a non domino* en sentido riguroso; asimismo, el que adquiere de un *comprador* que a su vez adquirió una titularidad bajo condición resolutoria, no adquiere tampoco *a non domino*. La inexactitud que la falta de inscripción de las condiciones implica en el Registro, no se refiere a que puedan provocar una adquisición *a non domino* (inexactitud del sujeto titular), ni a que puedan provocar la liberación de gravámenes que en realidad recaían sobre el derecho transmitido (con sacrificio de los titulares de los derechos reales limitados de que se trate), sino a la *forma de ser del derecho mismo*, pudiendo provocar la adquisición de un derecho definitivo cuando en realidad lo era interino o preventivo, y que la fe pública registral podría desactivar en pro de la seguridad del tráfico, desplazando la regla lógica «nadie puede transmitir más derechos de los que tiene». En este sentido, una vez se da la condición (suspensiva o resolutoria de que se trate), el conflicto de intereses que se plantea es, sustancialmente, de la misma naturaleza que en la hipótesis en que la condición no hubiera existido, por bien que el conflicto se ha *diferido* tanto como lo exigía la interinidad que la condición imponía, vale decir, como consecuencia del efecto retroactivo que implica la actualización del hecho puesto como condición.

De lo anterior se concluye que la oponibilidad de la condición ha de ser inherente al fin socioeconómico que su inclusión pretendía, esto es, al fin socioeconómico que la interinidad de la situación buscaba, y sin la cual aquella finalidad hubiese quedado inútil. Por ello, tal oponibilidad no puede ser, en ningún caso, de naturaleza distinta a la del derecho a que afecta, real o personal, y al que se añade como circunstancia suya, como elemento de su forma de ser.

Esto ya permite aproximarnos al problema de la delimitación del radio de acción de los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y permite concluir que, si la condición resolutoria o suspensiva se refiere al derecho inscribible, la condición también ha de ser inscribible como forma de ser de tal derecho; y que de su falta de inscripción queda protegido el tercero si reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 37, aunque se refiere a la protección del tercero frente a las «acciones (...) resolutorias que deban su origen a causas que consten *explícitamente* en el Registro», no puede estar refiriéndose a los supuestos de *condiciones explícitas*, entendiendo esta expresión como sinónimo de condiciones *inscritas*. La condición inscrita tiene (ha de tener) naturaleza jurídico *real*, pues de otro modo no resulta inscribible (cfr. artículo 51.6.º del Reglamento Hipotecario); por tanto, si la condición está *inscrita*, la protección del tercero frente a ella queda bajo el radio de acción del artículo 34. El artículo 37, por tanto, en el pasaje antes mencionado, no puede estar refiriéndose a la protección del tercero frente a las condiciones resolutorias inscritas (con eficacia jurídico real), sino *a su protección frente a los efectos restitutorios (retrocesos patrimoniales) que pudieran obedecer a una resolución por causas distintas de la forma de ser de la titularidad de que se trate*, lo que puede acceder al Registro (esto es, convertirse en una causa que *conste explícitamente en el Registro*) mediante la correspondiente anotación preventiva de demanda²². Además, la forma en que el mismo artículo 37 de la Ley Hipotecaria se expresa en este punto es reveladora: no se refiere a *condiciones* resolutorias, sino a *acciones* resolutorias (es decir, la causa de la resolución es *sobrevenida*).

La consecuencia del enfoque presentado sobre la cuestión no debe pasar inadvertido. La anotación de la demanda de restitución que traiga causa de una resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 del Código civil, tiene efectos de oponibilidad *ex nunc* desde la fecha de la misma anotación; pero no afecta a los terceros que hayan adquirido *antes* de dicha fecha, aunque no hayan inscrito su derecho, o lo hayan inscrito después de la anotación. En otras palabras: la persona a cuyo favor se haya practicado la anotación de demanda no queda protegido frente a las transmisiones no inscritas por la fe pública registral, y el *verus dominus* extrarregistral puede hacer valer su derecho y evitar la oponibilidad de las consecuencias restitutorias.

El artículo 37-2.º 1.º de la Ley Hipotecaria no pretende dar al tercero una protección distinta de la que, conforme al Derecho sustantivo, este tercero merece frente a las consecuencias restitutorias-resolutorias a que su *tradens* pudiera quedar expuesto. Únicamente pretende canalizar registralmente la acción resolutoria, y someterla a las mismas reglas que cualquier otra acción de naturaleza personal. Lo demuestra el hecho de que la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, al abordar el problema de los efectos restitutorios por causa de resolución contractual y su oponibilidad a terceros subadquirentes, tuvo por finalidad aproximar la Ley Hipotecaria al Código civil. Lo ponen de manifiesto la intención que estuvo detrás de la reforma de la Ley Hipotecaria del año 1944, en concreto del artículo 11. Dicho artículo 11, en su redacción anterior, disponía, a lo que ahora interesa, que «Si la inscripción fuere de traslación de dominio, expresará si esta se ha verificado pagando

el precio al contado o a plazos; 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 nueva redacción propuesta fue, también a lo que interesa: «La sola expresión del aplazamiento del precio no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice su efectividad con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa». La finalidad de ello fue evitar que pudiera interpretarse que la expresión de que el precio quedaba pendiente de pago, pudiera entenderse como constancia explícita de la causa de resolución a efectos del artículo 37, a efectos de oponer las consecuencias restitutorias a cualquier subadquirente²³. En este sentido, las palabras que Fernández Cuesta pronunció en defensa del Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley que fue la de reforma de la Ley Hipotecaria del año 1944, resultan reveladoras: la interpretación señalada, que la reforma de 1944 rechazaba frontalmente con la nueva redacción del artículo 11 de la misma Ley no pretendía en verdad ninguna *modificación sustantiva*, sino que era *aclaratoria* del alcance que tenía la consecuencia restitutoria frente a terceros en caso de resolución por incumplimiento conforme al Código civil, y en relación con la cual, no se pretendía que el juego del Registro de la Propiedad le imprimiese una consecuencia distinta, sino que el Registro simplemente permitiera canalizar la acción resolutoria y la pretensión restitutoria *conforme al Código civil*. En concreto, Fernández Cuesta señaló que entender que, por constar el aplazamiento del pago, ello significara hacer explícito en el Registro la causa de la resolución (y por ello, oponible a los posibles subadquirentes) «es injusto, porque resulta que con arreglo al Derecho Civil el tercero, de buena fe, nunca era perjudicado por la acción resolutoria; en cambio, en el Derecho hipotecario sí lo era cuando constaba en el Registro el aplazamiento, porque esa publicidad quitaba ya al tercero su cualidad de buena fe»²⁴. Nótese que la solución no fue otra que llevar la solución registral a la solución sustantiva del Código civil; lo que el Registro podía aportar en este sentido no podía ser otra cosa que facilitar la consecuencia restitutoria de la resolución, no mediante el juego de la fe pública en favor del demandante de restitución (quedaba claro con la reforma que conocer que el vendedor de un inmueble pudiera quedar expuesto, por su posible incumplimiento, a consecuencias restitutorias, no era conocer una *inexactitud registral*), sino de la oponibilidad que, a través de la correspondiente anotación de demanda, la relación jurídica mereciera conforme a su verdadera naturaleza jurídico-personal^{25 26}. Se aceptaba así frontalmente la tesis que al respecto habían defendido casi medio siglo antes autores como GALINDO y ESCOSURA²⁷.

De lo anterior se deduce que la *anotación preventiva de demanda* que pudiera practicarse como medida cautelar en un procedimiento judicial de resolución, es de distinta naturaleza y tiene distintos efectos, según la causa

de resolución sea la general del artículo 1124, o la específica del artículo 1504 del Código civil. En ambos procedimientos, la anotación preventiva de demanda resulta muy conveniente para el demandante de resolución, pero es aún más necesaria en el primero de ellos: si el fundamento de la resolución es el genérico artículo 1124, la anotación de demanda impide la aparición de nuevos adquirentes que pudieran resultar protegidos por la fe pública registral, los cuales por tanto quedarían inmunes *civilmente* (por efecto de la fe pública registral) frente a la resolución; en cambio, si el fundamento fuese la condición resolutoria del artículo 1504, no practicar la anotación preventiva de demanda puede provocar que aparezcan terceros subadquirentes que quedarían protegidos solo momentáneamente, impidiendo, sí, la reinscripción en favor del vendedor (pues no intervinieron en el procedimiento judicial en que se declaró la resolución, y podría provocarles indefensión), pero no quedan protegidos *materialmente*, en tanto que el comprador puede imponer la consecuencia resolutoria-restitutoria, pero para lograr la reinscripción a su favor necesitará entablar frente a estos titulares intermedios procedimiento judicial²⁸.

En definitiva, podríamos concluir en este momento que *la condición resolutoria expresa se somete por completo a las reglas registrales de la fe pública: la condición inscrita es oponible a tercero, y la no inscrita no le será oponible al tercero que adquiera de buena fe, a título oneroso, e inscriba su derecho (art. 34 LH). Sin embargo la resolución por incumplimiento y las pretensiones restitutorias que de ella pudiera derivar, funciona justo al revés: así como la condición resolutoria expresa de un derecho real es naturalmente oponible a cualquiera, salvo a aquel que quede amparado por la fe pública registral, la resolución (o mal llamada condición resolutoria implícita a que se refiere el art. 1124 CC) no es naturalmente oponible a tercero, a menos que haya accedido al Registro de la Propiedad, típicamente, mediante una anotación preventiva de demanda.*

3. LA HIPÓTESIS CONCRETA DE CONDICIÓN RESOLUTORIA POR FALTA DE PAGO EN LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA: EL ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL

Aunque el artículo 1124 del Código civil reconoce la facultad resolutoria por incumplimiento a todo acreedor, el artículo 1504 del mismo Código dispone en favor del *vendedor* una protección específica de contenido resolutorio, para un caso típico de incumplimiento: la falta de pago del comprador en el plazo que se haya pactado al efecto²⁹.

La condición resolutoria por falta de pago *ex* artículo 1504 tiene una evidente función de garantía para el vendedor, y sobrepasa el efecto del artículo 1124. Una vez el artículo 1504 eliminó el pacto comisorio implícito

en este tipo de pactos resolutorios por falta de pago del precio (por el cual el vendedor podía retener la parte de precio que hasta ese momento había recibido del comprador; cfr. Ley 38, Título 5, Partida 5), y mantuvo la resolución como *facultad* del vendedor (y no como consecuencia necesaria y automática de actualizarse el hecho puesto como condición-falta de pago del precio, que es lo que hubiese resultado procedente conforme a las reglas generales de las condiciones), la utilidad de esta condición resolutoria por falta de pago del precio radica en su configuración como *garantía* del pago del mismo, *a través precisamente de su oponibilidad a terceros*, como forma de ser del derecho que adquiere el comprador, es decir, sometido a condición resolutoria: en esto radica la utilidad y sentido del pacto a que se refiere el artículo 1504 del Código civil. El artículo 210.8.^a-2.º de la Ley Hipotecaria en su redacción tras la reforma de 2015 se refiere, de forma expresiva y con razón, a las «hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales» (la cursiva es añadida).

Aunque el artículo 1504 se separó de la mencionada Ley de Partidas en cuanto a no presumir el pacto de *lex commissoria*, creemos que dicha Ley, como precedente claro de nuestro artículo 1504, sigue ofreciendo un punto de referencia interpretativa de indudable valor, con lo que el alcance de esta norma del Derecho castellano es también, en buena medida, comprender el alcance del vigente artículo 1504. Y puestos en este punto, debe tenerse presente que la venta en el Derecho Castellano, aun unida a la *traditio*, no producía el efecto transmisivo si el precio no se pagaba (HEVIA BOLAÑOS, 1725, 49); pero *si se producía el efecto transmisivo*, no obstante el no pago del precio, *si el vendedor había concedido al comprador plazo para el pago* (cfr. Ley 46, Título 28, Partida 3). Ahora bien: si en esta hipótesis (concesión de plazo para el pago) se pactaba que «el comprador pague el precio a día señalado, e si non lo pagare aquel día que sea desfecha» (la venta) (cfr. Ley 38, Título 5, Partida 5), si el comprador no paga, se entenderá, siguiendo lo que enseña la glosa gregoriana a esta Ley, que la *traditio* no fue hecha si el vendedor *optaba*³⁰ por resolver; y entender que en tal caso la *traditio* no fue hecha, implica ubicar de forma clara la resolución en el plano jurídico real, lo que viene confirmado por el hecho de conceder al vendedor acción *reivindicatoria* para pedir la restitución del bien³¹. Esta opinión, además, era conforme con el efecto *real* que la condición, en estos casos, ya se conocía en el Derecho Romano (KASER, 1968, 196-197).

Si el artículo 1504 es útil, es porque el pacto que el precepto contempla ofrece a las partes unas consecuencias que no obtendrían de aplicarse la disciplina general de las obligaciones sinalagmáticas, o de las obligaciones condicionales. El artículo 1504 ofrece variaciones tanto de las reglas generales de las obligaciones sinalagmáticas como de las condiciones, lo que pone de manifiesto la finalidad de garantía que el pacto contemplado en el

artículo 1504 tiene, o visto desde el ángulo contrario, permite deducir con claridad la finalidad de garantía que el pacto del repetido artículo tiene. En este sentido:

— Cuando se pacta que la falta de pago del precio tendrá consecuencias resolutorias *ex* artículo 1504, una vez el vendedor ha hecho el requerimiento en él contemplado, no solo el comprador no puede pretender un efecto solutorio de su pago, sino que queda cerrada cualquier posibilidad de concesión al deudor de un plazo suplementario (cfr. art. 1124 del CC), y únicamente procede la resolución.

— No obstante pactarse que la falta de pago del precio tendrá consecuencias resolutorias *ex* artículo 1504 (condición resolutoria explícita), ello no es automático (como sí lo sería en el supuesto normal de condición resolutoria; cfr. art. 1114 del CC), sino que es una *opción* por parte del vendedor, que no obstante la condición, puede exigir eficazmente, si así lo prefiriese, el cumplimiento específico.

Como se ve, la finalidad de garantía que el pacto resolutorio *ex* artículo 1504 tiene, es clara. Que el impago (hecho condicional) no implique resolución automática (como hubiese implicado en el caso normal de condición resolutoria) obedece a la idea de que ese pacto pretende *reforzar* la posición del vendedor; en otro caso, lo que hubiese implicado hubiera sido una implícita renuncia al derecho primario y básico de cualquier acreedor: pedir el cumplimiento específico de la prestación a la que tiene derecho. Por lo demás, una vez el vendedor hace el requerimiento a que se refiere el artículo 1504, lo que aquel provoca es la eficacia del hecho condicional, y con ello, la eficacia normal de la condición resolutoria explícita, lo que explica con total naturalidad que ya no sea posible el pago solutorio tardío, y que tampoco quepa conceder judicialmente un plazo suplementario de cumplimiento para el comprador. Que el comprador, ínterin no haya sido requerido de pago, puede aún realizarlo eficazmente (sin perjuicio de que el incumplimiento que el retraso implica pueda suponer el pago de la correspondiente indemnización) es una consecuencia lógica de aplicar las reglas generales del Derecho de Obligaciones en ese ínterin en el que aún la condición resolutoria no ha desplegado (ni desplegará ya) su utilidad, y no lo hizo, como hemos visto arriba, como consecuencia necesaria de ser ese pacto resolutorio un *reforzamiento* de la posición jurídica del vendedor (lo que no se hubiese producido, repetimos, si la condición resolutoria hubiese tenido un efecto automático, cercenando así la facultad básica de todo acreedor de poder pedir, en lugar de la resolución, el cumplimiento específico)³².

La resolución por falta de pago en el caso del artículo 1504, no es la facultad resolutoria del artículo 1124, por bien que en ambos casos la re-

solución pueda contemplarse como una facultad de configuración jurídica (opción) del vendedor-acreedor³³. Su «valor añadido» no se limita a impedir la facultad judicial de conceder al deudor un plazo suplementario, sino a hacer que la *condición resolutoria* opere a instancias del comprador mientras el incumplimiento perdure, pero que opere *como verdadera condición*, no como *facultad resolutoria* en el mismo sentido que el artículo 1124: tanto en el artículo 1124 como en el 1504, la resolución opera *a instancias* del acreedor/vendedor respectivamente, y en este sentido, la resolución en ambos casos opera de forma similar; pero que el 1504 opere como condición resolutoria, y que en el caso del 1124 como resolución por incumplimiento, hace que la resolución sea *cualitativamente distinta*, y con ello, también las consecuencias restitutorias. El artículo 11 de la Ley Hipotecaria, al prever que el aplazamiento del pago surtirá efecto contra tercero cuando se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria, o cuando se garantice el pago de ese precio aplazado mediante hipoteca, en realidad no se está dando *al aplazamiento* carácter *oponible*, sino que la oponibilidad hay que afirmarla de la *garantía por la deuda que tal aplazamiento supone*, es decir, de la condición resolutoria o de la hipoteca; y estas (condición e hipoteca) no son oponibles porque estén inscritas, sino que son inscribibles porque su naturaleza y eficacia son jurídico-reales, como elementos configuradores del dominio del inmueble. Las diferencias con la facultad resolutoria general prevista en el artículo 1124 resulta, en este sentido, clara.

No existe así, en nuestra opinión, la falta de congruencia que afirmó COSSÍO, cuando apuntó que resulta necesario explicar «la evidente incongruencia de que cuando existe una causa legal de resolución, que para ser eficaz no necesita ser pactada, como ocurre con la falta de pago del precio aplazado, no solo por imperativo del artículo 1504 (...) sino por la general doctrina del artículo 1124 del Código civil, aplicable a todas las obligaciones bilaterales, la Ley Hipotecaria exige el pacto expreso de la resolución, en caso de incumplimiento, para dotarlas de efecto contra tercero hipotecario. Supone esta norma una excepción a la general doctrina que difícilmente puede justificarse» (COSSÍO, 1956, 212). La acción resolutoria por incumplimiento *ex* artículo 1124, y las consecuencias restitutorias que implica, no son consecuencia de la forma de ser de los derechos que han sido objeto de tráfico, sino del ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento (tutela del derecho de crédito), ante lo cual, el tercer subadquirente, en principio, debe ser *immune*. Lo confirma precisamente lo dispuesto en el artículo 11-2.º de la Ley Hipotecaria («la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita (...)): una previsión tal necesariamente *presupone* que la resolución *ex* artículo 1124 del Código no es una *forma de ser* del derecho afectado

por la resolución; que no define el derecho subjetivo en el tráfico; y que, en fin, no acompaña al derecho afectado aunque cambie de manos: para eso es necesaria la condición resolutoria *expresa*, a la que el mismo artículo 11-2.º eleva a forma de ser del dominio o del derecho real que fue objeto de tráfico³⁴. En este sentido, creemos acertada la posición que expresara GARCÍA GARCÍA, cuando concluye que con la reforma hipotecaria de 1944-46, «quedan claramente destacadas las diferencias entre la *resolución meramente obligacional del artículo 1124 del Código civil* y la *resolución con efecto real a través de la llamada condición resolutoria explícita o pacto de «lex commissoria»»* (GARCÍA GARCÍA, 1993, 537).

4. RESTITUCIÓN, Y MOMENTO EN QUE EL BIEN REINGRESA EN EL PATRIMONIO DEL BENEFICIADO POR RESTITUCIÓN

Lo estudiado hasta aquí en relación con la naturaleza y efectos de la condición resolutoria explícita, y en concreto, de la eficacia jurídico real de la resolución en el ámbito del artículo 1504 del Código civil, determina la respuesta acerca del momento en que se produce el reingreso patrimonial del inmueble en favor del vendedor que resuelve.

Conviene hacer una aclaración previa: no debe confundirse el momento en que el bien deja de ser del comprador para retornar al vendedor, con el momento en que el vendedor está en situación de poder reinscribir el inmueble a su favor. Ello se debe a que no todos los requisitos exigidos para la inscripción en favor del vendedor tienen por objeto verificar que se ha producido la mutación jurídico real que la restitución conlleva. Tal sucede, precisamente, con la necesidad de consignación del precio recibido *ex* artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario, sobre lo que nos detendremos más abajo.

Como hemos visto, la condición resolutoria explícita por falta de pago cumple una función de garantía con efectos jurídico-reales (cfr. art. 210.8.ª-2.º LH), poniendo a disposición del vendedor la facultad resolutoria, o quizá mejor, poniendo a su servicio (vale decir, a su interés y poder) la consecuencia resolutoria típica de las condiciones resolutorias, evitando que opere automáticamente (que es lo que, de otro modo, hubiese sucedido conforme las reglas generales de las condiciones): el hecho puesto como condición (consistente en el incumplimiento resolutorio) opera bajo decisión del vendedor. Una vez se ha producido eficazmente esa decisión, la finalidad de garantía, con eficacia jurídico real, exige que el efecto resolutorio-reintegrador del dominio opere en la misma medida en que hubiese operado si la condición hubiese desplegado su eficacia típica, esto es, automáticamente por la actualización del hecho puesto como condición.

La cuestión, por tanto, se concreta en fijar el momento en que debe considerarse eficaz la resolución, como facultad de configuración jurídica para el vendedor, pues tal ha de ser el momento al que referir las consecuencias resolutorias del derecho/transmisión sometido a condición. Y tal hecho ha de ser la interposición de la demanda, o la práctica del acta notarial, ambas mencionadas en el artículo 1504 del Código civil (sin perjuicio de que quepa, como en el caso del artículo 1124, ya desestimar la demanda o declarar en sede judicial que el acta no pudo tener efecto resolutorio al no reunir los requisitos para ello).

La consecuencia de lo anterior es que los actos dispositivos que el comprador haga a partir de ese momento, serán actos dispositivos *a non domino*, y el tercero, para ser protegido, ha de reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

IV. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Una vez hemos analizado en las dos partes anteriores de este trabajo los aspectos sustantivos más relevantes de la facultad resolutoria general del artículo 1124 del Código civil, y de la condición resolutoria en la venta inmobiliaria del artículo 1504 del mismo Código, procede ahora, con el fin de ofrecer una visión acabada de la materia, aproximarnos a la realidad del Registro de la Propiedad, analizando qué traducción ofrece el Derecho Hipotecario a lo que hemos estudiado en las páginas precedentes.

1. REINSCRIPCIÓN A FAVOR DE VENDEDOR QUE RESUELVE

La resolución, ya por causa del artículo 1124, ya por la más específica del 1504, ofrece al acreedor-vendedor la posibilidad de recuperar el inmueble, y con ello la posibilidad de reinscribir a su favor la titularidad del inmueble.

Diferenciamos según si el fundamento de la resolución es la regla general prevista en el artículo 1124, o si lo es un supuesto de condición resolutoria expresa (incluida la hipótesis del artículo 1504: que se le haya dado al incumplimiento de un plazo del pago del precio eficacia resolutoria).

a) En el primer caso (resolución *ex art.* 1124), ha de resultar incuestionable la aplicación de lo dispuesto en el artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria, que exige, bien acuerdo entre las partes (que en este caso supondría que la resolución, instada por una de las partes es aceptada por la otra), bien resolución judicial (en el resto de los casos). El fin es claro: evitar la

indefensión de los titulares intermedios. Esto no prejuzga el carácter judicial o extrajudicial de la resolución por incumplimiento, sino el modo en que el retroceso patrimonial que la resolución conlleva haya de tener su reflejo en el Registro.

b) En el segundo caso (condición resolutoria explícita), a priori pudiera pensarse que la regla no puede ser la misma, porque en este caso es la propia forma de ser del derecho transmitido el que justifica el retroceso patrimonial que quiere reflejarse registralmente; en otras palabras: el retroceso vendría justificado directamente por una causa jurídico real que a los titulares intermedios les resulta oponible. Por ello, el problema gira en este sentido en cómo llevar al Registro de forma auténtica la verdad del hecho condicional, determinante de la resolución-retroceso patrimonial, según la forma de ser del derecho, y por tanto, oponible a los terceros titulares intermedios.

La peculiaridad en este grupo de casos es que el hecho condicional es un hecho *estrictamente jurídico*: la falta de pago-incumplimiento resolutorio. En los casos de condición resolutoria cuando el hecho condicional es un suceso objetivamente constatable, ha de bastar para provocar la reinscripción y la cancelación de los asientos intermedios llevar al Registro el hecho condicional *en forma fehaciente*. Pero el *incumplimiento resolutorio* no es susceptible de prueba fehaciente, sino que exige un ejercicio interpretativo, *una valoración jurídica*, de la que, fuera del debate judicial con los efectos de cosa juzgada de la sentencia correspondiente, no puede afectar a terceros; en otras palabras: fuera del debate judicial puede haber indicios de incumplimiento resolutorio, pero no *fehaciencia* que permita por sí solo reinscribir y cancelar los asientos intermedios con las garantías que exige la seguridad del tráfico jurídico. No se pierda de vista que la cancelación de esos asientos intermedios supone la conversión de esos derechos reales o pretensiones de contenido jurídico-real, en derechos de crédito y pretensiones ya de contenido jurídico-personal³⁵, con lo que han de existir muy buenas razones para justificar tal consecuencia.

Por ello, tanto para reinscribir en favor del vendedor, como para cancelar los asientos intermedios, será necesario, ya el consentimiento/no oposición del comprador y de los titulares de dichos asientos, ya resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento en el que todos haya tenido al menos posibilidad de intervenir. No hay aquí, por tanto, diferencias prácticas respecto al caso de que la resolución venga *ex artículo 1124 del Código civil*.

En este sentido, es perfectamente razonable la doctrina sostenida en la RDGRN de 19 de noviembre de 1996, en la que puede leerse que «para la cancelación de los asientos relativos al derecho del comprador y a los de quienes de él traigan causa, será preciso que se acredite fehacientemente la realidad de todos los presupuestos sobre los que se asienta la resolución y, especialmente, el impago de la obligación garantizada (...), siendo evidente

a este respecto (...) que la admisión de tales presupuestos solamente por el titular de uno de los asientos cuya cancelación se pretende —el cual puede haberse extinguido ya por uno posterior de transferencia— es insuficiente para fundar la cancelación respecto de todos los demás asientos afectados».

Si hubiese oposición a la resolución por el vendedor notificado, haciéndolo constar así el notario en la diligencia de notificación, hay que acudir a las vías señaladas en el artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria. En este sentido, cfr. RDGRN de 5 de septiembre de 2017.

2. REINSCRIPCIÓN, Y CONSIGNACIÓN DE LA PARTE DEL PRECIO QUE EN SU CASO HAYA PODIDO RECIBIR EL VENDEDOR DEL COMPRADOR, TANTO EN EL CASO DE RESOLUCIÓN *EX* 1124, COMO EN EL DEL ARTÍCULO 1504. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario dispone lo siguiente:

«Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.

Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de estos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación».

Es cierto que el precepto transcrito se refiere de forma concreta solo a la hipótesis de resolución por motivo de condición resolutoria explícita e inscrita. Pero ello no ha impedido (con buen criterio analógico) aplicar esta previsión también a la hipótesis de resolución *ex* artículo 1124 del Código civil³⁶. Por tanto, el análisis que de esta cuestión se haga vale ambos casos de resolución de que hemos venido tratando.

En este punto, son dos las cuestiones que ahora interesa abordar del precepto transcrito: 1) el requisito de la previa consignación del precio que en su caso haya podido recibir parcialmente el vendedor; y 2) la posibilidad de deducir de dicha cantidad las cantidades «que en su caso procedan».

a) En relación con lo primero (consignación del precio que en su caso haya podido recibir parcialmente el vendedor), se trata esta de una exigencia presente no solo en garantía de los posibles titulares intermedios, sino

también en favor del comprador, y por tanto, dicha consignación procede aun cuando no existan tales titulares intermedios³⁷: la confrontación de los párrafos primero y segundo de dicho artículo 175.6.º RH lo pone de manifiesto. Ello permite especular con que el verdadero fundamento de la necesidad de consignación en tales casos radica en la idea de que las obligaciones restitutorias han de cumplirse simultáneamente, en la misma idea que juega en materia de contratos bilaterales: la buena fe exige que el acreedor de una de las prestaciones no ha de poder pedir el cumplimiento de la otra, si a la vez no cumple o no ofrece el cumplimiento de la prestación que debe, ya se trate de la resolución *ex* artículo 1124, ya de la resolución por condición resolutoria *ex* 1504.

Esta regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones restitutorias sí se prevé de forma expresa en otros ordenamientos. Es el caso del Derecho alemán, en concreto en el § 348 BGB. El fundamento de ello parece radicar, si seguimos a HEDEMANN, en que, resuelto el contrato, surge una relación obligatoria restitutoria, de carácter bilateral, y a la que por tanto le resultan de aplicación las reglas generales de las relaciones jurídicas bilaterales, entre las que se encuentra el del cumplimiento simultáneo (HEDEMANN, 1958, 144).

Si se admite esta explicación, no se entiende bien que el registrador ha de erigirse en garante de los intereses del obligado a restituir, más de lo que debe hacerlo en los casos de relaciones bilaterales de origen negocial *ex* artículo 11. Si tiene más sentido, en nuestra opinión, la necesidad de esa consignación (y el control de su efectucción por el registrador) si la referimos a la protección de los terceros intermedios que en su caso pudieran existir.

Podrían esgrimirse razones tales, como que de no devolver el vendedor que ahora recupera el inmueble la totalidad del precio, no se tutelan adecuadamente los eventuales mejores derechos a esa cuantía que pudieran tener terceros, conforme a lo dispuesto en los artículos 1923 y 1924. Pero de nuevo en este punto, con ser las razones estimables, tampoco se ve por qué en la reinscripción que supone la resolución, el control registral ha de ser más celoso en los movimientos de dinero que lo que hubiese de serlo en los actos de tráfico ordinarios (cfr. art. 11 LH).

El único fundamento que se nos ocurre para tal doctrina, y como volveremos a mencionar más abajo, es de motivo puramente *fiscal* de los movimientos de dinero, que es, en definitiva, la misma razón que está detrás del último inciso del artículo 11 de la Ley Hipotecaria antes mencionado.

b) En relación con lo segundo (posibilidad de deducir de dicha cantidad las cantidades «que en su caso procedan»), cabe preguntarse qué cantidades podrían ser estas. La respuesta que parece intuitiva en esta sede es afirmar, que tales cantidades podrían ser las correspondientes a cláusulas penales pactadas entre comprador y vendedor, y como subtipo de ella, el

pacto de *lex commissoria*. Así lo entendió la generalidad de la doctrina³⁸, hasta que la Dirección General asentó un criterio bien distinto, sobre la base de la facultad moderadora que el artículo 1154 del Código civil reconoce al juez en materia de cláusulas penales³⁹. En este sentido, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado impuso la *íntegra restitución* de las prestaciones que en su caso se hubiesen realizado como presupuesto para que registralmente pudiera operarse el retroceso patrimonial del inmueble, y ello sin perjuicio de que *judicialmente* se discutiera la efectividad de la cláusula penal, sede judicial en la que podría operar la moderación a que se refiere el artículo 1154 citado⁴⁰. Esta forma de enfocar la cuestión fue objeto de crítica doctrinal, por todos, por CHICO Y ORTIZ, en cuya opinión tal interpretación «inutiliza el mecanismo publicitario de la condición» [CHICO Y ORTIZ, 2000 (Tm. I), 385].

Sin embargo, en los últimos años el Centro Directivo ha abierto la puerta para que, en determinados casos, pueda procederse a operar registralmente el retroceso patrimonial inmobiliario, sin necesidad de la restitución del precio que en su caso se hubiese pagado, haciendo efectiva la cláusula penal que se hubiera podido pactar al efecto. Buen exponente de ello es la Resolución de 29 de agosto de 2019, a la que siguieron las de 6 de marzo de 2020 y de 15 de enero de 2021. La doctrina mantenida en estas resoluciones permite concluir, que el vendedor está facultado para retener la parte correspondiente del precio a que tenga derecho conforme a la cláusula penal/pacto de *lex commissoria* del contrato resuelto, siempre que:

- 1) Se haya pactado expresamente cláusula penal al respecto, y la cuantía que el vendedor retenga se ajuste a los términos de dicha cláusula.
- 2) El comprador haya renunciado a la facultad de moderación que posibilita en su favor el artículo 1154 CC.
- 3) Que la cláusula penal conste en la inscripción⁴¹.

Esta nueva forma de enfocar la cuestión puede plantear serios problemas. Ante todo, exige diferenciar según si al contrato en el que se inserta la cláusula es un contrato en el que el comprador actúe o no como *consumidor*. La Dirección General así lo ha puesto de manifiesto, al apuntar que si resultase de aplicación la normativa de protección de los consumidores, lo dispuesto en el artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 impone la restitución íntegra.

En realidad, y aunque a priori la distinción se presenta muy razonable, lo cierto es que la aplicación que de ella hace la Dirección General no nos resulta convincente, y ello por dos razones:

— En primer lugar, porque en el caso tratado en la Resolución de 29 de agosto de 2019, el Centro Directivo impuso la íntegra restitución con fundamento en que resultaba de aplicación la normativa de protección de los consumidores. Y, en efecto, una de las partes actuaba como consumidora; pero en este caso, el que actuaba como consumidor resultaba ser *el vendedor del inmueble*, de modo que, si lo que se pretendía era proteger al consumidor, precisamente reconocer la facultad de retención del precio recibido era para él no más beneficioso.

— En segundo lugar, el artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que dispone es la nulidad, por abusivas, de las cláusulas contractuales predispuestas, o condiciones generales, que «supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Pues bien, en este sentido, cabe señalar que:

1) La cláusula penal, en su tipo de pacto de *lex commissoria*, no supone *por sí sola* una indemnización desproporcionadamente alta, que permita apreciar *a limine* su abusividad. Sí puede llevar a situaciones que calificaríamos de injustas, cuando de hecho su aplicación suponga en un caso concreto la retención por el empresario o profesional de una cantidad excesiva, pero ello depende del caso concreto, y en especial, de la total cuantía que el consumidor haya desembolsado. Dicho de otra forma: la dinámica aplicativa de un pacto de *lex commissoria* pudiera llevar en la práctica a que la cuantía que el empresario retenga no resulte, en ese caso concreto, *desproporcionada*. Buena prueba de ello (y vale aquí el argumento de la *analogía iuris*) es la gradación cuantitativa que, para su ámbito de aplicación, prevé el artículo 24 de la Ley Reguladora de los contratos del Crédito Inmobiliario de 2019, en orden a determinar cuándo se considera *justa* la efectividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que por tanto no es abusiva por sí sola. Quizá la remisión debiera haberse hecho, en lugar de al artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al primer párrafo del artículo 86 del mismo Texto.

2) El procedimiento registral no es el adecuado, por razones competenciales, para controlar, ni la legalidad, ni la efectividad, de una cláusula que tiene *meros efectos obligacionales*, o dicho desde el ángulo contrario, *ningún efecto jurídico real*. Ni siquiera admitiendo que en materia de restitución por resolución rige la dinámica normal de cumplimiento de las obligaciones no sometidas a plazo (cumplimiento simultáneo de las prestaciones —artículo 1125—, *Vid. supra*), se entiende por qué el procedimiento registral ha de controlar esta cuestión, puramente obligacional y que en nada afecta a la efectución del movimiento patrimonial, que únicamente depende de la eficacia de la condición resolutoria *que definía la forma de ser del derecho*

de cuya restitución (movimiento patrimonial) se trata. Solo por ello, la calificación registral debe quedar al margen de esta materia, tanto cuando se inscribió la transmisión sujeta a condición, como cuando se acude al Registro para hacer valer el retroceso que su activación implica.

Tras las razones expuestas de Derecho Civil que, en nuestra opinión, conducen a afirmar que el procedimiento registral no es el adecuado para controlar el cumplimiento de los, en su caso, deberes restitutorios del precio en caso de resolución, solo nos queda apuntar en favor de ese control (pero que las Resoluciones antes citadas no explicitan) un argumento puramente *fiscal*, que es el que sí hace explícito hoy el artículo 11 de la Ley Hipotecaria tras la redacción dada por la Ley 13/2015, como avanzamos más arriba.

Por otro lado, y aunque la Dirección General intenta presentar la doctrina de estas Resoluciones como justificada atendiendo a la especialidad del supuesto de hecho, y en este sentido se cuida de mantener vigente la doctrina que desde hace años ha venido sosteniendo, lo cierto es que plantea una verdadera ruptura con ella, y aunque es muy difícil hacer pronósticos, abre la puerta a un cambio en la forma de enfocar la cuestión. La razón de ello es que la Dirección General se hace eco de la doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 1154 del Código civil en el sentido de reconocer al juez facultad moderadora, solo para el caso en que el incumplimiento que concurre verdaderamente en el supuesto pueda calificarse como *parcial* respecto del incumplimiento para el que idealmente se había previsto la pena convencional. De este modo, la facultad moderadora del juez no es más que la adaptación de la aplicación de la cláusula al supuesto de hecho concreto, dando por supuesto que si las partes quisieron una liquidación anticipada del daño por un incumplimiento, quisieron también (de forma implícita) una indemnización *parcial* cuando el incumplimiento descrito en la cláusula penal se produce, igualmente, de forma *parcial*.

Pero en las tres resoluciones ya citadas de los años 2019, 2020 y 2021, la cláusula penal se prevé, en todos los casos, *íntegra* tanto para el incumplimiento total o parcial de la obligación de pago del precio por el comprador. Ello supone que, en cada uno de los contratos, tanto el incumplimiento total como el parcial, son incumplimientos *totales* a efectos de activar *íntegramente* la cláusula penal; dicho de otra forma: de hecho no hay espacio para el juego de la facultad moderadora del juez tal y como esta se ha entendido que ha de jugar por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ello, cabría pensar que en todos estos casos, la idea que podría estar tras la doctrina sostenida en las tres resoluciones que ahora nos ocupan, es que, el argumento que desde años atrás la Dirección General había utilizado para exigir la restitución íntegra del precio no obstante la cláusula penal/pacto de *lex commissoria*, y que consistía en que siempre cabría la facultad moderadora del juez, *resulta imposible* en los tres casos tratados en sendas resoluciones, que contemplan

como supuesto activador de la cláusula penal en su integridad, *también el incumplimiento parcial*.

3. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR QUE RESUELVE, Y CANCELACIÓN DE LOS ASIENTOS INTERMEDIOS. POSIBLE AUTONOMÍA DE AMBOS FENÓMENOS

Una vez se produce el hecho puesto como condición, las consecuencias referidas a la titularidad del derecho a que la condición afecta, quedan determinadas por reglas de derecho sustantivo (según el tipo de condición —suspensiva o resolutoria— de que se trate). Las operaciones tabulares que corresponde realizar no deben tener otra finalidad que la de materializar registralmente aquellas consecuencias.

Lo que acaba de indicarse, aunque pudiera parecer evidente, no debe perderse de vista para comprender el alcance de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, el cual prevé a lo que ahora interesa que si se da el hecho puesto como condición *resolutoria*, debe procederse a practicar «una *nueva inscripción* a favor de quien corresponda», y no, como pudiera pensarse *a priori*, una *cancelación* del asiento de la titularidad que la resolución hace perder. Esto pudiera conducir a pensar que, al deberse practicar una nueva inscripción, esta es una operación en cierto modo *autónoma* a la *cancelación* de los asientos intermedios que en su caso hubieran podido practicarse, lo que pudiera implicar el «arrastre» de estos si el beneficiario de la resolución solo cumple los requisitos de la resolución frente al comprador, pero no frente a los titulares de asientos intermedios (por ejemplo, titulares de derechos limitados, o acreedores embargantes).

Pues bien; al margen de si tabularmente procede nueva inscripción o cancelación cuando se da el hecho puesto como condición resolutoria a pesar de lo dispuesto en el artículo 23 LH⁴², lo cierto es que ello no puede significar darle a la resolución una consecuencia distinta de la que procede conforme al derecho sustantivo, en cuanto a los efectos que la resolución ha de tener sobre los actos o negocios realizados por el titular interino/ preventivo pendiente la condición. Y en este sentido, ya se acoja la tesis del efecto retroactivo de las condiciones, ya la tesis del efecto (no) convalidante de los actos o negocios realizados pendiente la condición (véase CASTRO, 1949, 615), el derecho solo puede ser objeto de otras relaciones jurídicas en su particular forma de configuración, esto es, de él no pudieron derivar sino titularidades o pretensiones con la misma interinidad que la condición implicaba.

Esto permite concluir que, en línea de principio, reinscripción (o cancelación), y cancelación de los asientos intermedios que en su caso se hayan

practicado, no son operaciones independientes ni autónomas, sino que deben realizarse simultáneamente; o visto desde otro ángulo: deben concurrir de forma simultánea los requisitos que permitan la reinscripción para el beneficio del retroceso patrimonial de la resolución, y los que permitan la cancelación de los asientos intermedios que se hayan podido practicar.

Sin embargo, la DGRN en alguna ocasión ha admitido la posibilidad de reinscribir en favor del que ejercita la resolución, sin cancelar por ello los asientos intermedios cuando los titulares de estos no han sido demandados de resolución. Esta posibilidad registral (reinscribir sin cancelar los asientos intermedios) solo puede admitirse muy limitadamente, y en concreto, cuando los asientos intermedios que perviven no implican, por su propia naturaleza, *colisión* de relaciones de contenido jurídico real. Así se deriva de las resoluciones en que se admitió este fenómeno (Resoluciones de 24-II y de 15-VI, ambas de 1998, y otra más reciente de 25-X-2018), en las que los asientos intermedios de que se trataba eran *anotaciones de embargo*⁴³. La finalidad que se perseguía con ello era, al permitir al menos la reinscripción en favor del beneficiario de la resolución (aun cuando se mantuvieran los asientos intermedios), procurar que dicha reinscripción *si cerrara el Registro* a los títulos que en su caso hubiera podido otorgar el obligado a restituir.

V. CONCLUSIONES

I. El retroceso patrimonial propio de las condiciones resolutorias explícitas, es cualitativamente muy distinto del retroceso patrimonial que ha de operar en caso de resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 del Código civil.

II. No resulta convincente analizar, como habitualmente se hace, las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento, a la luz de las consecuencias restitutorias típicas de las condiciones resolutorias explícitas. La ubicación sistemática del artículo 1124 del Código civil, como norma de cierre de la regulación de las condiciones, no puede ser determinante en su interpretación.

III. Someter una obligación o un contrato con causa transmisiva a condición resolutoria, es definir la obligación o contrato como canon del efecto transmisivo pretendido, y define por ello la forma de ser del derecho transmitido. Esa forma de ser es oponible a terceros en la misma forma que lo es el derecho mismo conforme a su naturaleza (derecho de crédito/derecho real): es su particular forma de configuración, según el título por el que se derivó. Por ello, el carácter condicional del derecho (su titularidad *preventiva*) lo acompaña en la cadena de transmisiones posterior, y por tanto, puede hacerse valer frente a los subadquirentes.

IV. La restitución que ha de operar por consecuencia de un incumplimiento resolutorio, es un *accidente* de la relación obligatoria incumplida, y no acompaña al derecho que fue transmitido con causa en esa relación obligatoria. El carácter resoluble de un contrato, por estar pendiente de cumplimiento/ser susceptible de incumplimiento resolutorio, no define la *forma de ser* del derecho transmitido a través de dicho contrato, ni por tanto resulta oponible a terceros subadquirentes. De hecho, parece bastante razonable entender que la resolución no implica la extinción del contrato, sino la puesta en funcionamiento de una dinámica alternativa del mismo, que no implica para el acreedor que resuelve perder su interés en la cobertura de su interés contractual *positivo*.

V. La condición resolutoria expresa se somete por completo a las reglas registrales de la fe pública: la condición inscrita es oponible a tercero, y la no inscrita no le será oponible al tercero que adquiera de buena fe, a título oneroso, e inscriba su derecho (art. 34 LH). Sin embargo la resolución por incumplimiento y las pretensiones restitutorias que de ella pudiera derivar, funciona justo al revés: así como la condición resolutoria expresa de un derecho real es naturalmente oponible a cualquiera, salvo a aquel que quede amparado por la fe pública registral, la resolución (o mal llamada condición resolutoria implícita a que se refiere el art. 1124 del CC) no es naturalmente oponible a tercero, a menos que haya accedido al Registro de la Propiedad, típicamente, mediante una anotación preventiva de demanda.

VI. La hipótesis de resolución por falta de pago en la compraventa de inmueble (art. 1504 CC) no es un supuesto de aplicación concreta de la regla general contenida en el artículo 1124 del mismo Código, por bien que en ambos casos estemos ante supuestos en que la resolución opera a instancias del acreedor, y por ello en ambos casos estemos ante un derecho potestativo. En el caso del artículo 1504 del Código civil estamos ante una condición resolutoria explícita que define la forma de ser del derecho transmitido, y por tanto resulta oponible en la misma medida en que lo haya de ser el derecho transmitido frente a terceros subadquirentes. Nada de esto hay en la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124. La condición resolutoria por falta de pago en la compraventa inmobiliaria ha de inscribirse *porque tiene* carácter jurídico real.

VII. Para que pueda operar registralmente el retroceso patrimonial, por causa de resolución, en favor del que tiene derecho a resolver, ya la resolución obedezca a condición resolutoria explícita (incluida la del art. 1504), ya a incumplimiento resolutorio, es preciso llevar fehacientemente al Registro el hecho condicional/incumplimiento resolutorio. Ello exige, al menos, la no oposición del titular actual y, en su caso, de los titulares intermedios; en otro caso, será necesaria resolución judicial. Ahora bien: en caso de que el pretendido retroceso obedezca a resolución por incumplimiento *ex* artícu-

lo 1124, los subadquirentes pueden oponerse eficazmente a ese retroceso si la fecha de su adquisición fue *anterior* a la fecha en la que el demandante de restitución *anotara preventivamente* su demanda de resolución; por tanto, quedarán protegidos *ex* artículo 37 de la Ley Hipotecaria. En caso de que el pretendido retroceso tuviera por causa una condición explícita que afectase al derecho mismo, su protección solo puede venir por la vía de la fe pública registral (art. 34 LH), lo que exigiría que la condición no estuviera inscrita.

VIII. Sea cual sea la causa de la resolución, el demandante de la misma debe depositar a disposición del obligado a restituir y en su caso de los demás que hayan derivado un derecho en vigor sobre el inmueble, aquello que deba a su vez restituir como consecuencia del efecto restitutorio bilateral que implica la resolución. Esa carga de depósito previo no queda excluida ni siquiera aunque se haya pactado cláusula penal en virtud de la cual el acreedor pueda retener todo o parte del precio recibido en caso de resolución, sin perjuicio de que la efectividad de esa cláusula penal pueda ser debatida judicialmente. El fundamento de ello se encuentra, al parecer de la DGRN, en la facultad moderadora que el artículo 1154 del Código civil reconoce al juez.

IX. Sin embargo lo apuntado en la conclusión anterior, últimamente se ha abierto paso en la DGRN / DGSJyFP una tendencia a admitir la efectividad de la cláusula penal que en su caso se haya podido pactar, por la cual el acreedor pueda retener todo o parte del precio recibido sin necesidad de ponerlo previamente a disposición del obligado a restituir el inmueble, siempre que concurren tres condiciones: 1) Se haya pactado expresamente cláusula penal al respecto, y la cuantía que el vendedor retenga se ajuste a los términos de dicha cláusula. 2) El comprador haya renunciado a la facultad de moderación que posibilita en su favor el artículo 1154 del Código civil (lo que solo es posible, además, si el obligado a la restitución sea también el comprador y a este no le resulta de aplicación la normativa de protección al consumidor). 3) Que la cláusula penal conste en la inscripción.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de junio de 1991
- STS de 22 de septiembre de 2008
- SAP de Castellón de 31 de julio de 2000
- RDGRN de 19 de noviembre de 1996
- RDGRN de 24 de febrero de 1998
- RDGRN de 15 de junio de 1998

- RDGRN de 12 de mayo de 2010
- RDGRN de 9 de junio de 2010
- RDGRN de 5 de julio de 2017
- RDGRN de 25 de octubre de 2018
- RDGRN de 8 de mayo 2019
- RDGRN de 29 de agosto 2019
- RDGSJyFP de 6 de marzo de 2020
- RDGSJyFP de 2 de septiembre de 2020
- RDGSJyFP de 15 de enero de 2021

BIBLIOGRAFÍA

- ARIJA SOUTULLO, C. (2018). La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, 281-331.
- CAMPUZANO Y HORMA, F. (1931). *Elementos de Derecho Hipotecario*. II tomos. Madrid: Reus.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1982-1983). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. VII Volúmenes. Pamplona: Aranzadi.
- CASTRO, F. de (1949). *Derecho Civil de España*. II tomos. Madrid: Centro de Estudios Políticos.
- CHICO Y ORTIZ, J.M. (1987). *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*. Madrid: Marcial Pons.
- (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. II tomos. Madrid: Marcial Pons.
- CLEMENTE MEORO, M. (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Barcelona: Bosch.
- COSSÍO Y CORRAL, A. (1956). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1981). *Dictámenes jurídicos*. Madrid: Civitas.
- (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tm. III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid: Civitas.
- GALINDO Y DE VERA, L.; ESCOSURA Y ESCOSURA, R. DE (1896). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*. Tm. II. Madrid, Establecimiento Tipográfico de Felipe Pinto y Orovio.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1993). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tm II, *El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*. Madrid: Civitas.
- (2019). *Legislación Hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*. II Tomos. Madrid: Civitas.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. IV tomos. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1984). Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus*. *Traditio sine causa*. ¿Adquisición de buena fe? *Anuario de Derecho Civil*, Tm. XXXVII, fasc. II, abril-junio, 564-584.

- (1998). El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular. *Anuario de Derecho Civil*, Tm. LI, fasc. II, 423-632.
- (2020). *El Registro de la Propiedad. Principios y Sistema*. Madrid: Reus.
- HEDEMAN, J.W. (1958). *Tratado de Derecho Civil*. Tm. III, Derecho de Obligaciones (traducido por Jaime Santos Briz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- HEVIA BOLAÑOS, J. de (1725). *Curia Filípica*. Madrid: Con privilegio de Francisco del Hierro.
- KASER, M. (1968). *Derecho Romano Privado* (traducido por José Santa Cruz Tejeiro). Madrid: Reus.
- LARENZ, K. (1979). *Derecho Civil. Parte general*. Madrid: EDERSA.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1907). *Comentarios al Código civil*. XII tomos. Madrid: Revista de Legislación.
- MAURA, A. (1955). *Dictámenes. Seleccionados y clasificados por D. Miguel MAURA GAMAZO y José Romero VALENZUELA*. Tomo V, *De las obligaciones y de los contratos en general*. Barcelona: Bosch.
- MORALES MORENO, A.M. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*. Madrid: Civitas.
- MORELL Y TERRY, J. (1917). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. VI tomos. Madrid: Hijos de Reus.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1902). *Comentarios al Código civil*. Tomo 19. Madrid: Reus.
- POTHIER, R.J. (1839). *Tratado de las obligaciones. Traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores*. Madrid: Imprenta y Litografía de J. Roger.
- POVEDA DÍAZ, J. (2000). Título IV. De la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tm. VII, vol. 5.º. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2000.
- ROCA SASTRE, R.M. (1954). *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Registro de la Propiedad. Barcelona: Bosch.
- ROCA SASTRE, R.M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L; BERNÀ I XIRGO, J. (2009). *Derecho Hipotecario*. Tomo VII, Fideicomisos, legados, contratos sucesorios, régimen matrimonial. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Madrid: Marcial Pons.
- (2020). La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fascículo II, 491-558.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*. VI tomos en X volúmenes. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra.
- TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J. (1996). Reinscripción por cumplimiento de la condición resolutoria. En VV. AA., *Libro homenaje a Manuel Peña Ber-naldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 343-388.

- VV. AA. (1839-1841). *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. III tomos. Barcelona: Imprenta y Litografía de J. Roger.
- (1989-1992). *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*. 8 volúmenes. Madrid: Castalia, 1989-1992.

NOTAS

¹ Decimos «esencialmente», porque es el plano en que resulta más visible la distinción, y sobre ello nos va a ocupar en este trabajo; pero no «únicamente». Aunque más adelante nos adentraremos en ello, la resolución por incumplimiento es una *facultad* de configuración jurídica que corresponde a todo acreedor por el solo hecho de serlo en el marco de un contrato bilateral, mientras que la condición resolutoria expresa es un elemento definidor de la *forma de ser del derecho transmitido*, y por tanto, oponible *erga omnes* (sin perjuicio del juego de las reglas de la fe pública). Así, el acreedor que pudiera resultar afectado, por ejemplo, por la inacción de su deudor al no exigir este la restitución de un bien a pesar de haberse producido a su favor la condición resolutoria, no necesita subrogarse en la posición de su deudor para exigir la restitución del bien *ex* artículo 1111 del Código civil, sino que ha de poder solicitar el embargo del bien, aun cuando posea un tercero, *ex* artículo 1911 del Código civil: a tal efecto, le ha de bastar con probar la realidad del hecho previsto como condición suspensiva. En cambio, si la restitución que no exige el que a su vez es deudor de otro, es una restitución a la que tendría derecho por haber sufrido un incumplimiento resolutorio, sí resulta necesaria la previa subrogación *ex* 1111 para obtener la resolución, como paso previo a exigir la restitución del bien.

En otras palabras: la actualización del hecho condicional en una condición resolutoria, provoca por sí sola la reasignación del bien al que la condición afecta. En cambio, el incumplimiento resolutorio faculta a hacerlo, pero no lo provoca.

² Llama la atención que esta ubicación no es solo característica del Derecho español. Esta ubicación resultará familiar también a los Derechos que comparten la misma tradición jurídica, como sucede, por ejemplo, con el Derecho chileno y el artículo 1489 del Código civil de aquel país; también el moderno Código civil brasileño regula la resolución por incumplimiento como condición o cláusula resolutoria (art. 475).

³ Los autores que están tras el pseudónimo de MUCIUS SCAEVOLA (Apalategui y Oyuelos) ya calificaron de «error» localizar la resolución por incumplimiento en el artículo 1124: «lógicamente debería haber sido incluido, ó en la relativa á los efectos de las obligaciones en general, ó más propiamente en la que se dedica á tratar de la rescisión de los contratos» (MUCIUS SCAEVOLA, 1905, 675).

⁴ En su visión quizá más extrema, se ha podido afirmar incluso que el incumplimiento resolutorio se justifica por la pérdida sobrevenida de la causa del contrato, lo que supone un paso más allá a la hora de explicar los efectos restitutorios de la resolución por incumplimiento, equivalentes a los de la verdadera *nulidad*. POTHIER explicaba que «[a]un cuando no se haya expresado en el contrato el incumplimiento de la obligación contraída como condición resolutoria, sin embargo la falta de cumplimiento puede con frecuencia producir la nulidad del convenio, y por lo mismo extinguir la obligación» (POTHIER, 1839, 434). Entre nuestros autores, y en el análisis de la transmisión del dominio por compraventa, véase el interesante comentario de GORDILLO CAÑAS a la STS de 5-V-1983 (GORDILLO CAÑAS, 1984, 564 y sigs.).

A esta forma de entender la cuestión es a la que parece aproximarse hoy día el artículo 1371 del Código civil peruano.

Con todo, la explicación de la facultad resolutoria por incumplimiento como supuesto de sobrevenida desaparición de la causa, contó con importantes y tempranos detractores. Así, en opinión de Antonio MAURA, entender que la causa falta porque sobrevenga un incumplimiento, por grave que este sea, es un «gran error, basado en falaces apariencias; la *causa* no desaparece por el incumplimiento, pues conserva íntegro su derecho el agraciado, y para ejercitarlo le asisten las acciones idóneas, como acontece en toda lesión y todo agravio de cualesquiera derechos, sin que la perturbación se retrotraiga al título u origen de estos. Si el artículo 1.124 se hubiere de justificar por caducidad de la *causa* de la obligación, quedaría injustificado; pues siendo la *causa* elemento esencial, la resolución del vínculo se efectuaría de pleno derecho e inexorablemente, no por elección potestativa del agraviado». Extracto de un dictamen realizado por Antonio MAURA, fechado en 1906 (MAURA, 1955, 109).

⁵ Con todo, no se ha llegado bien a perfilar las consecuencias que ello implica en sede de plazos de ejercicio de los derechos del acreedor ante el incumplimiento. En sentido estricto, el acreedor habría de tener, por un lado, abierta la posibilidad de ejercitar la acción de cumplimiento en el plazo de *prescripción* de cinco años, mientras que la resolución la tendría también abierta, en el mismo plazo de cinco años, que en esta ocasión habría de ser un plazo de *caducidad* (con lo que todo ello conlleva en sede de interrupción/suspensión de los plazos según la calificación [prescripción/caducidad] que merecen). RODRÍGUEZ-ROSADO ataja este problema, entendiendo aplicable a la resolución el plazo general de *prescripción*. Admite que ello «constituye una situación excepcional, en que un derecho potestativo se halla sometido a un plazo de prescripción. Pero evita que se pueda llegar a la paradójica situación de que quien puede ejercitar la acción de cumplimiento contractual se encuentre privado de la facultad de resolver —como bien podría suceder si no, al no ser los plazos de caducidad susceptibles de prescripción—» (RODRÍGUEZ ROSADO, 2013, 160-161).

⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO se refiere a la extinción «de los deberes primarios de prestación nacidos de él» (en referencia al contrato) (RODRÍGUEZ ROSADO, 2013, 233).

⁷ En la jurisprudencia, resulta paradigmático el caso tratado en la STS de 5 de junio de 2008.

⁸ En general, véase el comentario al artículo 42 LH de GARCÍA GARCÍA, Tm. I, 2019, 802.

Como ha puesto de manifiesto recientemente la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJyFP) en Resolución de 2 de septiembre de 2020, «en sede de anotaciones de demanda, no solo pueden practicarse por causa de demandas en que se ejercita una acción real, sino también por causa de aquellas en que se hace valer una pretensión puramente personal que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. Lo determinante es que con la demanda se ejercite una acción *atinentes* a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propicie directamente una alteración registral.

⁹ Se transcribe a continuación el citado artículo 198 del Reglamento Hipotecario:

«Tomada la anotación preventiva de demanda, si esta prosperase en virtud de sentencia firme, se practicarán las inscripciones o cancelaciones que se ordenen en esta.

La ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante, no solo para practicar la inscripción correspondiente, sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscribe, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación.

La anotación de demanda se cancelará en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria, y al margen de la anotación se pondrá la oportuna nota de referencia.

Cuando los asientos posteriores hubieren sido practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de demanda, para cancelarlos será preciso que, en ejecución de la

sentencia, el demandante pida la cancelación de tales asientos, y el Juez podrá decretarla, previa citación de los titulares de los mismos, conforme a los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dichos titulares no se opusieren a la pretensión del ejecutante, en un plazo de treinta días. Cuando hicieren constar en el Juzgado su oposición, se seguirá el juicio por los trámites de los incidentes, y no se cancelará la anotación de demanda en tanto no recaiga resolución judicial firme».

El último párrafo sigue refiriéndose a los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hoy, la referencia ha de entenderse hecha a los artículos 142 y siguientes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰ «... para el supuesto de tratarse de asientos posteriores [a la anotación de demanda], pero practicados en virtud de títulos anteriores a la anotación, tanto el Tribunal Supremo en Sentencias de fechas 18 de febrero de 1954 o 22 de abril de 1952, como la Dirección General de los Registros y del Notariado han resuelto el problema en el sentido de considerar siempre preferente al título anterior que puede provocar una inscripción posterior a la de la anotación preventiva de demanda. En estos casos se da preferencia al título sobre la anotación».

¹¹ Se sigue en esta línea lo sostenido por ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÁ, 2009, 386.

¹² No es este el momento para volver a entrar detenidamente en el análisis de esta cuestión. Pero estamos convencidos de que el artículo 1473 del Código civil no es un precepto cuya finalidad sea distribuir el dominio (aunque puede llegar a hacerlo), sino de jerarquizar, o si se prefiere, establecer una prelación de títulos adquisitivos en conflicto. Dos son los datos que nos parecen esenciales para esta conclusión:

— Sin perjuicio de que en un caso dado resulte de aplicación el criterio de resolución consistente en la prioridad en la inscripción (en cuyo caso, la resolución del conflicto se produce en realidad en sentido inverso: la prelación de los créditos en conflicto se produce porque ya se ha activado un criterio de prelación de los dominios, como es la inscripción registral), la sentencia que se dice resolviendo un conflicto de intereses aplicando el artículo 1473 del Código civil no puede tener efecto atributivo del dominio, porque los efectos de cosa juzgada del procedimiento no trascienden a los litigantes de ese proceso, y es perfectamente posible que el victorioso en ese procedimiento, pudiera ser derrotado en un proceso posterior por otro que tenga un mejor título a la cosa que él.

— Nos parece de gran interés el hecho de que aún en la Ley Hipotecaria de 1909, cuya finalidad era —no se olvide— adaptar la legislación hipotecaria al Código civil, la doble venta seguía aún disciplinada en el entonces artículo 38 de dicha Ley Hipotecaria, el cual, junto con los artículos 36 y 37 regulaban la dinámica registral de las revocaciones, resoluciones y rescisiones (hoy, reunida toda esa disciplina en el actual art. 37 LH).

No nos cabe ninguna duda que el artículo 1473 del Código civil es el precepto apropiado para dirimir el conflicto entre dos ventas incompatibles, aun cuando una de ellas (la venta misma como negocio) esté sometida a condición suspensiva (de modo que ni siquiera aún hayan cobrado efectividad las obligaciones nacientes del contrato) y la otra venta incompatible se haya otorgado sin sujeción a condición y plazo alguno, e incluso se haya consumado con la entrega del bien.

¹³ Es verdad que en el tráfico, propiedad, por un lado, y derechos reales limitados, por otro, funcionan de forma desigual. Aunque los derechos reales limitados se pueden transmitir, estos también se constituyen, y aunque surgen en el tráfico derivativamente y son consecuencia de actos dispositivos por parte del titular del derecho (superior) del que traen causa, sin embargo, cuando alguien deviene por acto de tráfico usufructuario de un bien, si ese usufructo ha surgido *ex novo*, no es correcto afirmar que el propietario haya «transmitido» el usufructo (aunque el usufructuario, sí, lo ha «adquirido»). Crear un derecho real limitado sometido a condición en su origen, hace de la condición (suspensiva o resolutoria) una circunstancia patrimonialmente valuable, en beneficio o en devaluación de la posición jurídica en que quedan disponente y adquirente, como

forma de ser de los derechos de que ambos quedan como titulares. Dicho de otro modo: la condicionalidad a que se sujeta el derecho real limitado, es condicionalidad, pero en sentido económicamente inverso, del gravamen que implica sobre el derecho superior del que deriva: tan eventual es la titularidad del derecho real limitado, como lo es la libertad del dominio del que deriva. Pero cuando se trata de la *transmisión* del dominio, las cosas funcionan de manera distinta: contra la eventual sujeción de la propiedad a condición, solo existe una *expectativa* de (re)adquisición definitiva para la otra parte, que además de ser protegible y ser susceptible de disposición como elemento patrimonial, no tiene verdadera naturaleza jurídico real. De aquí, a afirmar que cuando hablamos de propiedad la condición se refiere no a aquella sino a la relación obligatoria, solo hay un paso.

Sin embargo, y no obstante lo anterior, no se ven impedimentos para que la propiedad pueda estar sujeta, como tal, a condición. La propiedad sometida a condición es una forma de ser de ese derecho de propiedad, siendo la condición tan oponible como la propiedad misma que condiciona. No es, desde luego, una propiedad libre (pues sobre ella recae una condición), pero es propiedad (en tanto en cuanto es la forma de ser del derecho real más intenso sobre ese bien concreto). No hay necesidad teórica para afirmar que, el no ser esta propiedad completamente plena, tenga que existir un titular tercero que lo haya de ser de las facultades jurídico reales que le «faltan» a aquella propiedad para ser plena (como si la suma de ambos haces de facultades dieran como resultado la propiedad prototípica); y no existe esa necesidad teórica, porque esto es lo que sucede también con las prohibiciones de disponer con eficacia jurídico real: la amputación de la facultad dispositiva del titular no significa que aquella corresponda a una persona distinta. Y en buena medida, también es lo que sucede en los casos de enajenación de un bien con reserva de dominio

[No es este el lugar para desarrollar la figura de la reserva de dominio como institución, pero hoy es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, hoy renombrada como Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —DGSJyFP—) que la reserva de dominio responde al esquema de la condición suspensiva, pero estando condicionado el dominio, no la transmisión como tal. Buen ejemplo de ello es la doctrina sostenida en la RDGRN de 12 de mayo de 2010, en la que se afirma que, en caso de reserva de dominio, habrá dos *titularidades* diferenciadas pero complementarias (actual una, expectante la otra), concluyendo que la transmisión del inmueble a un tercero, libre de la reserva de dominio, exigiría la actuación conjunta de ambos titulares. La doctrina de esta resolución resulta útil a los fines aquí propuestos, porque acoge con claridad la idea de que lo condicionado es el derecho, y no la transmisión. Discrepamos en el prejuicio de tener que reconocer dos titularidades complementarias: para que un tercero adquiera el dominio *pleno* no se precisa la disposición conjunta del vendedor con reserva de dominio, y del comprador: teniendo la reserva de dominio una clara función de garantía, por bien que articulada (según opinión mayoritaria) sobre los esquemas de la condición suspensiva, el poseedor sí dispone, mientras que el vendedor beneficiario de la reserva, más que co-disponer, lo que hace es *renunciar* a la garantía que para él suponía la condición suspensiva a su favor. Sobre la reserva de dominio, véase últimamente, por todos, RODRÍGUEZ ROSADO, 2020, 491-558.]

Por último, cabe señalar que la posibilidad de someter a condición los derechos en general, y del dominio y derechos reales en particular, ha sido admitida explícitamente en algunos Códigos Civiles (así, véase art. 680 CC chileno).

¹⁴ Compartimos la idea de ROCA SASTRE: «la condición se establece en el negocio jurídico, pero lo que condiciona propiamente es sus efectos» (ROCA SASTRE, 1954, 264). Antes, también los autores de los Comentarios del Código civil de MUCIUS SCAEVOLA, «[s]e advierte muy pronto, en cuanto se profundiza el estudio de las condiciones, el equivocado punto de vista desde donde se considera esta materia, refiriéndola a las obligaciones, cuando por su naturaleza corresponde casi de una manera exclusiva a los derechos de ellas nacidos» (MUCIUS SCAEVOLA, 1905, 675).

¹⁵ Las palabras de GORDILLO CAÑAS son muy expresivas al respecto: «La situación jurídica de la finca, incluso atendido ahora *in complexu* a la situación jurídico-real, no queda descrita solo por el dominio y los derechos reales constituidos sobre ella, sino también, y en decisiva medida, por las cargas, límites y afecciones que los modalizan o recortan» (GORDILLO CAÑAS, 2020, 289), y ello, como consecuencia del sistema transmisivo causalista.

¹⁶ La distinción no resulta intrascendente, y tiene efectos prácticos evidentes. Como ha señalado ARIJA SOUTULLO, «los actos de disposición a favor de terceros, en ocasiones, pueden resultar eficaces, aun en el supuesto de que se cumpla la condición, y precisamente su eficacia estará en función de la buena o mala fe del tercero que adquiere y de que el contrato bajo condición se haya realizado en un documento público y esté inscrito en el Registro de la Propiedad» (ARIJA SOUTULLO, 2018, 296). Esta afirmación está hecha bajo el presupuesto de que, en un caso dado, lo que se somete a condición es el contrato como generador de obligaciones, y no la transmisión-derecho objeto de transmisión, pues si estuviésemos en este último caso, habría de cobrar total aplicación la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

¹⁷ Como apuntara ROCA SASTRE, «dado el sistema registral español, en el cual los títulos acuden al Registro con todo bagaje de pactos, cláusulas y reservas, y con cierta indiferenciación entre los elementos personales y los reales, el ingreso de las condiciones en los libros hipotecarios está excesivamente facilitada. La Ley Hipotecaria ya da por supuesto la consignación en los asientos que puedan dar origen a una rescisión, resolución, o nulidad de los actos inscritos y con mayor razón han de admitirse las condiciones, que expresan más claramente las repercusiones posibles de su cumplimiento en los actos inscritos o derechos reales registrados» (ROCA SASTRE, 1954, 279).

¹⁸ Aunque la norma es en este punto clara, CHICO Y ORTIZ señaló que «literalidad» no significa transcribir «al pie de la letra», y en este sentido, el registrador ha de «sintetizar, extraer la esencia de la condición, para que esta pueda ser conocida del tercero en su dimensión resolutoria» (CHICO Y ORTIZ, 1987, 429).

¹⁹ Resultan en este sentido clarificadoras las palabras de COSSÍO, al señalar que «[a]dmitiéndose [...] en nuestro sistema hipotecario que objeto de la inscripción no es el derecho real concebido de modo abstracto, y desvinculado de su causa determinante, sino el título mismo del que el derecho real deriva, todas las causas de resolución pactadas expresamente y contenidas en ese título, deben necesariamente reflejarse en el Registro de la Propiedad, teniendo por tanto trascendencia real, en cuanto al destruir el título, dejan sin base, y destruyen también la relación jurídica real por él creada. Si las partes no quieren dotar de eficacia «erga omnes» a esas causas, pueden hacerlo, pero para ello o no deben reflejarlas en el mismo título inscribible, o si lo hacen, deberán hacer constar en el mismo que su eficacia quedará reducida a los solos contratantes» (COSSÍO, 1956, 211-212).

²⁰ En este sentido parece pronunciarse también ARIJA SOUTULLO, 2018, 306.

²¹ Sobre esta construcción teórica de las titularidades preventivas, véase CASTRO, 1949, 684-686. Sobre esta forma de entender la cuestión, referida en concreto a la titularidad del dominio, véase, no obstante lo señalado *supra*, DíEZ-PICAZO, 1987, 156-157.

²² En este sentido, sigue teniendo plena vigencia la tesis de CAMPUZANO, 1931 (Tm I), 149.

Creemos acertada la siguiente opinión de GARCÍA GARCÍA: «Como en [el] caso del artículo 1.124 Código civil da igual que el tercero inscriba que no, pues la acción por esencia no afecta a ningún tercero, sea civil o hipotecario, el artículo 37 LH no representa aquí ningún mecanismo de protección de terceros por estar ya protegido per se, al no poder quedar afectados por la acción. Por lo mismo, tampoco es aplicable el artículo 34 LH». «Pero (...) el artículo 37 LH proporciona a esta acción resolutoria de efectos personales la posibilidad de que acceda al Registro a través de una anotación preventiva de demanda, a partir de cuyo momento, se podrá dar el supuesto del número

1 del artículo 37 LH, y así al constar explícitamente en el Registro la causa de resolución, afectará a terceros que adquieran con posterioridad a la anotación». «Por tanto, no se puede hablar de inutilidad del artículo 37 LH respecto a estas acciones personales, sino de una distinta función del precepto respecto a otros casos» (GARCÍA GARCÍA, 1993, 547-548).

²³ De esta opinión era, por ejemplo, MORELL Y TERRY, 1917 (Tm II), 676.

²⁴ Extraído de *Leyes Hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, Tm. III, 220.

²⁵ Como afirmara GARCÍA GARCÍA, «[a]unque el artículo 1.504 Código civil no es muy expresivo (...) la remisión del artículo 1.537 Código civil (Disposición General sobre la compraventa) a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, exige atender a lo dispuesto en el artículo 11 LH (...). De esta regulación se desprende que la acción resolutoria por el pacto de *lex commissoria* tiene efectos reales y afecta a terceros, salvo los protegidos por la Ley Hipotecaria, es decir, los terceros que contratan desconociendo que existía el pacto de resolución, por no constar reflejado en el Registro». «En cambio, la acción resolutoria del artículo 1.124 Código civil es de efectos obligacionales, de tal modo que aunque conste en el Registro el aplazamiento de pago, si no se ha dado a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa, tal aplazamiento y el impago del precio aplazado no afectan a terceros» (GARCÍA GARCÍA, 1993, 540).

²⁶ En buena medida, y como consecuencia de lo anterior, cabría pensar en lo verdaderamente inútil que supone mantener una disposición como la del artículo 11 LH en el sentido que ahora nos interesa. En esta misma línea, véase también, con cita a Sanz y a Roca, GORDILLO CAÑAS, 2020, 348.

²⁷ Sostuvieron estos autores que «[e]l artículo 36 [del texto entonces vigente de la LH], al decir que las acciones rescisorias y resolutorias no se dan contra tercero, se refiere a las acciones rescisorias y resolutorias según el derecho civil. // El no haber pagado el precio en todo ó en parte, y el haberlo ó no aplazado, solo es causa de rescisión del contrato, cuando se pacta que lo sea. // El Registrador debe hacer constar en la inscripción el no haberse hecho el pago, el haberse hecho, ó el haberse aplazado en todo ó en parte. // El artículo 38 de la Ley Hipotecaria no establece que el no pagarse el precio aplazado sea causa de rescisión de la venta, sino que se limita a consignar que cuando la falta de pago del precio en los plazos señalados cause la rescisión del contrato, según el derecho civil, no perjudica a tercero si no consta en el Registro» (GALINDO/ESCOSURA, 1896, 559).

²⁸ En este sentido es en el que se pronuncia la DGRN en su Resolución de 19 de noviembre 1996, cuando afirma que «...al tiempo de entablarse la demanda de resolución contra el comprador habrá de citarse a los titulares de los asientos posteriores que traigan causa de este, a fin de que puedan hacer valer la eventual no concurrencia de alguno de los presupuestos del efecto resolutorio (el pago en tiempo oportuno, por ejemplo); y que, igualmente, se tome la oportuna anotación preventiva de dicha demanda, que cumplirá idéntico papel notificador respecto de los titulares de asientos ulteriores. De este modo, se compatibiliza el pleno alcance real de la condición resolutoria explícita debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad (*Vid.* arts. 1124 y 1506 CC y 37 LH) con los principios básicos de tutela jurisdiccional de los propios derechos (art. 24 de la Constitución española), la salvaguardia judicial de los asientos registrales (arts. 1 y 40 LH), y se posibilita el alcance cancelatorio de la sentencia estimatoria que en su día se dicte respecto de todos los asientos posteriores al reflejo registral de dicha condición resolutoria».

²⁹ Transcribimos a continuación el texto del artículo 1504 del Código civil: «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, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término».

³⁰ Al explicar esta Ley de Partidas, SÁNCHEZ ROMÁN se refería a que esta preveía «un derecho alternativo (...) que corresponde al vendedor en las compra-ventas con el

pacto de ley comisoria, para elegir entre el cumplimiento del contrato, ó su rescisión» (la cursiva es mía) (SÁNCHEZ ROMÁN, 1899, 580).

³¹ Véase su glosa a esta Ley Partidas, en la que se refiere al término «...que sea desfecha».

³² Lo mismo pasa en sede de venta de cosa mueble, esto es, en el ámbito del artículo 1505 del Código civil, aun cuando parece que la literalidad del precepto impone una consecuencia resolutoria automática por falta de pago del precio (cuando el impago es lo que se pone como condición resolutoria). El artículo 1505 prevé que «Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de este se hubiese pactado mayor dilación».

Sin embargo, no debe pasar inadvertido que el transcrito artículo 1505 Código civil prevé la resolución de pleno derecho en interés del vendedor, matiz que ya estaba presente en el artículo 1434 del Proyecto de 1851, y que supone suavizar la consecuencia a la que la literalidad del artículo 1656 del Code francés conducía, que parecía llevar a la resolución automática [lo que vendría confirmado por las palabras de Portalis, en su informe elaborado sobre el contrato de compraventa durante la tramitación del Code francés: «la venta se rescindirá *ipso jure* y sin ninguna instancia de parte del vendedor, después del término convenido en que el que compra debe satisfacer el precio. (...) Los géneros y bienes muebles no circulan en el comercio siempre con igual valor, y hay una variación muy rápida y tan sensible en el precio de estos objetos, que el menor retardo puede ocasionar perjuicios de monta. Los inmuebles no ofrecen los mismos inconvenientes» (véase *Curso de Legislación* formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón. Tm. III, 25)]. GARCÍA GOYENA, en sus comentarios al Proyecto de 1851, confirma que tanto en el artículo 1433 como en el 1434 (precedentes directos de los actuales arts. 1504 y 1505 CC), el vendedor es «libre en pedir la resolución, o cumplimiento de la venta» (GARCÍA GOYENA, 1852 (Tomo III), 414).

³³ Es tradicional la afirmación contraria. Así, MANRESA ya afirmó, comentando el artículo 1504 del Código, que «[b]ien mirado, [la condición resolutoria por falta de pago de este precepto] es la misma condición resolutoria que va implícita en todas las obligaciones bilaterales, según el artículo 1124; solamente que tratándose de bienes inmuebles se sustrae, en cuanto á su reglamentación, del imperio del citado artículo 1124 para someterla á las estipulaciones de los contratantes y á los preceptos [de dicho artículo 1504]» (MANRESA, 1907 (tomo X), 286).

³⁴ No lo entendió así el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de junio de 1991. En ella se trató el efecto expansivo, de la resolución ejercitada por el vendedor frente al comprador de una finca, a un tercero subadquirente. En el caso, de los hechos de la sentencia se deduce que la primera venta (la que se resuelve) no fue inscrita en el Registro y se formalizó solo en documento privado; tampoco (lógicamente) la segunda venta (transmisión) al subadquirente frente al que pretenden extenderse las consecuencias restitutorias fue inscrita, de modo que el vendedor primero figuraba aún como titular registral. En la venta primera se pactó prohibición de disponer (no podía arrendar, subarrendar, vender ni ceder la finca).

En la sentencia se da por bueno el razonamiento de la Audiencia Provincial, en la que se afirmó que a fin de cuentas el subadquirente había comprador de alguien que no tenía facultades dispositivas (se entiende, por virtud de los pactos anteriores de no vender), y que además, al no haber adquirido de titular registral, no podría quedar inmune ante las consecuencias restitutorias.

La doctrina mantenida en esta resolución resulta muy problemática. Sin necesidad de entrar en la virtualidad del pacto de prohibición de disponer que habría de afectar al primer comprador (lo que ya es más que dudoso: habría de tener mero efecto jurídico

obligacional, pero nunca eficacia jurídico real; arg. art. 26 LH), una vez que en sede judicial se ha puesto de manifiesto la inexactitud registral (las dos transmisiones sucesivas sobre las que se pretenden las consecuencias restitutorias por efecto de la resolución), y por tanto que el debate debe ventilarse conforme a las reglas del Derecho Civil no registral (y por tanto, yendo de suyo que la inscripción aún vigente en favor del primer vendedor no puede protegerle desde el punto de vista del sistema registral, como medio de resolución de conflictos frente a terceros), no se entiende cómo el Tribunal Supremo pudo afirmar (aunque en afirmación obiter dicta) que aun cuando el subadquirente no conociera el contrato que ahora se resuelve, juega contra él «igualmente en su contra la publicidad registral». Con estos (cuestionables) razonamientos, el Tribunal Supremo consigue articular su tesis en relación al efecto resolutorio-restitutorio por incumplimiento, con un marcado carácter ex tunc.

Quizá todo este forzado razonamiento del Tribunal Supremo no debe extrapolarse más allá de los límites del supuesto de hecho que le sirvió de base, en el que se pone de manifiesto que el subadquirente no pudo probar la existencia del contrato que sirvió de base a su (hipotética) adquisición. Esta falta de prueba ya hubiese sido bastante para no impedir el total efecto restitutorio al vendedor que sufre el incumplimiento, y no se entiende por qué el Tribunal Supremo realiza aquellas afirmaciones obiter dicta que, creemos, resultan muy dudosas.

³⁵ En este sentido resultan especialmente ilustrativas las ideas expuestas en la RDGRN de 9 de junio de 2010, concretamente en su fundamento de derecho sexto: esos derechos o pretensiones dejan de tener por objeto la finca, y pasa a ser el valor representativo de ella, por subrogación real.

³⁶ En este sentido, véase la RDGRN de 8 de mayo de 2019.

³⁷ Así lo ha venido a confirmar de forma reciente la RDGSJyFP de 6 de marzo de 2020.

Esta cuestión, que hoy se presenta como algo claro, sin embargo generó dudas, y hubo vacilaciones en cuanto a la necesidad de dicha consignación cuando no había asientos intermedios. Para una visión panorámica de esta cuestión, resulta interesante el estudio de Torrente, 1996, 384-388.

³⁸ Por todos, véase CAMY, 1982 (Tm. II), 581: «Si en la venta primitiva que origina esta resolución, se hubiese pactado que quedarían en poder del vendedor, o de sus causahabientes, la parte del precio satisfecha en el momento en que proceda y se ejercite aquella, no habrá que acreditar devolución alguna. Sin que esto impida el posible derecho del comprador para pedir, incluso judicialmente, que se le devuelva parte de esa cantidad, pues según reiterada jurisprudencia (...) los Tribunales pueden estimar excesiva la cantidad que retenga el vendedor como indemnización de daños y perjuicios pese a que ello se deba a pacto entre los contratantes (...)».

³⁹ Dispone dicho artículo 1154 del Código civil que «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

⁴⁰ Buenos ejemplos de este enfoque son, por citar resoluciones recientes, las RRDGRN de 9 de junio de 2010, de 25 de enero de 2012, y más recientemente, y sin perjuicio de lo que más abajo se dirá, la RDGSJyFP de 6 de marzo de 2020.

⁴¹ Resulta muy ilustrativo el siguiente fragmento de la Resolución de 15 de enero de 2021: «Las partes han pactado una cláusula penal en virtud de la cual, en caso de incumplimiento de la obligación de pago del comprador, el vendedor hará suyas las cantidades percibidas, y han convenido expresamente que dicha cláusula penal resultaría de aplicación, en su totalidad, en el caso de incumplimiento parcial, total, irregular o tardío del precio aplazado por el comprador, de manera que no haya lugar a la restitución prevista en el artículo 1123 del Código civil; han pactado excluir la facultad moderadora de los Tribunales prevista en el artículo 1154 del mismo Código; la compradora había aceptado la cláusula penal declarando su proporcionalidad y adecuación a la vista de los perjuicios que soporta el

vendedor por la falta de cobro del precio de la compraventa; el comprador había renunciado, de forma expresa e irrevocable, a cualquier reclamación judicial o extrajudicial orientada a excluir la aplicación de la cláusula penal o a obtener una minoración o retraso; y la cláusula está inscrita en el Registro resultando oponible no solo a las partes sino también frente a cualesquiera terceros registrales».

⁴² Sobre esta cuestión, véase por todos la crítica de POVEDA DÍAZ, 2000, 545-546.

⁴³ Si tales inscripciones intermedias lo hubiesen sido de transmisión del dominio o de constitución de derechos reales, la solución habría de ser justo la opuesta.

*(Trabajo recibido el 9 de marzo de 2021 y aceptado
para su publicación el 7 de junio de 2021)*