

El derecho real de comiso  
y los problemas del «Derecho  
nuevo» de Cataluña: comentario a  
la RDGRN de 29 de agosto de 2019

*The in-rem right of comiso and  
the issues with the «new law» of  
Catalonia: a comment to the DGRN  
Resolution of 29 August 2019*

por  
ANTONIO GARCÍA GARCÍA  
*Abogado*

*¿Qué es eso en sí mismo según su peculiar constitución?, ¿cuál es su  
sustancia y materia?, ¿y cuál su causa?, ¿y qué hace en el mundo?  
(Marco Aurelio, Meditaciones, hacia 170 - 180 d.C.)*

*Primeros principios, Clarice. Lea a Marco Aurelio.  
De cada cosa pregúntese: ¿Qué es en sí misma? ¿Cuál es su naturaleza?  
(Hannibal Lecter, El silencio de los corderos, 1991)*

**RESUMEN:** La RDGRN de 29 de agosto de 2019 admitió la inaplicación de las disposiciones del Código civil de Cataluña a la «condición resolutoria expresa» en garantía del precio aplazado de un contrato de

compraventa, a pesar de encontrarse las fincas vendidas en Granollers. La DGRN declaró su competencia para conocer del recurso contra la calificación negativa del registrador, y resolvió que, no siendo la «condición resolutoria expresa» un derecho real, resulta aplicable a la misma el artículo 10.5 del Código civil, y, en consecuencia, el Derecho común español, al que las partes habían sometido el contrato de compraventa. En este trabajo comentaré la citada RDGRN, y defenderé que la llamada «condición resolutoria expresa» es, en realidad, un derecho real *in re aliena*, naturaleza que se ve reforzada en nuestro caso de estudio con los pactos alcanzados por las partes. Este análisis nos habrá de llevar a una conclusión que es similar en sus efectos a la alcanzada por la DGRN, aunque por motivos completamente distintos.

*ABSTRACT: The RDGRN Resolution of 29 August 2019 established that the provisions of the Civil Code of Catalonia do not apply to a «condition subsequent» securing the deferred price in a sale-and-purchase agreement, despite the assets sold being located in Granollers. The DGRN declared its competence over the challenge to the Registrar's refusal to record the right, and it ruled that, since the «condition subsequent» is not an in rem right, article 10.5 of the Civil Code applies. Therefore, so does Spanish common law, which the parties had chosen to govern the sale-and-purchase agreement. In this paper, I discuss the aforementioned DGRN Resolution, and I sustain that the so-called «condition subsequent» is actually an in rem right in re aliena, which is emphasized in the case at hand because of the agreements by the parties. This analysis shall lead us to a conclusion that is similar in its effects to that reached by the DGRN, but on completely different merits.*

**PALABRAS CLAVE:** Condición resolutoria. Derecho real. Código civil de Cataluña. Conflicto de leyes. Dirección General de los Registros y del Notariado. Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña. Derecho mercantil. Heterointegración del Derecho catalán.

**KEY WORDS:** *Condition subsequent. In rem right. Civil Code of Catalonia. Conflict of laws. General Directorate of Registries and Notaries. General Directorate of Law and Legal Entities of Catalonia. Commercial law. Construction of Catalan law.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: 1. LA IMPORTANCIA HISTÓRICA DEL DERECHO REAL DE COMISO. 2. EL PACTO LLAMADO DE «CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA» Y SU CALIFICACIÓN POR EL REGISTRADOR. 3. LA RESOLU-

CIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO Y ENTIDADES JURÍDICAS DE CATALUÑA DE 25 DE JULIO DE 2019. 4. LA RDGRN DE 29 DE AGOSTO DE 2019.—II. VALIDEZ DE LOS PACTOS BAJO DERECHO COMÚN ESPAÑOL.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LLAMADA «CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA»: 1. EL TRASFONDO FILOSÓFICO DE LA CUESTIÓN: REALISMO VS. NOMINALISMO: A) *El nombre de la rosa*. B) *La postura mayoritaria*. C) *Un primer problema «nominal»: el artículo 1115 del Código civil*. 2. LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL. 3. LA DOCTRINA DEL *NUMERUS APERTUS* EN LA CREACIÓN DE DERECHOS REALES: A) *Principio general*. B) *Distinción entre la CRE y otras figuras con eficacia obligacional*. C) *El efecto de las arras penales*. 4. EL ENFOQUE «REALISTA» DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO RESPECTO DE LA CRE: A) *Tributación en ITP-AJD*. B) *Privilegio especial en el concurso de acreedores*. 5. ACCESORIEDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA CRE: A) *Accesoriedad respecto del crédito por el precio aplazado*. B) *Indivisibilidad en los mismos términos que la hipoteca*. 6. LA PROGRESIVA EQUIPARACIÓN DE LA CRE Y LA HIPOTECA EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y LA DOCTRINA DE LA DGRN: A) *La reforma de la LH de 1946*. B) *La reforma de 2015*. 7. LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES PRESENTE EN LA CRE. 8. EL PACTO DE *LEX COMMISSORIA* NO ES INCOMPATIBLE CON LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA. 9. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE COMISO: ¿DECLARATIVA O CONSTITUTIVA?—IV. APLICABILIDAD DE LA LEY CATALANA AL DERECHO DE COMISO SOBRE INMUEBLES SITUADOS EN CATALUÑA: 1. NORMA DE CONFLICTO Y PUNTO DE CONEXIÓN. 2. CARÁCTER TERRITORIAL DEL DERECHO CATALÁN. 3. CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 621-54 CCCAT: A) *La libertad de elección de ley en la sucesión testada*. B) *El Reglamento Roma I no es aplicable al caso*. C) *Conclusión: el Derecho catalán no puede excluirse por pacto entre las partes*. D) *Breve mención al reflejo registral de circunstancias del estatuto personal de los titulares de derechos inscritos*.—V. COMPETENCIA DE LA DGDEJ PARA CONOCER DEL RECURSO CONTRA LA NOTA DE CALIFICACIÓN.—VI. UNA POSIBLE SOLUCIÓN: 1. EL «NUEVO DERECHO CATALÁN» COMO PROBLEMA PARA EL TRÁFICO JURÍDICO: EL FRACASO DE UN MODELO. 2. UNA INTERPRETACIÓN DE LOS LÍMITES DEL «NUEVO DERECHO» CATALÁN DESDE EL «PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN» DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS. 3. EL PRECEDENTE NAVARRO. 4. EL OTRO PRECEDENTE: LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE SEGUROS. 5. EL PROBLEMA AÑADIDO DE LA VECINDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 6. SÍNTESIS: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 621-54 AL SUPUESTO DE HECHO POR RAZÓN DE SU ORIGEN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. LA IMPORTANCIA HISTÓRICA DEL DERECHO REAL DE COMISO

En nuestros días, el derecho real de comiso (comúnmente conocido con el nombre de «condición resolutoria expresa») se encuentra en desuso entre el gran público que compra y vende viviendas. Los vendedores prefieren que el comprador recurra a la financiación bancaria, ya que esta les proporciona liquidez de manera inmediata (a cambio de una garantía hipotecaria sobre el inmueble). Sin embargo, esto no siempre fue así: durante la posguerra y buena parte de la segunda mitad del siglo XX, el derecho de comiso en garantía de precios aplazados tuvo una enorme relevancia social en nuestro país, contribuyendo —más incluso que la hipoteca— a que España tenga a día de hoy una de las tasas de propietarios más alta de la Unión Europea.

No podemos descartar que el derecho de comiso retorne en el futuro a la primera línea de la vida jurídica: la regulación cada vez más restrictiva de la financiación hipotecaria (v.g. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), así como las dificultades que experimentan las entidades financieras para obtener rentabilidad en un contexto de tipos de interés bajos hacen que la población con menos recursos tenga cada vez más difícil acceder al crédito hipotecario. Una posible solución para que la gente más modesta pueda transformar su ahorro mensual en propiedad inmobiliaria (y que no queden condenados a ser arrendatarios de por vida) podría ser que los vendedores volvieran a normalizar el aplazamiento de parte del precio de venta.

A día de hoy, el derecho de comiso continúa siendo de gran utilidad en el ámbito mercantil, para garantizar el precio aplazado en grandes operaciones inmobiliarias. Precisamente en el contexto de una de estas operaciones se desarrolla el supuesto de hecho que analizaremos en este trabajo.

### 2. EL PACTO LLAMADO DE «CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA» Y SU CALIFICACIÓN POR EL REGISTRADOR

En diciembre de 2018, dos sociedades con vecindad civil común (SAREB y «Talismán Capital, S.L.») suscribieron un contrato de compraventa de una cartera de inmuebles, situados en diez comunidades autónomas distintas. Dicho contrato (que las partes sometieron a Derecho civil común y formalizaron en escritura pública) preveía una condición resolutoria expresa para el supuesto de que se produjera un impago del precio aplazado. Presentada a inscripción en los Registros correspondientes, la escritura fue calificada negativamente por el registrador de la propiedad n.º 3 de Granollers, por

entender que, respecto de los inmuebles sitos en Cataluña, resulta aplicable el Derecho civil catalán, sin que la citada «condición resolutoria» se adecúe a las disposiciones del Código civil de Cataluña (en adelante, «CCCat»).

La «condición resolutoria» pactada en el contrato de compraventa establecía lo siguiente:

*[Estipulación] 4.1. Condición resolutoria expresa*

*Ambas Partes pactan como condición resolutoria expresa de esta compraventa a favor del Vendedor, y conforme a lo dispuesto en los artículos 1504 del Código civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento Hipotecario, que la falta de pago del Precio Aplazado Individualizado de cada uno de los Inmuebles conforme al desglose incluido en el Anexo 3(c) dará lugar a la resolución de pleno derecho de su compraventa (en adelante, la «Condición Resolutoria»).*

*La Condición Resolutoria cumple la función de garantizar la obligación asumida por el Comprador de abonar al Vendedor todos y cada uno de los importes correspondientes al Precio Aplazado de los Inmuebles, incluyendo expresamente los Intereses de Demora en el caso de que el Comprador no abone, total o parcialmente, los importes correspondientes al pago de la parte aplazada de su Precio Individualizado en las fechas indicadas en el apartado (ii) de la Estipulación Tercera anterior.*

*Por lo tanto, cada uno de los Inmuebles queda afectado, con carácter real, por la Condición Resolutoria explícita referida al pago de la parte aplazada de su Precio Individualizado más los Intereses de Demora que se devengarán, y sin quedarlo, por lo tanto, respecto del pago de la parte aplazada del Precio Individualizado de los restantes Inmuebles o sus Intereses de Demora [...].*

*A efectos hipotecarios, la Condición Resolutoria garantiza los Intereses de Demora al tipo de intereses [sic] nominal anual del dos por ciento (2%), lo que determina, para cada uno de los Inmuebles, un importe de Intereses de Demora, a efectos hipotecarios, del dos por ciento (2%) del correspondiente Precio Aplazado Individualizado. [...]*

*4.2. Ejercicio de la Condición Resolutoria*

*4.2.1. Incumplimiento por el Comprador*

*La falta de pago, total o parcial, [...] facultará al Vendedor para resolver de pleno derecho la compraventa del Inmueble o Inmuebles contenida en la presente Escritura, cuyo Precio Aplazado Individuali-*

*zado e Intereses de Demora debidos no se hayan pagado íntegramente por el Comprador, procediendo a reinscribir a su nombre el Inmueble o Inmuebles afectado(s) por la resolución correspondiente en el Registro de la Propiedad conforme a lo determinado en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento Hipotecario, con la sola presentación de la copia autorizada del acta notarial de notificación de la resolución contractual establecida en el artículo 1504 del Código civil y copia del título del Vendedor. [...]*

*El Vendedor retendrá el importe íntegro de las cantidades hasta ese momento pagadas por el Comprador en concepto de cláusula penal que compense los daños y perjuicios sufridos por el Vendedor (la «Cláusula Penal»). La Cláusula Penal no sustituye el derecho del Vendedor a reclamar una indemnización por cualesquiera otros daños y perjuicios producidos hasta un importe máximo del veinte por ciento (20%) del Precio Aplazado Individualizado delllos Inmueble(s) afectado(s) por la resolución. [...]*

#### *4.2.2. Aplicación de la Cláusula Penal*

*La Cláusula Penal resultará de aplicación en el caso de incumplimiento parcial, irregular y/o total por el Comprador, excluyéndose por acuerdo expreso de las Partes (y al amparo de la autonomía de la voluntad) la facultad moderadora de los Tribunales prevista en el artículo 1154 del Código civil. Adicionalmente, el Comprador acepta y asume la Cláusula Penal, manifestando que la considera adecuada, renunciando expresa e irrevocablemente a realizar cualquier reclamación al Vendedor, judicial o extrajudicial, tendente excluir su aplicación, solicitar su minoración o retraso.*

#### *4.2.3. Requerimiento*

*El Vendedor podrá ejercitar la acción resolutoria a través de requerimiento fehaciente mediante acta notarial (el «Requerimiento»), conforme a lo prevenido en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, en el cual (i) se requiere al Comprador el abono íntegro del importe del Precio Aplazado Individualizado de los Inmuebles en cuestión pendiente (junto con los Intereses de Demora que resulten aplicables) en un plazo máximo e improrrogable de cinco (5) Días Hábiles desde la fecha del Requerimiento; y (ii) se dejará constancia de que, transcurrido dicho plazo de cinco (5) Días Hábiles, sin que el Comprador hubiera procedido a pagar íntegramente el Precio Aplazado Individualizado correspondiente más los Intereses de Demora debidos, se entenderá cumplida la Condición Resolutoria y, por tanto,*

*quedará automáticamente resuelta de pleno derecho la compraventa del Inmueble o Inmuebles cuyo Precio Aplazado Individualizado más los Intereses de Demora no se hubieran pagado íntegramente por el Comprador.*

*[...]*

El registrador emitió una nota de calificación extensa y motivada, que no vamos a reproducir por motivos de espacio, pero que puede consultarse íntegramente en la resolución de la DGDEJ de la que trataremos después. Según dicha nota, las cláusulas reproducidas *supra* no son inscribibles por ser contrarias al artículo 621-54 CCCat:

*Artículo 621-54 Pacto de condición resolutoria*

*1. El pacto de condición resolutoria establecido para el supuesto de falta de pago de todo o una parte del precio aplazado faculta al vendedor para resolver el contrato y recuperar el inmueble, siempre y cuando haya requerido previamente al comprador mediante un acta notarial que en un plazo de veinte días efectúe el pago, con la advertencia de que, si no lo hace, se resolverá la compraventa.*

*2. Si el pacto de condición resolutoria se ha formalizado en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplican a la resolución los preceptos del presente artículo. El pacto debe prever que, para que se produzca la resolución, la parte impagada del precio aplazado, incluidos, si procede, los intereses pactados, debe superar el 15% del precio íntegro más los intereses. Se puede establecer que el vendedor retenga las cantidades pagadas por el comprador, con un máximo de la mitad de la cantidad total que haya debido percibir, de acuerdo con el contrato, hasta la fecha de la resolución. Si se han pactado intereses, la escritura debe incorporar un cuadro de amortización y el tipo de interés debe ser fijo, debe devengarse por meses vencidos y no puede ser superior al interés legal en el momento del otorgamiento de la escritura, incrementado en el 50%. El vendedor no puede reclamar al comprador cantidad alguna por las cuotas futuras y no vencidas<sup>1</sup>.*

SAREB interesó la calificación sustitutoria, y la nota del registrador de Granollers fue confirmada por la registradora de la propiedad n.º 1 de Barcelona.

### 3. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO Y ENTIDADES JURÍDICAS DE CATALUÑA DE 25 DE JULIO DE 2019

En su nota de calificación, el registrador indicaba que contra la misma cabía interponer recurso ante la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña («DGDEJ») en el plazo de un mes. Tras la confirmación de la nota por la registradora sustituta, la vendedora (SAREB) impugnó la calificación ante la DGRN<sup>2</sup>, la cual remitió al registrador el escrito de interposición de recurso para su tramitación. A su vez, el registrador elevó el expediente a la DGDEJ, en aplicación del artículo 3.3 de la Ley de la Generalidad 5/2009 (sobre lo que volveremos más adelante). En su recurso, SAREB defendía la licitud del pacto de sumisión al Derecho común, en resumen (y siempre según la recurrente): (a) por no ser la condición resolutoria un derecho real, (b) por no ser el artículo 621-54 CCCat una norma imperativa, (c) por no tener preferencia el Derecho civil catalán sobre el Derecho común español y (d) porque el artículo 10.5 del Código civil garantiza la libertad de elección entre los distintos Derechos civiles españoles en materia de obligaciones y contratos, siendo, además, la Ley Hipotecaria (en adelante, «LH») la única norma que debe regir las cuestiones registrales derivadas de los pactos contractuales en materia de condición resolutoria expresa.

La DGDEJ desestimó el recurso de SAREB en Resolución de 25 de julio de 2019 (DOGC de 7 de agosto). En primer lugar, confirmó su competencia para resolver el recurso con base en el artículo 1 de la Ley 5/2009, y confirmó la nota del registrador, en síntesis, por no ser de aplicación el artículo 10.5 del Código civil, sino el 10.1 del Código civil, al tener la condición resolutoria inscrita efectos frente a terceros. El artículo 10.1 del Código civil remite al 621-54 CCCat, de carácter imperativo.

### 4. LA RDGRN DE 29 DE AGOSTO DE 2019

La DGRN se declaró competente para conocer del recurso. En su Resolución, publicada en el BOE de 30 de octubre de 2019, señala que la condición resolutoria tiene carácter contractual y no real (tanto en Derecho común como en Derecho catalán). Por consiguiente, le es aplicable el artículo 10.5 del Código civil: «*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate [...]*», y no el artículo 10.1, reservado a los derechos reales sobre inmuebles.

La DGRN declara que la condición resolutoria expresa del artículo 1504 del Código civil es una facultad jurídica, que en absoluto puede ser concep-



tuada como un derecho real, forzando así la aplicación del artículo 10.1 del Código civil. Su acceso al Registro no implica su conversión en derecho real, pues la inscripción no convierte en real lo personal, sino que únicamente le atribuye eficacia frente a terceros. Por consiguiente, resulta válida la sumisión al Derecho común, *ex* artículo 10.5 del Código civil. Señala igualmente que la doctrina viene calificando la condición resolutoria expresa como un «derecho potestativo» para la parte que decide resolver ante la falta de pago de la contraparte, o bien como una «facultad jurídica». Declara igualmente que el artículo 111-6 CCCat permite a las partes excluir la aplicación de las leyes civiles catalanas, salvo cuando estas tengan carácter imperativo; y que en España coexisten distintos ordenamientos civiles, lo que permite aplicar el Derecho civil común sin perjuicio del territorio de que se trate. La DGRN señala que la libertad de elección de la ley aplicable es paradigma del moderno Derecho contractual europeo, como resulta del artículo 3.1 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento «Roma I»), y que negar la facultad de las partes de escoger la ley aplicable a la condición resolutoria supondría abogar por «*un indefendible criterio de territorialidad*» que implicaría un retroceso con relación al Derecho comunitario. Además, la DGRN admite la inscripción del pacto de cláusula penal, sin que por tanto el vendedor venga obligado a consignar las cantidades satisfechas por el comprador para el ejercicio de la condición resolutoria.

Contra esta RDGRN, la Generalidad de Cataluña interpuso demanda ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, alegando vulneración de las competencias atribuidas a la DGDEJ. A la fecha en que se escriben estas líneas (octubre de 2020), dicho procedimiento está pendiente de Sentencia.

## II. VALIDEZ DE LOS PACTOS BAJO DERECHO COMÚN ESPAÑOL

En nuestro caso de estudio, el ejercicio del poder resolutorio unilateral por el vendedor *ex* artículo 1504 del Código civil se sustancia mediante una notificación de las previstas en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario (en adelante, «RH»), que concede al deudor un plazo improrrogable para el pago. En caso de no atender al pago, opera la reversión automática de la propiedad, sin necesidad de un nuevo consentimiento del comprador (y con renuncia de este a cualesquiera acciones judiciales o excepciones procesales). El plazo adicional de cinco días para pagar previsto en la escritura no conculca el artículo 1504 del Código civil: aunque este último permite la mera notificación de la resolución ante el impago del deudor, no excluye la fijación de un nuevo plazo (MARTÍNEZ SARRIÓN)<sup>3</sup>.

El pacto de cláusula penal (o de arras penales, según DELGADO ECHEVERRÍA)<sup>4</sup> supone la inaplicación práctica del artículo 175. 6.ª RH, que exige la previa consignación del precio para reinscribir la titularidad de los bienes a nombre del vendedor. La DGRN ha declarado inscribibles cláusulas penales en relación con condiciones resolutorias expresas, por tener aquellas una evidente trascendencia real (cfr. RDGRN de 6 de febrero de 1990). La renuncia del comprador a las cantidades entregadas es válida desde el Derecho romano, que permitía al vendedor retener «*quod arrae vel alio nomine datum esset*» (lo que se hubiera entregado en concepto de arras o por otro concepto). También las Partidas recogieron esta doctrina, con atenuaciones, eso sí, para cuando el comprador hubiese pagado la mayor parte del precio<sup>5</sup>. Coincidimos con AZOFRA en que el matiz «*con las deducciones que en su caso procedan*» previsto en el artículo 175. 6.ª permite eximir al vendedor de consignar las cantidades entregadas a cuenta del precio, cuando las partes hubieran dado a dicho importe el carácter de arras penales<sup>6</sup>. Concuero también con este autor en que sería absurdo que los terceros registrales posteriores percibieran cantidades a las que el propio comprador no tiene derecho (ya que la consignación, no olvidemos, es de cantidades debidas *al comprador*). Como señala ROVIRA JAÉN<sup>7</sup>, «*la cancelación automática se deriva de la resolución del derecho de la manera como ha sido configurada por las partes, y si estas han pactado que el vendedor se apropiará del precio recibido, y así se resolverá el derecho del comprador, no vemos ninguna razón para exigir consignar una cantidad que no hay que devolver al comprador*»<sup>8</sup>.

No teniendo ninguno de los contratantes la condición de consumidor, la renuncia a la moderación judicial de la cláusula penal es válida. La DGRN cita la STS de 5 de diciembre de 2003, que estableció que el artículo 1154 del Código civil no resulta aplicable cuando el incumplimiento parcial es el previsto expresamente en la cláusula penal.

En cuanto a la extensión del pacto de «condición resolutoria» a los intereses moratorios, esta viene siendo admitida por la DGRN desde su Resolución de 5 de febrero de 1990. Idéntica postura ha sostenido el Tribunal Supremo (STS de 22 de enero de 1991).

Por todo lo anterior, debo concluir, con AZOFRA y la DGRN, que el funcionamiento de la «condición resolutoria» y de la cláusula penal pactadas en la escritura es válido en Derecho común español. No existiendo discrepancia en este punto, no abundaré más en él. Hay que destacar, sin embargo, que con esta decisión la DGRN abandona la que había sido su doctrina sobre los efectos de la «condición resolutoria expresa» al menos, desde la Resolución de 29 de diciembre de 1982<sup>9</sup>. Durante estas casi cuatro décadas, la DGRN había diluido la eficacia de la condición resolutoria mediante la supresión del automatismo registral en la

reinscripción. Tanto la citada RDGRN de 1982 como la STS de 16 de noviembre de 1979 entendieron que, si el deudor se opone a la resolución, no cabe el ejercicio extrajudicial de la misma, sino que se entra en una fase de controversia que debe ser resuelta por los Tribunales (GÓMEZ GÁLLIGO)<sup>10</sup>—. Esta postura generó duras críticas por parte de quienes la consideraban «una doctrina peligrosa para la eficacia en el tráfico de la condición resolutoria expresa» (DÍEZ PICAZO), «un atentado a la misma línea de flotación del esquema protector o de seguridad de la posición del vendedor» (MAGARIÑOS), o «un deterioro del pacto de resolución» (MARTÍNEZ SANCHIZ)<sup>11</sup>.

Sentado lo anterior, queda la duda de si el Derecho común español es aplicable a nuestro supuesto de hecho. Para dar respuesta a esta cuestión, primero debemos dilucidar otra: si la «condición resolutoria expresa» es o no un derecho real.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LLAMADA «CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA»

#### 1. EL TRASFONDO FILOSÓFICO DE LA CUESTIÓN: REALISMO VS. NOMINALISMO

##### A) *El nombre de la rosa*

Una de las grandes frustraciones de Umberto Eco fue que prácticamente nadie entendió el juego de palabras en el título de *El nombre de la rosa*. Quienes han visto la película de Jean-Jacques Annaud (de la que Eco abominaba) suelen relacionar el nombre de la obra con el recuerdo del primer (y único) amor del protagonista, Adso de Melk. Pero hay otra lectura en clave nominalista que se nos revela en las últimas líneas del relato del monje alemán. Influido por el recuerdo de las palabras de su maestro mientras ambos contemplaban desde la explanada la abadía consumida por las llamas, el protagonista lanza en su última línea una terrible sentencia: «*stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*» («de la rosa primigenia solo nos queda el nombre, solo conservamos nombres desnudos»). Esta frase resume la creencia propia de la filosofía nominalista de que los «universales» no tienen verdadera existencia ontológica más allá del particular, y que no son sino *flatus vocis* que usamos para agrupar realidades concretas que cambian a voluntad, sin seguir un orden lógico, como en el caos primigenio. Lo importante no es la esencia de las cosas, pues estas no tienen verdadera existencia ontológica, sino más bien *los nombres* con que designamos realidades particulares. Frente a esto, el «realismo» defiende la existencia de los universales y las realidades abstractas.

El maestro de Adso es un trasunto de Fray Guillermo De Occam (con un cambio en el patronímico que realza su faceta detectivesca). OCCAM fue el padre —quizá involuntario— de la escuela nominalista. Desde el punto de vista histórico, el nominalismo ganó el debate de los universales por goleada, y transformó decisivamente el mundo posterior a la época en que se desarrolla la trama de *El nombre de la rosa*<sup>12</sup>.

Sin embargo, la hegemonía del pensamiento nominalista y su prosapia histórica no deben llevarnos a aceptar sus postulados. Menos aún a quienes cultivamos la ciencia del Derecho, ligada a dos virtudes cardinales como son la justicia y la prudencia (advuértase que en Italia no existen facultades de «*Diritto*», sino de «*Giurisprudenza*»). No es preciso alertar al lector familiarizado con nuestra historia legislativa reciente de los peligros que conlleva desligar las palabras de su auténtico significado.

En este trabajo defiendo que solo es posible sustraer la «condición resolutoria expresa» del terreno de los derechos reales desde una visión nominalista, que anteponga el nombre dado a esta figura a su verdadera naturaleza, reconduciéndola al campo de las obligaciones condicionales. En otras palabras: defenderé que lo único que impide considerar a la «condición resolutoria expresa» un derecho real es...su nombre.

### B) *La postura mayoritaria*

Son muy pocos los autores que comparten mi concepción de la «condición resolutoria expresa» como un derecho real. Algunos de ellos son RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 97), ARIJA SOUTILLO<sup>13</sup> y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Este último la califica de «*derecho real de garantía innominado o atípico*»<sup>14</sup>. Esta es también la opinión del registrador, quien señala en su nota de calificación: «*Dado el carácter de derecho real de garantía que ostenta la condición resolutoria explícita y su encaje en el número 1, y no el 5, del artículo 10 del Código civil...*».

Siendo justos, la doctrina que niega el carácter de derecho real de la «condición resolutoria expresa» es (muy) mayoritaria. Se suele recurrir a perifrasis como «pacto con eficacia real», «carga o gravamen real», «garantía con efectos reales», «derecho potestativo» etc. Sin embargo, cuando algún autor se ha aproximado a la cuestión con más detalle (v.g. ROVIRA JAÉN) ha acabado por admitir que «[al] analizar el tratamiento que nuestro Ordenamiento jurídico le otorga a este poder resolutorio, no está tan claro que no sea un derecho real»<sup>15</sup>. GÓMEZ GÁLLIGO (*op. cit.*, 2475) apunta que «*aunque [la CRE] se trata de una facultad resolutoria más que propio derecho real, la analogía con los derechos reales no puede desconocerse dada la eficacia erga omnes que con la inscripción de la cláusula*

*resolutoria se obtiene, lo que ya fue puesto de manifiesto en la RDGRN de 25 de octubre de 1979, que admitió la posposición de condición resolutoria e hipoteca futura «dada la identidad de razón que se aprecia entre ambos supuestos y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º 1 del Código civil».* Así pues, la «condición resolutoria expresa» sí parece tener un sustrato propio que la distingue de las realidades propias del Derecho de obligaciones y contratos.

*C) Un primer problema «nominal»: el artículo 1115 del Código civil*

*Initium doctrinae sit, consideratio nominis:* debemos empezar por discutir el nombre mismo de la figura. La mayoría de la doctrina coincide en que la «condición resolutoria» expresa (o «explícita») no deriva del artículo 1113 del Código civil, es decir, no se trata de una *conditio* (ni *conditio iuris* ni *conditio facti*). Y es que la falta de pago no constituye «un suceso futuro o incierto» (ni mucho menos «un suceso pasado que los interesados ignoren»). Estamos, por el contrario, ante un incumplimiento de la obligación esencial del deudor, lo que debería excluir su carácter de *conditio* por virtud del artículo 1115 del Código civil («Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula»). La RDGRN de 8 de enero de 1921 declaró que «las estipulaciones contractuales relativas a prestaciones esenciales, como es la del precio de la compraventa, no producen los efectos de las condiciones propiamente dichas». GÓMEZ GÁLLIGO (*op. cit.*, 2465) apunta que «la facultad de resolver no entraña una propia condición en la medida que la eficacia de la obligación no depende de un suceso futuro o incierto ni de un suceso pasado que los interesados ignoren (art. 1113 CC), sino que depende de la voluntad del deudor de cumplir su obligación de pagar el precio aplazado. De ahí que la doctrina, a veces, la denomine simplemente cláusula o facultad resolutoria». En la misma línea, RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 58) advierte que el impago del precio aplazado no es un evento externo, sino que está «in obligatione», «de manera que elevarlo a condición sería tanto como dejar el contrato al exclusivo arbitrio del comprador».

Nos enfrentamos a un primer problema: el nombre con el que comúnmente se alude a la «condición resolutoria expresa» está desligado de su verdadera naturaleza. A efectos puramente expositivos, en el presente trabajo emplearé las siglas «CRE» para designar la figura, hasta llegar al que creo que debe ser su verdadero nombre. Cuando por razones de eufonía no emplee esta abreviatura, entrecomillaré siempre las palabras «condición resolutoria».

## 2. LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL

¿Es la hipoteca un derecho real? Esta es la primera pregunta a la que debemos dar respuesta, antes de entrar a analizar más en detalle la CRE. CERDEIRA sostiene que la hipoteca no es un derecho, sino una carga real<sup>16</sup>. Se basa en el concepto de «inmediatividad» (o «inmediatez») como definitorio de los derechos reales. Según este autor, dicha inmediatez no está presente en la hipoteca. En mi opinión, confunde la idea de inmediatez con la posesión, al describir aquella como un señorío, pleno o parcial, en la cosa<sup>17</sup>.

No existe una definición unívoca de inmediatez. Quizá la más adecuada sea *«el poder directo e inmediato sobre la cosa que tiene el titular de un derecho real, de suerte que puede ejercerlo sin necesidad de mediación o intervención de otra persona»*. Son varios los autores que hablan de la «inherencia» como una manifestación *sui generis* de la inmediatez en los derechos reales de garantía. Dicha inherencia a la cosa es lo que distingue a los derechos de garantía de la facultad genérica de agresión contra el patrimonio del deudor prevista en el artículo 1911 del Código civil. A mi juicio, la inmediatez en los derechos de garantía es indistinguible del concepto de «acción real» (art. 129 LH). El hipotecante designa un bien de su patrimonio para que quede especial, preferente, y absolutamente afecto a satisfacer el interés de un acreedor con preferencia sobre cualquier otro, afección que lleva implícita la nota de inmediatez. Siguiendo a LACRUZ (*op. cit.*, vol. 2, 204), la cooperación de los órganos jurisdiccionales no priva a la hipoteca o a la prenda de la inmediación sobre la cosa, pues lo determinante es que esta tenga lugar sin la cooperación del propietario, o aun contra su voluntad. Esta visión concuerda con la de GIORGIANNI<sup>18</sup>, quien contrapone el interés *in rem* del titular de un derecho real sobre la cosa (v.g. el acreedor hipotecario) al interés puramente obligacional de un acreedor en que su deudor realice una determinada conducta (v.g. el pago de la deuda), la cual podrá realizar mediante efectivo o mediante entrega de determinados bienes. Así, un derecho patrimonial se convierte en «real» cuando el poder de su titular está ligado a una cosa determinada. En los derechos reales de garantía, esta vinculación se manifiesta en que el interés del titular se satisface mediante la venta en pública subasta del objeto de la garantía (como sucede en la prenda o la hipoteca), o en su reversión al anterior titular (como sucede en la CRE). Que el acreedor deba o no recurrir a la heterotutela para la defensa de sus intereses es indiferente: nótese que el propietario que desahucia a su arrendatario por impago también debe recurrir a medios heterocompositivos si este no abandona el inmueble por voluntad propia, sin que por ello deje de ser titular de un derecho real de propiedad.

Frente a lo que sostiene CERDEIRA, el *ius distrahendi* en los derechos reales de garantía es una modalidad *sui generis* del *ius disponendi*. Este último se concreta de manera distinta en cada derecho real (i.e. solo el propietario tiene el pleno *ius disponendi* sobre la cosa). El acreedor hipotecario no dispone por sí mismo del bien, sino que *fuera su transmisión* mediante la obtención de una declaración de voluntad sustitutoria emitida por un tribunal en forma de decreto de adjudicación. La transmisión se produce en favor del acreedor, del tercero ganador de la subasta o del tercero a quien el acreedor cede el remate. El acreedor se adjudica el bien, reduciendo su crédito por el valor de adjudicación, o por el importe total de la deuda o, alternativamente, hace suyos los ingresos de la venta o el precio del remate. En todo caso, su crédito se ve satisfecho directa e inmediatamente con los bienes hipotecados, o con el efectivo recibido en sustitución de los mismos. Existe, pues, inmediatez respecto del bien. Si aceptásemos el concepto de inmediatez que maneja CERDEIRA, el único derecho real de garantía admisible sería la prenda posesoria, pues solo en esta tiene lugar el desplazamiento físico que daría al acreedor el «señorío parcial» sobre la cosa (*rectius*, la posesión), algo cada vez más ajeno a la realidad mercantil. Además, no podría afirmarse que el nudo propietario tiene un derecho real sobre el bien gravado con usufructo, puesto que el usufructuario es quien tiene el señorío directo sobre el bien, siendo incluso libre de arrendarlo a terceros.

Debemos concluir sin lugar a dudas que la hipoteca es un derecho real en cosa ajena. Partiendo de esta base, razonaremos por qué una CRE como la constituida en nuestro caso de estudio debe reputarse un derecho real de garantía, análogo a la hipoteca.

### 3. LA DOCTRINA DEL *NUMERUS APERTUS* EN LA CREACIÓN DE DERECHOS REALES

#### A) *Principio general*

Nuestra legislación positiva no habla en ningún momento de la CRE como derecho real. El Código civil menciona como derechos de garantía exclusivamente la hipoteca, la prenda y la anticresis. Por su parte, el artículo 569-1 CCCat cita el derecho de retención, la prenda, la anticresis y la hipoteca. Siguiendo a ROCA SASTRE, la mención en el artículo 2.2 LH a la posibilidad de inscribir «*otros cualesquiera [derechos] reales*» permite afirmar que en nuestro sistema rige una regla de *numerus apertus* que admite nuevos tipos de derechos reales que las necesidades jurídicas sobrevenidas puedan exigir<sup>19</sup>. La mayor parte de la doctrina es partidaria del *numerus apertus*, contraponiendo así el sistema español a otros ordenamientos como



el alemán o el suizo, o al propio Derecho romano, en los que existe un elenco tasado de derechos reales. No se debe, por tanto, circunscribir los derechos reales inscribibles a los enunciados en los apartados 1.º y 2.º del artículo 2 LH<sup>20</sup>.

*B) Distinción entre la CRE y otras figuras con eficacia obligacional*

La RDGRN que comentamos asimila la CRE a la resolución de la venta por impago del precio aplazado *ex* artículo 1124 del Código civil. Por su parte, AZOFRA (*op. cit.*, 721-722) señala que el pacto resolutorio del 1504 del Código civil es «una especie del género del artículo 1124 del Código civil». Así lo entendió también la STS de 30 de abril de 1991.

Si examinamos los antecedentes históricos del artículo 1504 del Código civil, vemos que este procede en línea directa del artículo 1656 del Código Napoleón. RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 53 y sigs.) señala que, en los últimos días del Antiguo Régimen, los tribunales aplicaban en los contratos la llamada «cláusula resolutoria tácita». Según BORRICAND, los jueces consideraban que, pese al pacto comisorio expreso, seguía existiendo una facultad judicial de conceder nuevos plazos al deudor y rechazar la resolución, de suerte que el deudor podía pagar hasta el día de la sentencia<sup>21</sup>. El Código Napoleón buscó erradicar este fenómeno en su artículo 1656: «*Si se ha estipulado, en la venta de inmuebles, que, por falta de pago del precio en el término convenido, la venta quedará resuelta de pleno derecho, el adquirente puede, sin embargo, pagar después de la expiración del plazo, en tanto que no haya sido puesto en mora por un requerimiento; pero, después de este requerimiento, el juez no puede concederle plazo*». Como el lector habrá advertido, nuestro artículo 1504 del Código civil es prácticamente un calco del precepto napoleónico. Dada la finalidad de este, es difícil entender que la CRE pueda ser «del mismo género» que el artículo 1124 del Código civil. Bien al contrario, se trata de algo *sustancialmente* distinto del régimen general de resolución. Las similitudes entre los artículos 1124 y 1504 del Código civil se reducen a que ambos tienen su presupuesto en el incumplimiento del deudor<sup>22</sup>. Pero las semejanzas acaban ahí, y las diferencias —siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS— son evidentes:

i) La moderación judicial es consustancial a la resolución *ex* artículo 1124 del Código civil. La posible confusión respecto a la posibilidad de moderación judicial en la CRE (generada por la expresión «*aun cuando se hubiera estipulado*» presente en el art. 1504 CC) debe interpretarse únicamente como la facultad del deudor de pagar *en tanto no haya sido formalmente requerido por el acreedor*, también *ex* artículo 1504 del Código civil.



ii) La resolución del artículo 1124 del Código civil requiere que estemos ante un incumplimiento grave y culpable (cfr., por todas, STS de 5 de mayo de 1953). La postura mayoritaria en la doctrina es que este (doble) requisito no se exige para la ejecución de la garantía prevista en el artículo 1504 del Código civil (si bien existen resoluciones en contrario, como las SSTS de 3 de junio y 16 de noviembre de 1993).

iii) Al analizar la acción nacida del artículo 1504 del Código civil, la STS de 1 de mayo de 1946 señala que la facultad genérica del artículo 1124 del Código civil «*se eleva de rango y categoría*». La acción nacida del artículo 1124 del Código civil tiene su *iter* procesal por la vía del juicio ordinario: será necesaria una sentencia que declare la resolución del contrato y la restitución del bien, sentencia que deberá ser ejecutada posteriormente<sup>23</sup>. Por el contrario, para el pacto resolutorio del artículo 1504 del Código civil (siempre y cuando esté inscrito), el artículo 59 RH dispone que, acompañando el documento acreditativo de la notificación notarial o judicial de resolución de la venta, dirigida por el vendedor al comprador, se podrá verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o su causahabiente, y todo ello de manera automática, o sea, sin necesidad de obtener el consentimiento del comprador ni de los posteriores adquirentes, ni resolución judicial. Este procedimiento es incluso más rápido y drástico que la ejecución hipotecaria, con las dilaciones y gastos que siempre lleva consigo. En nuestro caso, el comprador además ha renunciado *ex ante* a oponerse a la resolución. Todo esto otorga al vendedor un poder de agresión sobre el bien superior al de cualquiera de los demás derechos reales *in re aliena* (incluida la hipoteca, en la cual el demandado necesariamente debe poder oponer las excepciones previstas en el art. 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

AZOFRA (*op. cit.*, 722) señala que existen figuras que cumplen una función de garantía (v.g. las arras o la retención del precio), y que no por ello tienen la condición de derechos reales, ni pasan a ser garantías reales con su inscripción. A ello debemos objetar que ni las arras, ni la retención del precio (ni tampoco la «condición resolutoria tácita» del art. 1124 CC) confieren *directamente* y por sí mismas poder alguno sobre bienes inmuebles concretos: en todas estas figuras están ausentes las notas de *inherencia*, *reipersecutoriedad* y *exclusividad* respecto del bien, propias de los derechos reales —con distintos matices dependiendo del derecho real en cuestión—<sup>24</sup>. Todos estos elementos están presentes en la CRE nacida *ex* artículos 1504 del Código civil, 11 LH y 59 RH. La CRE tutela la influencia directa e inmediata de la cosa sin intervención de otra persona, mientras que las figuras antes citadas permanecen en el plano de la vinculación personal, sin dar acceso directo a los bienes<sup>25</sup>. Al contrario que la CRE inscrita, el artículo 1124 del Código civil no confiere al acreedor reipersecutoriedad sobre el inmueble si el mismo se vende a terceros. Aquella se trata, en palabras de

la DGRN, de «*un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el adquirente de su obligación de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo*» (RDGRN de 29 de abril de 2014). Cuando la DGRN ha negado a la CRE el carácter de derecho real (Resolución de 17 de enero de 1933) lo ha hecho porque «*la cosa vendida no queda especialmente ni de modo directo afecta al pago del precio aplazado, ni aquella puede perseguirse eficazmente contra cualquier tercer poseedor*». Afirmación esta que resulta sorprendente, ya que la CRE inscrita sí otorga reipersecutoriedad sobre el inmueble. Decae así la única razón que, según la citada RDGRN, impediría considerar a la CRE un derecho real. Siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS (de los pocos autores que se alinean con la tesis del derecho real), la Resolución de 1933 «*en el fondo viene a reconocer [que la CRE es un derecho real], aunque terminantemente lo niegue, ya que produce efectos erga omnes y se ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa misma, cualquiera que sea su poseedor*».

Se me ocurren pocos casos, más allá de aquellos en los que el derecho real va unido a la posesión del bien (v.g., la prenda con desplazamiento), en los que exista una mayor inmediatez sobre el bien afecto, por el poder de autotutela registral que la CRE otorga al acreedor. Cuando un vendedor enajena su vivienda por un precio aplazado (no garantizado con CRE) se convierte en acreedor del dinero o del inmueble, pero no los puede tomar directamente del patrimonio del comprador. Tampoco tiene este poder el comprador que entrega unas arras al vendedor como pago a cuenta del precio. Ambos deben esperar a que su contraparte le entregue lo debido, ya sea de forma voluntaria (*autocomposición*) u obligado por los tribunales (*heterocomposición*). Por el contrario, al igual que sucede en la hipoteca, la CRE inscrita permite al acreedor recuperar directamente el bien, conforme a un procedimiento reglado (arts. 37. 1.º, 107.10.º y 142 LH, y 175 y 239 RH). Sostener que la CRE es una simple convención accesorio a un contrato de compraventa equivale a afirmar que la hipoteca no es un derecho real, sino una convención accesorio a un contrato de préstamo. Afirmación que, como se ha razonado, carecería de fundamento.

### C) *El efecto de las arras penales*

Ya hemos aclarado que el pago del precio aplazado no es una obligación sujeta a condición. Si además media un pacto de arras penales como el de nuestro caso de estudio, resulta incluso discutible que estemos ante una facultad resolutoria, ya que la cláusula penal supone una excepción a la restitución de prestaciones, y los efectos del ejercicio de la CRE no serían

*ex tunc*, como es propio de la resolución contractual. Recordemos que la resolución del contrato por la vía del artículo 1124 del Código civil extingue la relación contraída no solo para el futuro, sino de forma retroactiva, con el deber de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones: el comprador debe entregar el objeto de la compraventa, y el vendedor debe devolver las cantidades abonadas por el comprador (o indemnizar los daños y perjuicios si el bien se hubiera vendido a ulteriores adquirentes de buena fe). La alteración de la regla de reciprocidad en la restitución de prestaciones es un elemento añadido para considerar que la CRE de nuestro caso es algo distinto de «la facultad resolutoria del artículo 1124 dotada de efectos *erga omnes*».

La eficacia de la CRE frente a terceros, combinada con el pacto de arras penales y la renuncia a acciones y excepciones procesales, configuran una realidad que trasciende al fenómeno resolutorio, con sustancia propia para ser considerada un derecho real de garantía. Consigue un efecto similar al que acontece cuando, ante un incumplimiento en los pagos por parte del arrendatario financiero, el arrendador financiero opta por la resolución, reteniendo la propiedad, así como las cuotas pagadas, situación que fue criticada por GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS pero que le sirvió de argumento (entre otros) para calificar al *leasing* inmobiliario de garantía real<sup>26</sup>. Paradójicamente, con el cambio de doctrina sobre consignación de cantidades y admitiendo la renuncia *ex ante* del deudor a la oposición, la DGRN refuerza las notas de inherencia, preferencia y exclusividad de la CRE. En otras palabras, consolida su naturaleza de derecho real.

En resumen: la doctrina del *numerus apertus* en sede de derechos reales permite articular una modalidad de derecho real de garantía partiendo de los artículos 1504 del Código civil, 11 LH y 59 RH. Su denominación más correcta, a mi modo de ver, y como he adelantado en la introducción, es la de «derecho real de comiso», y ello con independencia de que se pacte o no una cláusula penal y por tanto de que sea o no obligatoria la consignación de cantidades («*commisum*» en latín significa «confiscación», que describe de forma muy gráfica el mecanismo previsto en el art. 59 RH). En lo sucesivo usaré el término «derecho real de comiso», indistintamente a las siglas «CRE».

#### 4. EL ENFOQUE «REALISTA» DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO RESPECTO DE LA CRE

Nuestro sistema jurídico tiene (todavía) una fuerte base anti-nominalista. El Derecho español está inspirado en todos sus campos por principios «realistas»<sup>27</sup>. En el Derecho privado, el núcleo irradiador de realismo es la

teoría de la causa, que tiene su corolario en la *irrelevancia del nomen iuris*. Tras este principio subyace la idea de que las cosas y las acciones humanas tienen un fin o *causa final*, más allá de los nombres que circunstancialmente puedan recibir.

#### A) *Tributación en ITP-AJD*

El Derecho fiscal a veces puede llegar a ser una herramienta para dilucidar la esencia de los actos propios del Derecho privado, en cuanto a sus efectos en la esfera patrimonial de las partes. En el ámbito tributario, el principio de irrelevancia del *nomen iuris* despliega sus efectos como en ninguna otra disciplina, salvo quizá el Derecho del trabajo. Los artículos 7.1 y 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establecen como hecho imponible «*la constitución de derechos reales*», sin mayor especificación. A su vez, el artículo 7.3 del Texto Refundido dispone que «*Las condiciones resolutorias explícitas de las compraventas a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria se equiparán a las hipotecas que garanticen el pago del precio aplazado con la misma finca vendida*».

La STS (Sala III, de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2015 declaró que «*solo quedan sujetas a tributación [por ITP-AJD] las condiciones resolutorias explícitas a las que hace referencia el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, no cualquier otro tipo de condición resolutoria, pues este tipo de condiciones resolutorias explícitas en garantía del precio se realizan en favor del vendedor, asimilándose a estos efectos a un derecho real de hipoteca, por lo que resultan inscribibles, teniendo un objeto valuable, el precio aplazado cuyo cumplimiento permite al vendedor ejercitar la acción para recuperar la cosa frente a cualquier titular registral, a diferencia de las condiciones que puedan acordarse en favor del comprador que los contratantes puedan pactar en sus contratos, que por su propia naturaleza no constituyen convención independiente, ni resultan inscribibles por su falta de oponibilidad a tercero*».

No están sujetas en ITP-AJD ninguna de las siguientes condiciones, con independencia de que se inscriban o no en el Registro de la Propiedad:

i) La «condición» suspensiva *en favor del vendedor*, consistente en la no transmisión del dominio en tanto no se verifique un hecho determinado (i.e. el pago del precio aplazado)<sup>28</sup>. Estaremos ante una reserva de dominio, que en sí misma no supone un hecho imponible. El tratamiento del negocio jurídico en ITP-AJD es el siguiente: (a) el impuesto en la modalidad de TPO no se devenga hasta que se cumple la condición suspensiva, pues el TPO

grava el desplazamiento patrimonial de bienes y derechos, y este solo tiene lugar con el pago del precio (STS, Sala III, de 20 de junio de 2016); (b) el impuesto en la modalidad de AJD se devenga con el otorgamiento de la escritura (el AJD es eminentemente *formal*, i.e., el hecho imponible no es el acto o contrato, sino su documentación —es decir, el propio documento—), y siempre y cuando se trate de una transmisión sujeta y no exenta en IVA (AJD y el TPO son incompatibles).

ii) La condición suspensiva *en favor del comprador* por la cual la compraventa no se entiende consumada en tanto no tiene lugar un hecho determinado (v.g. la cancelación de determinadas cargas, o la obtención de los permisos necesarios para transmitir el bien).

iii) La condición resolutoria explícita pactada en la escritura de compraventa *en favor del comprador*. Pensemos en las ventas realizadas por personas que a su vez han adquirido los bienes por herencia o legado sin ser herederos forzosos del causante (art. 28 LH). En estos casos, no es infrecuente (y desde luego es recomendable para el comprador) pactar una facultad unilateral del comprador de resolver la compraventa si, dentro de los 2 años siguientes a la muerte del causante, algún tercero con apariencia de buen derecho promoviese demanda civil reclamando para sí la propiedad de la finca, o interesando la nulidad o rescisión del título del vendedor. Esta facultad resolutoria a favor del vendedor no constituye hecho imponible en ITP-AJD.

Como vemos, la *única* «condición» que queda sujeta a ITP-AJD en la modalidad AJD<sup>29</sup> es la llamada «resolutoria explícita» a favor del vendedor, en garantía del precio aplazado. Y ello por considerarse una «*convención independiente de la compraventa; asimilable a un derecho real de hipoteca*», según el Tribunal Supremo. Se cumple así la máxima de que las cosas son lo que son, y no lo que las partes dicen<sup>30</sup>. La legislación tributaria identifica claramente en la CRE un derecho autónomo análogo a la hipoteca: el derecho real de comiso.

#### *B) Privilegio especial en el concurso de acreedores*

La Ley Concursal (art. 270. 4.º) incluye entre los créditos con privilegio especial aquellos «*por contratos [...] de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de [los vendedores] sobre los bienes [...] vendidos con condición resolutoria en caso de falta de pago*». El artículo 271 se refiere implícitamente a la condición resolutoria como «garantía».

Su inclusión en la lista de privilegios especiales no convierte por sí misma a la CRE en derecho real (la lista incluye figuras como las reservas de dominio y las prohibiciones de disponer, que no son derechos reales). Sin

embargo, es un elemento adicional a tener en cuenta en nuestro análisis, ya que refuerza la nota de preferencia (que, junto con la reipersecutoriedad, conforma la «absolutividad» de los derechos reales). Nótese que, si la prenda sin desplazamiento es un derecho real y no personal, es exclusivamente porque confiere un privilegio especial al acreedor en caso de concurso del poseedor: en cualquier otro escenario la PSD no otorga reipersecutoriedad sobre los bienes gravados.

## 5. ACCESORIEDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA CRE

El derecho real de comiso comparte las dos notas distintivas de los derechos reales de garantía: es *sustantivamente* accesorio y *naturalmente* indivisible.

### A) *Accesoriedad respecto del crédito por el precio aplazado*

El derecho de comiso es accesorio al crédito: el comprador puede solicitar del vendedor su cancelación una vez abonada la totalidad del precio (o exigirla en juicio ordinario, conforme al artículo 82 LH). De igual modo, si el vendedor cede o pignora sus derechos de crédito bajo el contrato de compraventa, el cesionario (o el pignorante, en caso de ejecución de la prenda) está legitimado para resolver la compraventa ante el impago del comprador: la «condición resolutoria» *viaja* con el crédito garantizado —cfr. STS de 6 de marzo de 2003—. La cesión del crédito y de la CRE a nombre del cesionario son inscribibles, como admitieron las RRDGRN de 17 de enero de 1933 y de 3 y 6 de diciembre de 1986 y la STS de 23 de octubre de 1934. El ejercicio de la CRE por el cesionario del crédito no supondrá enriquecimiento injusto, como no lo supone el cobro de una deuda por quien ha comprado el crédito a descuento (cfr. SAP Valencia de 30 de noviembre de 2016)<sup>31</sup>.

### B) *Indivisibilidad en los mismos términos que la hipoteca*

El derecho de comiso es indivisible. Lo dispuesto en los artículos 1860 del Código civil y 122 LH es extrapolable a la CRE: el comprador que ha pagado parte del precio no puede pedir que se extinga proporcionalmente la CRE mientras el precio aplazado no haya sido satisfecho por completo. También se verifica la excepción a la regla (art. 124 LH para la hipoteca): cuando sean varias las fincas gravadas por el derecho de comiso, con ex-

presión de la porción del precio garantizado por cada una de ellas (en lo que supone una suerte de distribución de la responsabilidad hipotecaria), el comprador podrá exigir que el derecho de comiso se extinga a medida que satisfaga la parte de deuda de que responde cada finca. Además, siguiendo ROVIRA JAÉN (*op. cit.*, 1686), como la CRE se establece para garantizar una obligación individual entre un vendedor y un comprador, este último no puede fraccionar su deuda cediéndola a distintas personas, transformando la deuda unipersonal en deuda mancomunada, si no es con el consentimiento del vendedor, por aplicación de los artículos 1205 y 1149 del Código civil: al igual que sucede con la hipoteca, se precisa el consentimiento del acreedor para que la división de la finca pueda llegar a afectarle.

6. LA PROGRESIVA EQUIPARACIÓN DE LA CRE Y LA HIPOTECA EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y LA DOCTRINA DE LA DGRN

A) *La reforma de la LH de 1944-1946*

El RH califica a la CRE de garantía real (art. 13), y, de la lectura de su artículo 51 (regla 6.<sup>a</sup>) se desprende, *contrario sensu*, que la CRE tiene trascendencia real. El artículo 11 LH señala: «*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. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas*». Hasta la reforma de la LH operada entre los años 1944 y 1946, el aplazamiento del precio producía efectos reales si constaba en el Registro. La generalidad de la doctrina que estudió la Ley Hipotecaria de 1909 entendió que la mención a la forma en que se hubiere convenido el pago del precio tenía por sí misma efectos frente a terceros, al analizar conjuntamente los artículos 10, 38-2.º y 37-1.º de la ley<sup>32</sup> (ROVIRA JAÉN, *op. cit.*, 1675). Así, la simple mención del aplazamiento del pago comportaba la publicidad de la causa de la acción resolutoria. El artículo 11 de la «nueva» LH niega tales efectos *erga omnes*, salvo si el pago aplazado se garantiza con hipoteca o mediante «condición resolutoria explícita». Como vemos, existe una clara vinculación entre ambas figuras (que justifica su tratamiento análogo en sede tributaria y concursal): la LH reconoce en ambas un *plus* respecto de las consecuencias obligacionales del aplazamiento del pago. Con la hipoteca y la CRE, la obligación de pagar el precio aplazado experimenta algo parecido a la *Verkörperung* del Derecho cambiario, al quedar *incorporada* al inmueble.



B) *La reforma de 2015*

El artículo 82 LH, en su redacción dada por la Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incluye una regulación similar de la hipoteca y la CRE en cuanto a su cancelación «*cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos las partes hubieran estipulado al tiempo de su constitución*». Pues bien, tras la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, el apartado octavo del artículo 210 LH describe la CRE y la hipoteca como «*formas de garantía con efectos reales*», y establece un plazo de caducidad idéntico para ambas. Así pues, desde 2015, ambas garantías pueden cancelarse a instancia de cualquier interesado, si han transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada. No es casualidad que dicho plazo sea el mismo que el de prescripción de la acción hipotecaria establecido en el artículo 1964.1.º del Código civil.

Hay que tener en cuenta que una de las razones por las que la doctrina tradicionalmente sostuvo que la CRE no es un derecho real era porque se solía considerar que generaba una *acción personal* contra el deudor: la opinión mayoritaria era que la acción para pedir la resolución prescribía a los quince años que el artículo 1964.2.º del Código civil preveía para las acciones personales (ahora de cinco años). No obstante, ya en los años sesenta algunas voces consideraron que la acción nacida de la CRE era una acción real, y no personal como la del artículo 1124 del Código civil. Por ejemplo, RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 61-62) apuntaba: «*bien es conocida la diferenciación entre la [...] acción de resolución del artículo 1124 del Código civil, personal, [...], y la [...] de carácter real, del artículo 1504*». En mi opinión, la reforma de 2015 inclina la balanza a favor de la tesis de la acción real, al reconocer a la CRE un plazo de caducidad de veinte años, igual que para la hipoteca. Si cohonestamos este plazo con el artículo 82 LH (citado *supra*), debemos concluir inequívocamente que el *plazo señalado en la legislación civil para la prescripción de la acción derivada* de la CRE es el mismo de la acción hipotecaria. Lo contrario supondría desligar el plazo de prescripción de la acción del plazo de caducidad del asiento, de modo que este último sería quince años más extenso que el primero para la CRE, aunque sí coincidirían para la hipoteca. Una situación que a todas luces carecería de sentido.

Así las cosas, deben entenderse desfasadas las RRDGRN citadas por la resolución comentada para defender la naturaleza personal de la acción resolutoria (todas ellas anteriores a 2015), así como la también citada STS (Sala III) de 31 de enero de 2001.



Por último, como señala GÓMEZ GÁLLIGO (*op. cit.*, 2493), hasta la RDGRN de 5 de febrero de 1990 no estuvo claro que la CRE pudiera extenderse a los intereses. La RDGRN de 16 de septiembre de 1987 había establecido que la excepción que el artículo 1504 del Código civil supone a la prohibición del pacto comisorio solo está justificada para garantizar el pago del principal, y que la única forma de asegurar prestaciones accesorias al pago del precio aplazado era constituir una hipoteca, «*en tanto que cualquier obligación lícita puede ser garantizada por hipoteca (art. 1861 CC)*». Con su resolución de 1990 (y con la aquí comentada), se consolida otro paralelismo entre la CRE y la hipoteca: la posibilidad de garantizar prestaciones accesorias a la obligación principal (en este caso, los intereses de demora).

## 7. LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES PRESENTE EN LA CRE

Hemos analizado cómo el poder de agresión sobre el inmueble que la CRE concede al acreedor es aún más fuerte que el de la hipoteca (especialmente cuando se combina con una cláusula penal, pero no solo). Desde el punto de vista registral, la CRE también sigue la dinámica de los derechos reales. Así se deduce del artículo 11 LH, que la equipara a la hipoteca en cuanto a su finalidad y efectos frente a terceros. El mismo artículo exige la determinación de la cantidad garantizada por finca cuando la inscripción afecta a varios inmuebles. Por su parte, el artículo 142 LH confiere a la CRE inscrita con anterioridad a una hipoteca un verdadero rango preferente respecto de aquella: «*Si la obligación asegurada estuviere sujeta a condición resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto, en cuanto a tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición*». Lo mismo se deduce de la posibilidad de posponer el rango de la CRE (cfr. RDGRN de 25 de octubre de 1979, citada *supra*, que admite la posposición de una CRE a una hipoteca futura). Para RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 94), esto entronca a la CRE con los derechos reales, al quedar aquella sujeta a los principios hipotecarios, incluidos los principios de prioridad y preclusión que sustentan la noción de «rango». ROVIRA JAÉN, citando a don JERÓNIMO GONZÁLEZ<sup>33</sup>, destaca que el «rango» tiene un valor económico inherente (que decrece por el número de inscripciones contrarias que le preceden). Este valor económico es la autonomía patrimonial propia de los derechos reales, que les otorga sustantividad dentro de la esfera del titular, y de la cual carecen por sí mismas las cargas reales (v.g. las anotaciones de embargo). Se trata, en suma, del contenido valuable que determina la tributación en ITP-AJD. El propio ROVIRA JAÉN parece reconocer implícitamente a la CRE el carácter de derecho al justificar la posibilidad

de posponer su rango: *«la posposición es un contrato por el cual el titular de un derecho abdica a la prioridad que le corresponde en relación a otro u otros derechos que le siguen. Al igual que en la hipoteca, ello es posible en la condición resolutoria por el principio de la autonomía de la voluntad, basándose en que quien puede renunciar a un derecho real, que es lo más, puede también lo menos, que es ceder en la colisión con otro derecho»*.

Conclusión parecida se extrae de la purga de las cargas posteriores tras el ejercicio de la condición resolutoria (v.g., la cancelación de las hipotecas de rango posterior prevista en el artículo 107.7.º LH, o la titularidad de adquirentes posteriores). Según AZOFRA, esto no convierte a la CRE en un derecho real, sino más bien lo que sucede es que los principios del Derecho registral otorgan a la CRE una protección como *«la que disfruta cualquier otro título inscrito (una compraventa, un arrendamiento, una donación, etc.)»*. No comparto este argumento: dos de los ejemplos citados son, precisamente, títulos de propiedad (la compraventa y la donación), y es discutida la naturaleza del arrendamiento como derecho real<sup>34</sup>. Prosigue este autor: *«en ausencia de inscripción de la CRE, el vendedor “no puede dirigirse contra los terceros que hayan accedido al Registro, y cuyo título trae causa del título del comprador, al conservar esos terceros la protección que dispensa, con carácter general, la fe pública registral (STS de 17 de diciembre de 2007)”»*. Siendo esto cierto, también lo es respecto de literalmente todos los derechos reales: en una doble venta, la escritura de compraventa no inscrita es inoponible a quien haya adquirido el bien con posterioridad pero haya inscrito su derecho en el Registro (siempre y cuando concurran en el segundo comprador los requisitos del art. 34 LH). Por otra parte, en algunos derechos reales la inscripción es constitutiva (v.g. la hipoteca —art. 1875 CC— o el derecho de superficie —art. 53.2 del texto refundido de la Ley del Suelo— es decir, *no existen* en tanto no son objeto de inscripción).

Por último, hay que destacar que la CRE tiene efectos similares a la opción de compra inscrita (si bien la causa de la primera es la garantía del precio aplazado, y la de la segunda, la transmisión de la propiedad). La DGRN ha aceptado que la opción de compra tiene la naturaleza de derecho real en las RRDGRN de 27 de marzo de 1947, 4 de diciembre de 1953, 13 de diciembre de 1955, 7 de septiembre de 1982 y 29 de enero de 1986.

#### 8. EL PACTO DE *LEX COMMISSORIA* NO ES INCOMPATIBLE CON LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre derechos reales de garantía (como la hipoteca o la prenda), por un lado, y la CRE, por otro, que sería *«un medio de garantía de eficacia real»* o cualquiera de las construccio-

nes semánticas a las que aludíamos al principio de este trabajo. Aunque no lo menciona explícitamente, ROVIRA JAÉN parece situar la diferencia en que la CRE, en lugar de realizar el valor del bien, conlleva la readquisición de la finca por su titular, en caso de impago de la deuda. Por esta razón, la CRE se distingue de los derechos reales de garantía, al no quedar sujeta a la prohibición del pacto comisorio. Este argumento es también utilizado por AZOFRA en su artículo.

Es evidente que el artículo 59 RH entraña un pacto comisorio (razón por la que, como he dicho, considero que la denominación más adecuada para la CRE es la de «derecho real de comiso»). Este pacto comisorio, particularmente evidente cuando las partes fijan una cláusula penal, no afecta a la clasificación de la CRE (*rectius*, del derecho real de comiso) como *ius in re aliena*, por los siguientes motivos:

i) La prohibición del comiso (art. 1859 CC) no opera para *todos* los derechos de garantía. Dentro de las prendas existen excepciones: me refiero a las garantías financieras constituidas al amparo del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la función pública. Estas garantías recaen sobre dinero o valores fungibles, lo que las convierte en una sub-especie de *pignus irregulare*, que permiten al acreedor cobrar su crédito hasta el importe de la deuda mediante la apropiación del objeto de la garantía. Sobre las garantías financieras, recientemente la RDGRN de 28 de enero de 2020 ha señalado: «Ello indica que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si [la] valoración objetiva se ha producido». Este mecanismo de apropiación del objeto de la garantía no impide considerar derechos reales a las garantías financieras del RDL 5/2005 y, por tanto, no puede servir de base a la tesis obligacionista respecto de la CRE.

ii) El pacto del que habla el artículo 1504 del Código civil ha sido tradicionalmente tenido por lícito desde el Derecho romano hasta nuestros días, lo consideremos o no un pacto de *lex commissoria* (cfr. ROVIRA JAÉN, *op. cit.*, 362). La razón no es que, como sostienen algunos autores (cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*) el comiso sí esté permitido en la compraventa y no en los derechos reales de garantía: la RDGRN de 28 de enero de 2020 ha establecido que la «ratio» de la prohibición «no es sino asegurar, en los términos ya indicados, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevale de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución». Por su parte, la STS de 21 de febrero de 2017 justifica la inadmisión del pacto comisorio

por la inexistencia en el caso concreto de un «*procedimiento objetivable de valoración de la adquisición*», lo que (citando de nuevo a la DGRN), «*da a entender que, de existir ese mecanismo de valoración objetiva del bien inmueble objeto de la garantía, el pacto podría haber sido admisible*». Para dilucidar los motivos de la prohibición general del comiso en las hipotecas, hay que recurrir al análisis económico del Derecho. Y es que en los préstamos hipotecarios puede (y suele) suceder que se financia solo parte del precio de compra y, por tanto, que la deuda contraída con el acreedor sea inferior al valor de mercado del bien. Lo que se pretende evitar, en última instancia, es el enriquecimiento injusto del comprador-prestamista y el desvalijamiento (*Ausplünderung*) del patrimonio del deudor-vendedor: la hipoteca suele estar vinculada al préstamo mutuo, donde existe, en abstracto, el riesgo mencionado<sup>35</sup>. Por el contrario, en compraventas como la de nuestro supuesto no se justificaría la prohibición, pues se trata de transacciones realizadas a *valor de mercado* entre partes independientes: la «*valoración objetiva*» del inmueble de la que nos habla el Tribunal Supremo ya se ha producido de común acuerdo entre ambas partes, en el proceso de formación del precio. No hay necesidad, por tanto, de que el deudor preste un nuevo consentimiento *ex intervallo* como sucede en la dación en pago de bienes hipotecados.

iii) Cuando el comprador ha entregado parte del precio al vendedor, y queda garantizado el precio aplazado, los riesgos que el comiso podría conllevar desaparecen si las partes pactan una cláusula penal por importe de la parte del precio entregada al vendedor. Cualquier tercero podrá saber, antes de conceder al comprador un préstamo con garantía sobre el inmueble, que, hasta que no se abone íntegramente el precio de compra, se expone a perder la garantía, sin que el vendedor deba consignar cantidad alguna para su repago. La RDGRN de 6 de febrero de 1990, con un «*elogiable sentido práctico*» (JORDANO FRAGA)<sup>36</sup>, declaró inscribible la cláusula penal por afectar directamente a los derechos de terceros. Su inscripción se hace precisamente en aras de «*la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito (arts. 9. 2.º LH y 51. 6.º RH)*». En ausencia de cláusula penal, el artículo 175 RH (regla 6.ª) ya prevé la consignación de la parte del precio recibido por el acreedor en una entidad bancaria o Caja (para el pago a los titulares de cargas posteriores sobre el activo, que ven las mismas canceladas). De esta forma, la prohibición del pacto de *lex commissoria* carece de sentido para la CRE.

En síntesis: la CRE es un derecho real (derecho de comiso) que garantiza una deuda pecuniaria. Se trata de una «convención independiente» al contrato de compraventa, con objeto valuable, como ha declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Es un derecho análogo a la hipoteca, de la que se distingue exclusivamente en tres aspectos: (a) por el pacto de *lex commissoria* intrínseco

a la CRE (con o sin consignación de cantidades, en función de que se pacten o no arras penales); (b) por el automatismo registral en la reinscripción del bien a favor del acreedor en el derecho de comiso, según el procedimiento del artículo 59 RH, frente a las fórmulas heterocompositivas propias de la hipoteca; y (c) por la naturaleza del requerimiento al deudor *ex* artículo 1504 del Código civil, que no necesariamente debe ser de pago como sucede en la hipoteca, sino que puede constituir una declaración unilateral de resolución del derecho del comprador frente al incumplimiento de la obligación garantizada. El comprador deberá acudir a un procedimiento declarativo en caso de no estar conforme con la resolución, mientras que, en la hipoteca, el incidente de oposición tiene lugar en el marco de la ejecución.

#### 9. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE COMISO: ¿DECLARATIVA O CONSTITUTIVA?

DÍEZ PICAZO señala que, «*respecto de aquellos derechos reales in re aliena en los que la inscripción no es constitutiva resulta posible una cancelación del asiento de inscripción sin una correlativa extinción del derecho. Se habrá producido entonces un debilitamiento de la eficacia del derecho real, que quedaría limitada a las partes de la relación jurídica (por ejemplo, usufructo, servidumbres, etc.)*»<sup>37</sup>. Coincido con esta afirmación, con base en la cual se podría concluir que el comiso es un derecho real de inscripción puramente declarativa ya que, aun en caso de su cancelación registral, subsiste la potestad del vendedor-acreedor de resolver la compraventa por falta de pago. Su nacimiento se situaría, según este criterio, en la elevación a público de la compraventa sujeta a CRE, cuando el bien cambia de titular. Sin embargo, tal conclusión no sería acertada: el artículo 1504 del Código civil se distingue de la resolución del 1124 del Código civil por las razones que hemos expuesto en el epígrafe 3, pero no es por sí misma un *derecho* como puedan ser el usufructo o la servidumbre, sino una *facultad* resolutoria.

La doctrina civilista ha entendido las facultades jurídicas como emanaciones del derecho subjetivo y parte integrante de su contenido. Por ejemplo, desahuciar al arrendatario que no paga la renta es una facultad del derecho de propiedad del arrendador. Optar entre efectivo y acciones en un programa de dividendo electivo es una facultad integrante del derecho al dividendo de los socios de una sociedad anónima<sup>38</sup>. Del mismo modo, la facultad de dejar sin efecto una compraventa (ya sea mediante la resolución pactada expresamente *ex* art. 1504 CC —y no inscrita— o mediante la resolución por incumplimiento del art. 1124 CC) resulta del *derecho de crédito* que el vendedor tiene frente al comprador por el precio aplazado. Su correlato procesal es la *acción* resolutoria, que por sí misma es una acción personal del acreedor frente al deudor.

Por el contrario, el derecho de comiso adquiere su carácter de derecho real mediante la inscripción. Con esta, deja de ser una mera manifestación del sinalagma de un contrato oneroso para transformarse en una garantía *erga omnes* que afecta directamente un bien concreto al pago de una cantidad dineraria (incluso con una cobertura por intereses devengados por el impago, «a efectos hipotecarios»). La inscripción otorga al vendedor la reipersecutoriedad sobre el bien afecto, así como el poder de autotutela *ex* artículo 59 RH. También convierte lo que de otra manera sería una acción personal (con su consiguiente plazo de prescripción de 5 años) en una acción real análoga a la acción hipotecaria, con un plazo de prescripción (art. 82 LH) y de caducidad (art. 210 LH) de veinte años. Frente a lo que sostiene la DGRN en su resolución («la inscripción no posee un efecto *taumatúrgico* de convertir en real lo *personab*»), resulta más bien que todas las especialidades de la CRE respecto de la facultad resolutoria nacen con la inscripción. Exactamente lo mismo sucede con la hipoteca: solo una vez inscrita se convierte en derecho subjetivo autónomo. De otro modo, lo único que tiene el acreedor es una acción personal: una facultad de señalar bienes concretos dentro del patrimonio del deudor para cobrar su crédito en una ejecución ordinaria, pero sin los beneficios de inmediatividad y preferencia sobre dichos bienes. En los términos usados por DÍEZ PICAZO (*op. cit.*), con la cancelación de la hipoteca «no subsiste la relación jurídica anotada», pues el acreedor pasa de ostentar un auténtico derecho subjetivo a una facultad *ope legis* derivada de un derecho de crédito (si es que este subsiste a la cancelación). La acción (reflejo procesal de las realidades de derecho privado) pasa de ser real a personal.

Hay que tener en cuenta, además, que la doctrina científica que considera que la opción de compra es un derecho real suele situar el nacimiento del derecho en la inscripción<sup>39</sup> (como hemos dicho, la opción de compra comparte elementos con el derecho de comiso).

Por todo lo expuesto, parece más apropiado situar el nacimiento del derecho real de comiso como derecho real en el momento de la inscripción *ex* artículos 37 LH y 13 RH. Su tratamiento es, así, consistente con el de la hipoteca, con la que comparte *causa garantiae*.

#### IV. APLICABILIDAD DE LA LEY CATALANA AL DERECHO DE COMISO SOBRE INMUEBLES SITUADOS EN CATALUÑA

##### 1. NORMA DE CONFLICTO Y PUNTO DE CONEXIÓN

La RDGRN cita la STC 156/1993 para recordar que las normas de resolución de los conflictos de leyes corresponden al Estado. Estamos com-

pletamente de acuerdo: tratándose de un derecho real de comiso, la norma de conflicto es el artículo 10.1 del Código civil, de carácter estatal. Señala igualmente que la Constitución española excluyó que las comunidades autónomas pudieran establecer regímenes particulares para la resolución de los conflictos de leyes *«ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general, ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión»*. Lo cierto es que el legislador catalán no ha alterado ningún punto de conexión: el artículo 621-54 CCCat es aplicable a los derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en Cataluña (*lex rei sitae*, ex art. 10.1 CC), no sobre los situados en ningún otro lugar del Estado. La DGRN, para establecer un punto de conexión con el Derecho común, señala que *«una parte relevante de la cartera de inmuebles objeto de la compraventa radican en territorios sin derecho civil autonómico propio»*. Esto debería ser irrelevante: ninguno de los operadores jurídicos que han aplicado el Derecho catalán (el registrador de Granollers, la registradora sustituta y la DGDEJ) lo han hecho extensivo a ninguno de los inmuebles situados fuera de Cataluña: la cuestión que se dirime no guarda relación con dicha porción de la cartera, sino con dos fincas registrales concretas. El único punto de conexión que nos interesa es el que existe entre estas dos fincas y la ley aplicable en Cataluña.

## 2. CARÁCTER TERRITORIAL DEL DERECHO CATALÁN

El artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (que forma parte del «bloque de constitucionalidad» —cfr. STC 38/1983 y, más recientemente, la de 7 de julio de 2016—) establece que *«Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad»*. El apartado primero del artículo 111-13 CCCat señala que: *«El derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad»*<sup>40</sup>. El artículo 111-4 CCCat dispone que dicho código *«constituye el derecho común en Cataluña»*, siendo el del Código civil de aplicación supletoria. El artículo 111-5 CCCat añade que las disposiciones del código se aplican con preferencia a cualesquiera otras.

La doctrina también ha señalado que el Derecho foral catalán es de *base territorial*, no personal (esto es, rige con independencia de que las partes involucradas tengan o no vecindad civil catalana, sin perjuicio de que también pueda gobernar relaciones fuera del territorio de Cataluña en función



del estatuto personal de las partes implicadas)<sup>41</sup>. La DGRN no ha tenido reparo en admitir la territorialidad del Derecho común, en las regiones «de Derecho común»: en la Resolución de 18 de octubre de 1994, en una venta con pacto de retro en que todas las partes implicadas tenían vecindad civil navarra (y reproducían las Leyes 475 y sigs. de la Compilación navarra), señaló: «*Ante todo debe puntualizarse que por tratarse de una cuestión referente a un pretendido derecho real sobre bien inmueble situado en territorio de derecho común, la legislación aplicable será la del Código civil, cualquiera que sea la vecindad de los otorgantes y el lugar de formalización documental del negocio cuestionado y sin que quepa admitir una eventual sujeción del negocio a una ley distinta*». Aun cuando nuestra RDGRN considera «*indefendible*» el criterio de territorialidad del Derecho civil de Cataluña, lo cierto es que dicho criterio no puede ser más claro si atendemos a las normas que, desde inicio de este siglo, han dado forma a las instituciones jurídicas catalanas. Que estas se ajusten o no a los «*principios inspiradores del moderno derecho contractual europeo*» (DGRN dixit) es una cuestión de orden casi metajurídico, que no puede amparar contravenciones de las leyes catalanas.

### 3. CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 621-54 CCCAT

La RDGRN cita el principio de exclusión voluntaria del Derecho civil catalán, recogido en el artículo 111-6 CCCat. Tal exclusión es posible (según el precepto citado) «*a menos que [las leyes catalanas] establezcan expresamente su imperatividad o que esta se deduzca necesariamente de su contenido*». Es llamativa la afirmación que a renglón seguido hace la DGRN: «*para que [el art. 621-54 CCCat] pudiera ser considerado «ius cogens», dicha imperatividad debería hacerse constar expresamente en el mismo o deducirse de su contenido, lo cual no es el caso*». Dejando a un lado que las normas, por lo general, no suelen hacer constar su imperatividad de forma expresa, no puede sostenerse razonablemente que dicho carácter imperativo no se deduzca del precepto. Los mandatos del artículo 621-54 CCCat sugieren una clara obligatoriedad en todo el ámbito de aplicación del CCCat. En el artículo encontramos expresiones como «*...siempre y cuando haya requerido previamente al comprador...*», «*Si el pacto de condición resolutoria se ha formalizado en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplican a la resolución los preceptos del presente artículo*», «*El pacto debe prever...*», «*Si se han pactado intereses, la escritura debe incorporar...*», «*El tipo de interés debe ser fijo...*». Sinceramente, no alcanzo a entender cómo la DGRN puede sostener que este artículo «*se mueve en un terreno claramente dispositivo*» (sic). ¿De dónde se deduce tal libertad de elección? El único precepto dispositivo en el artículo se distingue muy nítidamente de los demás



(«*Se puede establecer...*»), e incluso para tal supuesto se establecen límites a la libertad de elección de los contratantes («*un máximo de la mitad de la cantidad total...*»). No parece acertado afirmar, como hace la DGRN, que el artículo 621-54 CCCat «*en ningún caso excluye que las partes puedan celebrar otro pacto de condición resolutoria distinto al regulado en él*», pues el espíritu del precepto claramente es evitar que puedan pactarse términos contrarios al mismo. No es admisible, por tanto, que las partes excluyan la aplicación del artículo 621-54 CCCat pactando la sumisión al Derecho común.

#### *A) La libertad de elección de ley en la sucesión testada*

La resolución cita el siguiente ejemplo: un ciudadano alemán que reside en Barcelona, titular de bienes en dicha ciudad, opta por someter su sucesión al BGB alemán, y no al CCCat. Dicha elección sería válida al amparo del Reglamento Europeo de sucesiones.

El ejemplo no guarda analogía con nuestro caso de estudio. El Derecho comunitario tiene primacía sobre los Derechos de los Estados miembros (cfr. Sentencia Costa/ENEL de 15 de julio de 1964 y la más reciente STJUE de 4 de diciembre de 2018, asunto C-378/17). Específicamente para las sucesiones, el Reglamento Europeo prevé la facultad del causante de optar por la ley aplicable a su sucesión. El Considerando 15 establece que «*el presente reglamento permite la creación o transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión*». Por otra parte, el artículo 22.1 prevé que «*Cualquier persona podrá designar como la ley que haya de regir su sucesión en su conjunto la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento*». El artículo 23.1 señala que «*La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión*». A continuación, desarrolla los aspectos que se rigen por dicha ley aplicable.

La facultad de optar por la ley que haya de regir la sucesión viene *expresamente* reconocida por el Derecho de la Unión Europea. El Reglamento europeo de sucesiones es *lex specialis* respecto del artículo 10.1 del Código civil, y, por tanto, es norma de conflicto en materia de sucesiones, de suerte que se deberá reputar válida la elección por el causante de la ley que haya de regir su sucesión. Así, por ejemplo, se podrá evitar la aplicación del artículo 28 LH a los inmuebles incluidos en la masa hereditaria si el causante hubiese optado por las leyes sucesorias de otro Estado miembro que no establezcan dicha cautela. Pero no existe ninguna disposición similar

que desplace al artículo 10.1 del Código civil respecto de la creación de derechos reales *inter vivos*.

*B) El Reglamento Roma I no es aplicable al caso*

Al contrario que el Reglamento Europeo de Sucesiones, el Reglamento Roma I se ocupa de las relaciones contractuales (recordemos con DE CASTRO que la sucesión es un negocio jurídico, pero no un contrato)<sup>42</sup>. Para apoyar la exclusión voluntaria del CCCat en nuestro supuesto, AZOFRA (*op. cit.*) recurre al siguiente ejemplo: si un ciudadano belga residente en Cataluña vende a un alemán residente en Madrid, ante un notario de La Coruña, un inmueble sito en Mataró sometándose expresamente al Derecho francés, el Derecho francés será aplicable a esa compraventa. Tal afirmación, desde luego, sería discutible, ya que el artículo 10.5 exige un *punto de conexión* entre el Derecho francés y el contrato de compraventa, que no parece estar presente en el ejemplo. Es cierto que el Reglamento Roma I no exige expresamente tal conexión. También lo es que la propia RDGRN comentada señala que la postura que entiende desplazado el marco normativo contenido en los artículos 9 a 11 del Código civil por los Reglamentos europeos no es mayoritaria. Pero, igual que hemos aceptado que el Reglamento europeo de sucesiones tiene primacía sobre el del Código civil como norma de conflicto, aceptemos también que la tiene Roma I, y demos por válida tan «llamativa» elección. Pues bien, en tal caso, el Derecho francés gobernará exclusivamente las relaciones obligacionales entre vendedor y comprador (entrega de la cosa, saneamiento por evicción o vicios ocultos, forma y lugar del pago del precio, plazo de prescripción de acciones personales, etc.). Sin embargo, el artículo 3.3 de Roma I prevé que: «*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*». Por consiguiente, las partes no pueden disponer libremente la ley que haya de regir los derechos reales creados por una compraventa (lo que incluye cualquier derecho de comiso en garantía del precio aplazado, que habrá de regirse necesariamente por la *lex rei sitae*).

El Derecho de cosas regula el aspecto estático del Derecho civil patrimonial (titularidad y goce de los bienes y derechos), mientras que el Derecho de obligaciones regula su aspecto dinámico (tráfico jurídico económico, transmisión de bienes y prestaciones de servicios). Roma I únicamente se ocupa de esta segunda dimensión, no de la primera, como confirmó la RDGRN de 22 de febrero de 2012, al establecer que la *lex contractus*, determinada

según las normas de conflicto del Convenio de Roma y por el Reglamento Roma I, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el marco del contrato, excluyendo expresamente los aspectos reales relativos al modo de adquisición del derecho real, su contenido y efectos. Siguiendo la RDGRN de 2012 citada *supra*, es la *lex rei sitae* la que debe regir «[el] modo de adquisición de los derechos reales, como el momento de transferencia de la propiedad en una compraventa, el contenido del derecho real, los derechos subjetivos de su titular, los bienes sujetos al derecho real, la posibilidad y condiciones de inatacabilidad del derecho real, así como su publicidad»: aun cuando se niegue la naturaleza de derecho real de la CRE, esta supondría en todo caso una limitación, con eficacia a terceros, del derecho de propiedad del vendedor. Por lo que, siendo un elemento configurador de este último, habríamos de concluir lo mismo respecto de la ley aplicable.

En lo que se refiere a la resolución de conflictos entre distintos Ordenamientos civiles dentro del Estado español, la RDGRN de 18 de octubre de 1994 falló en idéntico sentido (la ley que debe regir los aspectos reales de un contrato debe ser la *lex rei sitae*). No es, pues, aplicable el artículo 10.5 del Código civil (referido a las obligaciones contractuales), sino necesariamente el artículo 10.1 del Código civil, que nos remite, en este caso, al Derecho común de Cataluña.

Por último, la RDGRN de nuestro supuesto cita el artículo 22.1 del Reglamento Roma I: «cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento». Lo hace para sostener que «las partes no están obligadas a escindir un contrato [...] en tantos regímenes jurídicos como unidades territoriales haya». Por el contrario, este artículo reafirma lo previsto en el artículo 3.3 del mismo Reglamento (citado *supra*) acerca de la necesidad de respetar las normas imperativas de cada unidad territorial (en este caso, Cataluña).

*C) Conclusión: el Derecho catalán no puede excluirse por pacto entre las partes*

Lo que prueban los dos ejemplos anteriores es que a los derechos reales sobre bienes inmuebles pueden aplicarse reglas de otros ordenamientos distintos de la *lex rei sitae* únicamente cuando haya normas de rango superior al del Código civil que lo permitan expresamente (como el Reglamento europeo de sucesiones, no así Roma I). Dicho de otro modo, cuando exista una norma de conflicto que *desplace al artículo 10.1 del Código civil*. De lo

contrario, las partes no pueden excluir voluntariamente la *lex rei sitae*, pues el mandato del artículo 10.1 del Código civil quedaría vacío de contenido. Pensemos que, si tal exclusión voluntaria fuese posible, las hipotecas que garantizan contratos de financiación gobernados por algún Derecho extranjero podrían someterse, digamos, a las leyes de Inglaterra, Países Bajos o Luxemburgo, todas ellas jurisdicciones mucho más «*lender-friendly*» que la española. Imaginemos lo que supondría que bancos internacionales (y, sobre todo, fondos de «*direct lending*»)<sup>43</sup> pudieran adjudicarse la propiedad de bienes inmuebles en España ante incumplimientos de contratos de financiación, sin observar las cautelas que el Derecho español exige en estos casos para la ejecución hipotecaria (entre ellas, la prohibición del pacto de comiso en la hipoteca, o las disposiciones de la LCCI cuando el prestatario sea un consumidor), y sin que el deudor pudiera oponer las excepciones procesales previstas en la LEC en el marco de la ejecución hipotecaria. Imaginemos que los registradores tuviesen que inscribir cambios de titularidad con base en dictámenes de despachos de la City que acreditasen que las garantías de la financiación están correctamente ejecutadas. Teniendo en cuenta las actuales circunstancias de la economía española, una situación así podría considerarse incluso contraria al orden público. En este sentido, coincidimos con la DGDEJ cuando, con mayor o menor fortuna, afirma que «*Si la competencia de la Generalidad para resolver tiene por fundamento garantizar la aplicación del derecho civil de Cataluña a todos los supuestos en que corresponde que se aplique, según nuestra opinión no se cumpliría la finalidad de la norma si no se pudiera resolver cuándo hay que aplicarla. Porque [...] no puede haber infracción mayor de las normas del derecho catalán que dejar de aplicarlas cuando corresponde*».

Se podrá aducir que, en mi anterior trabajo para esta Revista, defendí que el hipotético derecho de retracto de co-acreedores sobre la cuota-parte de un préstamo hipotecario mancomunado sometido a Derecho común, debería regirse (en caso de existir tal retracto) por el Derecho común, aun cuando la hipoteca en cuestión recaía sobre un inmueble en Cataluña<sup>44</sup>. Me reafirmo en ello: la diferencia es que, en aquel supuesto, el retracto se ejercitaba sobre la cuota-parte del préstamo —un derecho de crédito sometido a Derecho común—, y solo de forma accesorio sobre la hipoteca, por lo que el retracto, en su caso, debería regirse por el Derecho común español. El presente caso es bien distinto, pues lo que se pretende es constituir *ab origine* un derecho real sobre inmuebles en Cataluña, para lo cual deben observarse necesariamente las normas imperativas del Derecho civil catalán.

Cuál es el contenido de ese Derecho aplicable a este caso concreto es algo a lo que trataré de dar respuesta en el último apartado de este trabajo.

*D) Breve mención al reflejo registral de circunstancias del estatuto personal de los titulares de derechos inscritos*

A todo lo anterior, algunos podrán oponer, como contraejemplo, el caso de los «fondos alemanes»; los llamados «*Sondervermögen*» regulados en la Ley de Inversiones de Capital (*Kapitalanlagegesetzbuch* o «*KAGB*»). Muchos Registros de la Propiedad en España han inscrito la titularidad de inmuebles a nombre de las sociedades gestoras de estos fondos, actuando «*en su propio nombre, pero por cuenta y en beneficio del fondo*». Del mismo modo, se han inscrito limitaciones de disponer de manera que dichas sociedades gestoras (*Kapitalverwaltungsgesellschaften*) solo pueden enajenar y gravar las fincas de las que son titulares «formales» cuando medie consentimiento del banco depositario (*Depotbank*) del fondo. Pues bien, tal ejemplo no invalida los argumentos expuestos, ya que estas inscripciones reflejan circunstancias del *estatuto personal* de los fondos especiales alemanes. En primer lugar, bajo la ley alemana, estos no pueden ser titulares «formales» de bienes y derechos, por carecer de personalidad jurídica, y, en segundo lugar, la limitación de disponer sin consentimiento del banco depositario viene impuesta por su ley personal (la *KAGB*). Es decir, estamos ante limitaciones al dominio de origen legal, cuya inscripción viene amparada implícitamente por el artículo 26.1 LH. Lo mismo cabe decir de las limitaciones de disponer derivadas de procedimientos de insolvencia abiertos en el extranjero (v.g. el famoso «*Chapter 11*» de Lehman Brothers): se trata de aspectos propios del estatuto personal de las sociedades, que deben poder ser inscribibles para que sean conocidos por terceros, pero en ningún caso pueden tener origen contractual, ya que ello sería contrario a la *lex rei sitae* (esto es, al art. 27 LH, que prohíbe el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer que no tengan origen en los actos enumerados en el art. 26 LH). En todos estos casos, el Derecho extranjero deberá ser acreditado al registrador.

**V. COMPETENCIA DE LA DGDEJ PARA CONOCER DEL RECURSO CONTRA LA NOTA DE CALIFICACIÓN**

La RDGRN destaca que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 3.4 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña (en adelante, la «Ley 5/2009»). Sin embargo, omite que el TC inadmitió a trámite el recurso del Abogado del Estado contra los artículos 1 y 3.3. Que lo hiciera por con-

siderar extemporáneo el recurso (como señala AZOFRA, *op. cit.*, 736-737) resulta irrelevante a estos efectos. Estos artículos rezan, respectivamente:

*«Artículo 1. Objeto— La presente ley regula el régimen de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o de sus cláusulas concretas que deben inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña, siempre y cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva o junto con otros motivos, en normas del derecho catalán o en su infracción»*

*«Artículo 3. Procedimiento. [...] 3. Si la persona que presenta el recurso en el Registro lo interpone ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el registrador o registradora, manteniendo la calificación, entiende que, en aplicación del artículo 1, es competente la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, debe formar expediente en los términos establecidos legalmente y debe elevarlo a esta última con la advertencia expresa de aquel hecho. La Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas debe comunicarlo sin demora al Ministerio de Justicia para su conocimiento».*

Según la DGRN, el registrador no debió elevar la cuestión a la DGDEJ por tratarse de un recurso mixto, que afecta tanto a cuestiones de Derecho catalán como de Derecho común. Sin embargo, no es correcto que la DGDEJ deba limitar sus competencias a los recursos basados exclusivamente en cuestiones de Derecho catalán (art. 1 de la Ley 5/2009). Bien al contrario, también conoce de aquellos recursos que se fundamenten *«de forma exclusiva o junto con otros motivos»* en el Derecho catalán. Este inciso (*«junto con otros motivos»*) es, en mi opinión y en la de ESQUIROL JIMÉNEZ<sup>45</sup>, una alusión clara a los recursos mixtos. Como señala AZOFRA, el Tribunal Constitucional no llegó a manifestarse sobre la constitucionalidad de los artículos 1 y 3.3 de la Ley 5/2009, por haberse presentado el recurso de forma extemporánea. Siendo así, ambas normas (complementarias entre sí) son válidas y están en vigor con todas sus consecuencias.

Tanto AZOFRA como la DGRN apelan al espíritu de la STC 4/2014 para negar la *vis atractiva* a favor de la DGDEJ. Lo cierto es que de la lectura de dicha STC se desprende más bien lo contrario (CABANAS TREJO)<sup>46</sup>. La STC trata el régimen de *acumulación de recursos*. El TC declaró que el artículo 3.4 era contrario al bloque de constitucionalidad ya que dicho precepto habilitaba a la DGDEJ para sustanciar recursos *«que no aleguen la infracción de una norma de Derecho catalán»*. La STC concluye: *«según se desprende del artículo 3.4 antes transcrito, [...] se establece una regla sobre la acumulación de recursos gubernativos dirigidos contra una misma calificación registral negativa que impone, por el solo hecho de que uno de ellos se base*

*en normas de Derecho catalán o en su infracción, una vis atractiva a favor de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, habilitándola para sustanciarlos todos en una sola pieza, incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán».* De este modo, se declararon inconstitucionales los siguientes incisos resaltados en cursiva, dentro del artículo 3.4: «Si varios interesados optan por interponer cada uno un recurso gubernativo *y al menos uno se basa en normas del derecho catalán o en su infracción*, la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas debe sustanciar todos los recursos, *incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del derecho catalán*, en una sola pieza y debe resolverlos acumuladamente».

Es decir, el artículo 3.4 no era inconstitucional porque otorgase a la DGDEJ competencias sobre los recursos mixtos, sino porque la habilitaba también a resolver recursos ajenos por completo al Derecho catalán, si estos se acumulaban a otros recursos que citaran leyes catalanas. No es nuestro caso: tenemos un único recurso que invoca normas de Derecho catalán (v.g., el art. 111-6 CCCat, y la aplicación indebida del art. 621-54 CCCat por parte del registrador de Granollers) y otras normas que no lo son (v.g., el art. 10.5 CC). En otras palabras, se trata de un recurso mixto y, como acertadamente apuntó la DGDEJ, el hecho de que junto con el Derecho catalán se aleguen otras normas no excluye la competencia de la Generalidad. Además, puede sostenerse que el recurso se funda exclusivamente en Derecho catalán por el principio de heterointegración del Derecho foral catalán (cuestión que desarrollaremos más adelante). Por tanto, la competencia de la DGDEJ por aplicación conjunta de los artículos 1 y 3.3 de la Ley 5/2009, no puede estar más clara. En este punto, llama la atención el argumento que emplea la DGRN para defender su competencia: «[E]ntran en juego normas conflictuales y preceptos hipotecarios respecto de los cuales el Estado tiene competencia exclusiva (art. 148.8.<sup>a</sup> de la Constitución)». Aparte de la cita errónea (entiendo que se refiere al art. 149.8.<sup>a</sup> CE), debemos advertir que dicho precepto no reserva al Estado en absoluto «los preceptos hipotecarios», sino la «ordenación de los Registros e instrumentos públicos». El Auto del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 2012 avala mi interpretación: en aquella ocasión el TC, desestimando la petición de la Abogacía del Estado, consideró que la existencia en el recurso de varios fundamentos relativos a la normativa hipotecaria estatal no excluía la competencia de la DGDEJ.

Por todo lo anterior, considero que el registrador actuó correctamente al elevar el recurso a la DGDEJ, en estricto cumplimiento de la Ley 5/2009, ya que el órgano competente para conocer del recurso gubernativo era la DGDEJ, no la DGRN. Contra la decisión de la DGDEJ cabía interponer demanda ante los juzgados de primera instancia de Barcelona, en el plazo de dos meses desde la fecha de su notificación, siendo aplicables las normas



del juicio verbal (art. 328 LH). SAREB interpuso dicha demanda, que fue estimada por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 47 de Barcelona (Sentencia 92/2020, de 4 de junio). El juzgado hace suyos los argumentos de la DGRN sobre la competencia y el fondo (argumentos que, por lo expuesto, no comparto). Contra una hipotética sentencia desestimatoria, SAREB hubiera tenido abierta, además, la vía del recurso de apelación, y posteriormente, la del recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

## VI. UNA POSIBLE SOLUCIÓN

### 1. EL «NUEVO DERECHO CATALÁN» COMO PROBLEMA PARA EL TRÁFICO JURÍDICO: EL FRACASO DE UN MODELO

Llegados a este punto, es preciso aclarar una cuestión: que considere aplicable a nuestro supuesto el Derecho catalán no me impide considerar también que en Cataluña se ha perpetrado una catástrofe jurídica de proporciones descomunales. La maraña normativa vigente —en especial, en materia hipotecaria y de vivienda—, sumada a la creación de estructuras de Estado (en muchos casos, con el plácet del Tribunal Constitucional) son indicativas del fracaso del modelo autonómico nacido de 1978. Dicho modelo consagra (especialmente tras la reforma del Estatuto catalán en 2006) una cosoberanía de facto entre dos poderes —el estatal y el autonómico— sobre el mismo territorio. La porosa delimitación de competencias en los artículos 148 y 149 del Código civil, lejos de aportar luz, contribuye a agravar el problema, pues las normas no suelen ser compartimentos estancos (¿dónde está el límite entre lo que afecta a la «vivienda» o a las «bases de las obligaciones contractuales» y lo que no?). Si a esto unimos el entusiasmo con que uno de los dos poderes soberanos busca diferenciarse del otro, el caos está garantizado.

Este fenómeno es particularmente notorio en el Derecho privado, con el desarrollo de lo que podemos denominar el «Derecho nuevo» de Cataluña desde principios de este siglo. Este *corpus* de Derecho civil tiene, en general, poco o nada que ver con el secular Derecho foral catalán. Por el contrario, da la sensación de que la principal finalidad de estas nuevas leyes es romper toda similitud con el Derecho castellano (valga la expresión), aun cuando ello suponga crear figuras jurídicas ajenas a la tradición catalana (como se ha puesto de manifiesto con la nueva regulación integral de la compraventa y de la permuta). A esta hipertrofia normativa contribuye la miríada de Leyes y Decretos que dificultan enormemente ejecutar hipotecas contra personas físicas en Cataluña, amén de dar cobertura a situaciones abiertamente ilegales como la usurpación de bienes inmuebles (v.g. Decreto



17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda). Parafraseando el voto particular formulado por el magistrado don Andrés OLLERO a la STC 132/2019 (sobre la que volveremos), da la impresión de que se hubiera aceptado la existencia de unos «principios jurídicos catalanes posconstitucionales», lo que de alguna manera supone desnaturalizar el mandato constitucional a las comunidades autónomas de «conservar, modificar y desarrollar» sus Derechos forales.

En este sentido, los requisitos exigidos por el artículo 621-54 CCCat para el ejercicio de la CRE me parecen arbitrarios y sin precedentes en el Derecho histórico de Cataluña, así como una dificultad innecesaria al tráfico jurídico de inmuebles. Otro tanto cabe decir de la existencia de un centro directivo paralelo a la DGRN, con *vis atractiva* sobre los recursos relacionados con derechos reales sobre inmuebles en Cataluña. La RDGRN que comento en este trabajo está sin duda inspirada por un muy loable ánimo de remediar una situación contraria al interés general. Pero no por ello puedo compartir la auto-atribución de competencias de la DGRN, ni sus argumentos de fondo.

## 2. UNA INTERPRETACIÓN DE LOS LÍMITES DEL «NUEVO DERECHO» CATALÁN DESDE EL «PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN» DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS

La resolución comentada se centra en dilucidar si las partes de una relación jurídica pueden excluir voluntariamente el Derecho civil de Cataluña y someter un derecho real de comiso a la ley común española. Ya he razonado cómo, en mi opinión, esto no es posible, pues el artículo 10.5 del Código civil no es la norma de conflicto: tratándose de un derecho real de garantía, lo es el artículo 10.1 del Código civil y por tanto debe regir la *lex rei sitae*.

Pero, ¿y si no estamos formulando la pregunta correcta? Y si esta fuese, más bien: ¿cuál es el contenido material de la *lex rei sitae*? En otras palabras: ¿cuál es el «Derecho común de Cataluña» por el que se ha de regir un derecho real de comiso sobre unas fincas en Granollers? Estamos pasando por alto, por un lado, que la regulación de los derechos reales *en sí mismos* no está atribuida en exclusiva ni al Estado ni a las comunidades autónomas. Por lo que el hecho de encontrarnos ante un derecho real no puede ser un criterio válido para determinar *quién tiene competencia para regularlo* (si el Estado o las CCAA). Por otro lado, estamos olvidando que la Constitución española atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1 6.<sup>a</sup>).

Nuestro derecho real de comiso trae causa de una relación jurídica perteneciente al Derecho mercantil. Su creación es, a todos los efectos, un acto mercantil. En pleno proceso de revisión del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la

Revista de Derecho de los Negocios publicó un editorial en que señalaba que la unidad del mercado español: *«se funda en [...] la existencia de las mismas reglas jurídicas en toda España para los mismos contratos mercantiles o empresariales. La Constitución vigente lo deja claro en su ya citado 149.1, para aquellas materias enumeradas como las 6.<sup>a</sup>, 12.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup>, 20.<sup>a</sup> y 21.<sup>a</sup>, además de las 14.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup>, entre otras [...]. Las nuevas normas codificadas, como el propio nombre del Código indica - «Código civil de Cataluña» - están destinadas a disciplinar relaciones de índole civil, no relaciones mercantiles. [...] No puede nunca olvidarse que los actos mercantiles estarán siempre sometidos, única y exclusivamente, al derecho estatal en tanto se mantenga la Constitución. Solo así se preservará la unidad del mercado español y uno de sus bastiones más poderosos —la unidad del derecho aplicable a las obligaciones y contratos mercantiles»*<sup>47</sup>.

Como hemos avanzado, el artículo 621-54 CCCat incluía inicialmente un tercer apartado, declarado nulo por la Sentencia (Pleno) 132/2019 de 13 de noviembre por introducir normas procesales, lo que es contrario a la delimitación competencial prevista en la Constitución española. De dicha STC (que resuelve los recursos contra varios preceptos más), nos interesa el voto particular del magistrado don Alfredo MONTÓYA. Este señaló que la compraventa de consumo tiene carácter mercantil y por tanto la función legislativa sobre la misma corresponde en exclusiva al Estado, sin reconocer la Constitución *«espacio alguno para singularidades normativas forales, con el fin de garantizar una cierta unidad de mercado»*. Según este magistrado, varios de los preceptos impugnados se deberían haber declarado inconstitucionales por este motivo. Siendo cierto lo que señaló el voto discrepante respecto de la competencia exclusiva del Estado en legislación mercantil, hay que recordar que *«la validez de la ley [...] ha de preservarse cuando su texto no impide una interpretación conforme a la Constitución, de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto impugnado, ya que si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la ley»* (SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 13; 76/1996, de 30 de abril, FJ 5 o 29/2018, de 8 de marzo, FJ 3).

El principio de conservación de los contratos (art. 1284 CC) tiene su correlato en el Derecho constitucional: las normas han de interpretarse de manera que puedan mantenerse dentro del ordenamiento jurídico. En este principio general se encuentra la solución a nuestro problema.

### 3. EL PRECEDENTE NAVARRO

El concepto de *Derechos civiles forales* es inexistente en los países de nuestro entorno jurídico. Los Códigos Civiles de Francia, Alemania, Italia

o Portugal constituyen (junto con las leyes especiales que los desarrollan o complementan) el único cuerpo de Derecho civil para todo el territorio de cada uno de dichos Estados. En ausencia de precedentes en el Derecho comparado, voy a proponer una solución con base en las resoluciones de nuestras Audiencias Provinciales.

Resulta extraño que nadie hasta ahora (que sepamos) haya traído a colación el caso de la ley 511 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, por su analogía con el caso de estudio. Dicha norma reconoce al deudor cedido la facultad de extinguir su deuda pagando al nuevo acreedor el precio que este a su vez hubiera pagado al acreedor cedente, más los intereses legales y los gastos que le hubiese ocasionado la reclamación del crédito. Leído en abstracto, todo deudor de créditos regidos por ley navarra vendría a tener una facultad similar al (mal) llamado «retracto» de *lex anastasiana*, y ello aun cuando el crédito cedido no tenga el carácter de litigioso. Pues bien, la SAP Navarra 17/2009, de 30 de enero, aclaró que la ley 511 no es aplicable a los actos mercantiles. Decisión que supuso, de facto, vaciar de contenido el precepto, pues la gran mayoría de préstamos hoy en día son bancarios, y tienen, por tanto, naturaleza mercantil. Resulta muy esclarecedor el siguiente razonamiento de la AP Navarra:

*«Aunque el carácter mercantil de la relación contractual no excluye por sí solo la aplicación de la normativa civil foral, como establece la jurisprudencia del TSJ de Navarra, en cuanto el «Derecho común» a que se remite como ordenamiento supletorio el Código de Comercio en sus artículos 2 y 50, no es solo el general del Código civil sino también el foral vigente en los territorios con derecho propio (SSTS de 28 de junio de 1968 y 16 de febrero de 1987), las disposiciones de estos ordenamientos tan solo resultan aplicables a los contratos mercantiles en lo que no se halle expresamente regulado por su legislación especial.*

*La cesión de créditos mercantiles está regulada en los artículos 347 y 348 CCom, preceptos estos que no contemplan, como hace la Ley 511 FN en supuestos de cesión de créditos a «título oneroso», la facultad del deudor de liberarse «abonando al cesionario el precio que este pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito».*

*Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987, antes citada, un autorizado sector de la doctrina entiende que, respecto de una disciplina uniforme, como es el Derecho mercantil, resultaría perturbador admitir particularidades que afectarían inevitablemente a las «bases de las obligaciones contractuales», apareciendo patente la aspiración hacia la unidad de mercado, por lo que no cabe aplicar la Ley 511 FN».*

En otras palabras, el Derecho navarro, en sede de cesión de créditos mercantiles (mejor dicho, de cesiones de crédito que constituyan actos mer-

cantiles), lo conforman el Código de Comercio (en adelante, «CCom») y el Código civil (de aplicación supletoria en Derecho mercantil), no el Fuero Nuevo. A esta interpretación coadyuvan los artículos 4.3 del Código civil («*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes*») y 13.2 del Código civil («*En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas, según sus normas especiales*»).

Un derecho real de comiso como el de nuestro caso de estudio solo es concebible en el marco de la contratación entre empresarios o profesionales, dado que tanto la cláusula penal pactada como la renuncia a las excepciones procesales habrían de reputarse abusivas bajo la normativa de consumo y, en consecuencia, nulas de pleno derecho, (cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, 2477)<sup>48</sup>. Por su parte, los derechos reales de comiso prácticamente han desaparecido en las relaciones entre particulares, ante la hegemonía de la financiación hipotecaria (i.e. cuando alguien compra un piso a otro particular —negocio jurídico de naturaleza civil—, lo normal es que el precio se pague íntegramente con el otorgamiento de la escritura, con fondos bancarios, y no que se pacte un aplazamiento del precio). Partiendo de la base de que las compraventas de inmuebles pueden tener carácter mercantil en función de los sujetos intervinientes y de su objeto social —esto es, cuando la compraventa responda a la actividad empresarial ordinaria de los sujetos implicados, como sucede en nuestro caso—<sup>49</sup>, el argumento que nos proporciona la AP Navarra es, en mi opinión, el único que justifica la exclusión del CCCat en nuestro supuesto. FLÓREZ MIRANDA (*op. cit.*, 5-6) ha defendido la *heterointegración* del Derecho civil catalán, de forma que las normas estatales de Derecho civil y mercantil *son parte del Derecho común de Cataluña*. Este autor ha señalado, en sede de prescripción extintiva: «*Teniendo en cuenta que la competencia para legislar en materia mercantil es exclusiva del gobierno central (art. 149.1 6.º CE), las relaciones jurídicas de carácter mercantil, incluyendo las relativas a la prescripción extintiva, se rigen por lo dispuesto en el Código de Comercio o en la legislación estatal especial*»<sup>50</sup>.

#### 4. EL OTRO PRECEDENTE: LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE SEGUROS

Conclusiones parecidas a las de la AP Navarra se extraen de la jurisprudencia en materia de contrato de seguro (también reservada al Estado por la Constitución española). Merece la pena detenernos en la lectura de la STS 534/2013, de 6 de septiembre. En ella se citan las SSAP Barcelona 295/2011, de 12 de mayo y 206/2011, de 28 de marzo, que establecen que «*no cabe aplicar a la repetida acción el plazo de prescripción de tres años*

establecido en el artículo 121-21dl del CCCat, toda vez que, aunque el mismo conforma sin duda el derecho común de Cataluña en lo relativo a las acciones de responsabilidad extracontractual, según resulta del propio CCCat., el derecho civil catalán no abarca aquellas materias de competencia legislativa estatal como la mercantil (art. 149-1-6.<sup>a</sup> CE) de la que forma parte la normativa de seguros. La aplicación directa en Cataluña del derecho estatal de seguros es una consecuencia de la distribución constitucional de la competencia legislativa entre los entes territoriales que ya tuvo en cuenta el artículo 111-5 CCCat. al prever la heterointegración del derecho civil catalán «mediante la aplicación como supletorio del derecho del Estado» (el preámbulo de la propia Ley destaca que el precepto «se refiere tanto al carácter preferente de las disposiciones del derecho civil de Cataluña, salvo los supuestos en que sean directamente aplicables normas de carácter general, como a la limitación de la heterointegración mediante la aplicación como supletorio del derecho estatal, la cual solo es posible cuando no sea contraria al derecho propio o a los principios generales que lo informan»).

En el Fundamento de Derecho Cuarto, el Tribunal Supremo se adhiere a la tesis de la AP Barcelona, señalando además que la propia Disposición Final Primera del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor refiere que dicha norma se dicta al amparo del artículo 149.1. 6.<sup>a</sup> CE, por lo que dichas normas rigen directamente en todo su territorio, sin que el principio de territorialidad del Derecho catalán pueda imponer la aplicación de los plazos de prescripción del CCCat (por ser esta una norma emanada de los órganos autonómicos de Cataluña).

##### 5. EL PROBLEMA AÑADIDO DE LA VECINDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La RDGRN comentada señala que, *de lege ferenda*, «existe un general consenso en la necesidad no solo de clarificar sino de reformar el derecho conflictual interregional, para adaptar las normas vigentes a las necesidades del tráfico contractual, siendo evidente, además, que el concepto de «vecindad civil» no sirve para negocios jurídicos en que intervienen empresas». Cuando ninguna de las partes tiene vecindad civil catalana, la aplicación del CCCat debe hacerse *cum grano salis*. En nuestro caso, ni Talisman Capital ni SAREB son entidades de vecindad civil catalana. De alguna forma, esta dificultad para encajar la idea de vecindad civil en el terreno de la persona jurídica viene a reforzar la postura de las AAPP citadas *supra* (esto es, la no aplicabilidad de los Derechos civiles forales a las realidades propias del Derecho mercantil).

6. SÍNTESIS: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 621-54 AL SUPUESTO DE HECHO POR RAZÓN DE SU ORIGEN

La Constitución española no efectúa reserva competencial en favor del Estado ni de las comunidades autónomas respecto de los derechos reales *en tanto que tales*. Tratándose de derechos reales, habremos de estar a la *lex rei sitae*, por disponerlo así el artículo 10.1 del Código civil. Pero para determinar cuál sea el contenido material de esta en territorios de Derecho foral (i.e. si la compilación foral en cuestión —CCCat, Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Foral de Aragón, etc.— o la legislación estatal —CC, LH, RH, CCom, etc.—), hemos de estar al único criterio válido de distribución de competencias (esto es, el *origen* del derecho real; de qué clase de negocio jurídico trae causa). La creación de un derecho real puede ser un acto civil o mercantil. La existencia de un Registro Mercantil para inscribir actos relativos a los empresarios y las sociedades no significa que los Registros de la Propiedad no reflejen realidades del Derecho mercantil (lo hacen todos los días, como consecuencia de la *vis expansiva* del Derecho mercantil sobre el Derecho civil). Las relaciones subyacentes a la creación del derecho real nos revelan la *causa* del mismo (en nuestro caso, garantizar el precio aplazado de una compraventa mercantil). Que estemos ante uno u otro caso determinará cuál haya de ser el contenido material de la *lex rei sitae*: si se trata de relaciones de Derecho civil, lo formarán las normas de derecho foral preexistentes a la Constitución española, o las promulgadas por las comunidades autónomas en desarrollo del derecho foral. Por el contrario, si se trata de relaciones mercantiles, deberán ser necesariamente normas de origen estatal.

El artículo 621-54 CCCat regula, con carácter general, la «condición resolutoria explícita» (*rectius*, derecho real de comiso sobre inmuebles en Cataluña). Por su origen (norma autonómica), dicho precepto no puede ser aplicable a derechos nacidos de relaciones de Derecho mercantil. Estos se han de regir por el artículo 1504 del Código civil, la LH y el RH, como normas integrantes del Derecho común de Cataluña por el principio de heterointegración. Este principio halla acomodo en el artículo 13 del Código civil (que, como apunta el profesor BERCOVITZ, se ve reforzado por el art. 149.1. 8.<sup>a</sup> CE)<sup>51</sup>, pero también en el artículo 111-5 CCCat. Si interpretamos que el artículo 621-54 CCCat es aplicable únicamente a los derechos de comiso nacidos de relaciones civiles, el precepto no tiene tacha de inconstitucionalidad. La aplicación de normas estatales a un derecho real de origen mercantil y la correlativa inaplicación del artículo 621-54 CCCat no precisa declaración de inconstitucionalidad de este último por invadir competencias reservadas al Estado, de la misma manera que los tribunales no aplican el plazo de prescripción previsto en el artículo 121-21d/ CCCat a las relaciones mercantiles (*vid supra*), sin que ello signifique que dicho ar-

título deba ser tenido por inconstitucional. Todo esto se deduce del principio de conservación de las disposiciones normativas al que hemos aludido *supra*.

Las partes de una compraventa mercantil podrán, en todo caso, configurar el derecho de comiso de manera que para su ejercicio se requiera el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 621-54 CCCat (o en cualquier otra norma de derecho foral), en virtud del artículo 1255 del Código civil (norma estatal aplicable al acto mercantil).

El artículo 621-54 CCCat sí será de aplicación imperativa a las compraventas entre personas que no sean comerciantes, y siempre que no constituyan en sí mismas actos de comercio. La aplicación imperativa del artículo 621-54 CCCat será, por tanto, marginal (como lo es la aplicación de la Ley 511 de la Compilación navarra). Regirá en casos de particulares que vendan su casa con pacto de retro, algo en franco desuso tras décadas de desarrollo del mercado hipotecario (y sin perjuicio de un posible resurgir en el futuro).

## VII. CONCLUSIONES

I. La llamada «condición resolutoria expresa» no es una *conditio facti* ni una *conditio iuris*. Es, en realidad, un derecho real de garantía análogo a la hipoteca, cuyo nombre más apropiado es, a mi juicio, el de «derecho real de comiso». Se diferencia de la hipoteca, principalmente, (i) en que permite el pacto de *lex commissoria*, ya que en él no concurren las circunstancias que imponen su prohibición para los contratos de préstamo con garantía; (ii) en su forma de ejecución; y (iii) en que el derecho de comiso no precisa para su ejercicio un requerimiento de pago, sino que basta una declaración unilateral de resolución por el vendedor ante el impago en el plazo convenido. La presencia del pacto de *lex commissoria* no afecta en ningún caso a su naturaleza de derecho real de garantía.

II. Tratándose de un derecho real de garantía, el derecho de comiso se rige por la *lex rei sitae* (ex art. 10.1 CC). Esta es el Derecho común de Cataluña, del que forman parte tanto el CCCat como las normas estatales (CC, LH, RH y CCom), por el principio de heterointegración.

III. Dentro del Derecho común de Cataluña, el CCCat es ley especial respecto de las normas estatales en materia de Derecho civil, pero estas son ley especial respecto de aquel en materia de Derecho mercantil. Las normas estatales son aplicables, no por la sumisión de las partes al Derecho común español, sino por razón de la materia, al tratarse de un derecho creado por un contrato mercantil. Esta conclusión se extrae de interpretar los artículos 10.1 y 13 del Código civil a la luz del artículo 149.1. 8.ª CE, y de interpretar el artículo 621-54 CCCat conforme al principio de conservación



de las disposiciones normativas. Por consiguiente, el derecho real de comiso constituido por Talismán Capital en favor de SAREB se ha de regir por el del Código civil, la LH y el RH.

IV. Los pactos entre SAREB y Talismán Capital son válidos conforme a las normas estatales, razón por la cual el registrador debió inscribir la compraventa junto con el derecho real de comiso.

V. Queda a salvo la facultad de las partes de una relación mercantil de adecuar los requisitos para el ejercicio del comiso a los exigidos por el artículo 621-54 CCCat, en virtud del artículo 1255 del Código civil.

VI. Para derechos reales de comiso nacidos de relaciones de Derecho civil, el artículo 621-54 CCCat tiene carácter imperativo, y no es admisible su exclusión voluntaria. La aplicación de este artículo debería ser marginal, ya que la CRE en las relaciones de Derecho civil se encuentra en desuso hoy en día (sin perjuicio de que, como decimos, pueda volver a resurgir en el futuro ante las restricciones de acceso a la financiación para la población con menos recursos).

VII. La DGDEJ es el órgano competente para resolver los recursos mixtos (esto es, los que invoquen tanto normas exclusivas del Derecho foral catalán como normas de Derecho común español), y por tanto tiene competencia para conocer del recurso en nuestro caso de estudio. La DGDEJ debió revocar la nota del registrador por las razones expuestas. Queda a salvo el derecho a la tutela judicial del recurrente, ya que frente a la resolución de la DGDEJ cabe interponer demanda ante los juzgados de primera instancia de Barcelona, con posibilidad de ulterior recurso de apelación ante la AP Barcelona (la cual sostiene un criterio similar al que aquí se expone en materia de prescripción) y de casación ante el TSJ de Cataluña. El Juzgado de Primera Instancia n.º 47 de Barcelona ha estimado la demanda formulada por SAREB contra la resolución de la DGDEJ. Un pronunciamiento de la AP de Barcelona o del TSJ de Cataluña en favor de la tesis defendida en este trabajo resultaría extremadamente útil para restringir, con carácter general, la aplicación del CCCat y demás leyes aprobadas por la Generalidad al ámbito de las relaciones civiles.

VIII. Esta interpretación salva la unidad de mercado y a su vez es respetuosa con el principio de territorialidad del Derecho civil de Cataluña, dentro de las competencias que otorgan a la Generalidad la Constitución española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 8 de enero de 1921
- RDGRN de 17 de enero de 1933

- RDGRN de 25 de octubre de 1979
- RDGRN de 29 de diciembre de 1982
- RDGRN de 6 de diciembre de 1986
- RDGRN de 16 de septiembre de 1987
- RDGRN de 5 de febrero de 1990
- RDGRN de 6 de febrero de 1990
- RDGRN de 18 de octubre de 1994
- RDGRN de 22 de febrero de 2012
- RDGRN de 29 de abril de 2014
- RDGRN de 29 de agosto de 2019
- RDGRN de 28 de enero de 2020
- RDGDEJ de 25 de julio de 2019
- STS de 23 de octubre de 1934
- STS de 1 de mayo de 1946
- STS de 5 de mayo de 1953
- STS de 16 de noviembre de 1979
- STS de 3 de diciembre de 1982
- STS de 22 de enero de 1991
- STS de 30 de abril de 1991
- STS de 31 de enero de 2001
- STS de 6 de marzo de 2003
- STS de 5 de diciembre de 2003
- STS de 6 de septiembre de 2013
- STS de 26 de febrero de 2015
- STS de 21 de febrero de 2017
- STS de 18 de diciembre de 2019
- SAP Navarra de 30 de enero de 2009
- SAP Barcelona de 28 de marzo de 2011
- SAP Barcelona de 12 de mayo de 2011
- SAP Valencia de 30 de noviembre de 2016

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARIJA SOUTILLO, C. (2018). La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 2018.
- AZOFRA VEGAS, F. (2020). La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1991). *Comentario al artículo 13 del Código civil*. En: *Comentario del Código civil*. Volumen I, Madrid. Ministerio de Justicia (150-151).
- CABANAS TREJO, R. (2014). Cataluña, recurso gubernativo y discrecionalidad del registrador. *El Notario del siglo XXI*. [En línea], disponible en <https://www.>

- elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-55/3743-cataluna-recurso-gubernativo-y-discrecionalidad-del-registrador
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2008). Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica). *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 20.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985): *El negocio jurídico*. Madrid. Civitas.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1987). Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1987. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15.
- DÍEZ PICAZO, L. (1967). El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 462.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005). *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la LECiv*. Navarra. Civitas.
- ESQUIROL JIMÉNEZ, V. (2019). La condición resolutoria catalana en la DG-DEJ, DGRN y TC. *Notar-ius*. [En línea], disponible en <http://www.notar-ius.com/2019/12/la-condicion-resolutoria-catalana-en-la.html>
- FLÓREZ MIRANDA, M.C. (2020). La prescripción extintiva en el Derecho Civil de Cataluña. Especial mención a los plazos de prescripción. Diferencias con el Código civil Español. *Diario La Ley*, 16 de julio de 2020. Wolters Kluwer.
- GINEBRA MOLINS, M.E. (2012). *Comentari al Llibre Primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions Preliminars. Prescripció y Caducitat*. Barcelona. Atelier.
- GIORGIANI, M. (1967). Los derechos reales. Traducido en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 458.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1992). Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613.
- JORDANO FRAGA, F. (1992). La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria (Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil). *Anuario de Derecho Civil*. Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2008). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y Propiedad*. Madrid. Dykinson. Tercera edición.
- (2009). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen Segundo. Derechos Reales Limitados. Situaciones de cotitularidad*. Madrid. Dykinson. Tercera edición.
- MARTÍNEZ SARRIÓN (1964). Repercusiones prácticas de escrituras notariales. *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1964.
- ROCA SASTRE, R.M.<sup>a</sup> (1968). *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Barcelona. Bosch. Sexta Edición.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1968). Algunos aspectos de la «Lex commissoria». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 464.
- ROVIRA JAÉN, F.J. (1967). La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 463.
- (1993). El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615.
- VV.AA. (1995). *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*. Madrid. Tecnos. Colección Jurisprudencia Práctica.

## NOTAS

<sup>1</sup> El artículo 621-54 CCCat incluía en su redacción original un tercer apartado, que regulaba el mecanismo de resolución, y que fue invocado por el registrador en su nota de calificación. Dicho apartado tercero fue declarado inconstitucional y nulo de pleno derecho por el Tribunal Constitucional en su Sentencia (Pleno) 132/2019 de 13 de noviembre, con posterioridad a la publicación de la RDGRN que aquí comentamos.

<sup>2</sup> La DGRN ha sido suprimida, tras más de un siglo de existencia, por el RD 139/2020, de 28 de enero, habiendo pasado sus funciones a la llamada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. No obstante, dada la fecha de la Resolución comentada, en este trabajo emplearé las siglas DGRN para referirme a la Dirección General.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ SARRIÓN (1964): Repercusiones prácticas de escrituras notariales. *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1964, 183 y sigs. El «requerimiento» del artículo 1504 del Código civil no necesariamente funciona como tal: la ley ofrece al vendedor la posibilidad de enviar una «notificación obstativa del pago por la que se declara la resolución» (STS de 3 de diciembre de 1982). Se trata, pues, de una declaración unilateral por la que el vendedor resuelve la venta. No obstante, y como apunta AZOFRA, 768 (citado *infra*), la jurisprudencia admite el requerimiento de pago unido, subsidiariamente y de modo condicionado, a una comunicación de resolución para el caso de impago en el nuevo plazo otorgado.

<sup>4</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1987): Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1987. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 5012. Según este autor, un pacto como el de nuestro ejemplo constituye unas arras penales y no una cláusula penal, pues no existe una obligación accesoria de pago de cantidades, sino una facultad de retención de las que el vendedor ha ido recibiendo. Nuestra cláusula penal queda bastante desnaturalizada respecto del régimen previsto en los artículos 1152 a 1155 del Código civil (v.g., se excluye la moderación judicial pero no el derecho del vendedor a reclamar una indemnización por cualesquiera otros daños y perjuicios producidos, hasta un importe máximo del 20%). Sin embargo, las arras penales (que no están expresamente reguladas en el CC) se asimilan a la cláusula penal, hasta el punto de que creo que es correcto hablar indistintamente de arras penales o de una cláusula penal *sui generis*.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1968): Algunos aspectos de la «Lex commissoria». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 464, 84.

<sup>6</sup> AZOFRA VEGAS, F. (2020): La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 741.

<sup>7</sup> ROVIRA JAÉN, F.J. (1967): La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 463, 1685.

<sup>8</sup> La resolución comentada justifica la ausencia de obligación de consignar en que la restitución de prestaciones prevista en el artículo 1123 del Código civil queda vacía de contenido al pactar las partes una cláusula penal por el mismo importe. Considero que este no puede ser el fundamento, pues el artículo 1123 del Código civil no resulta aplicable, al no hallarnos ante una verdadera *conditio*, como se desarrollará más adelante.

<sup>9</sup> Previamente había mantenido una línea favorable al automatismo registral de la reinscripción (RRDGRN de 3 de junio de 1961, de 13 de junio de 1962 y de 31 de octubre de 1969).

<sup>10</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1992): Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613, 2473.

<sup>11</sup> Todos ellos citados en VV.AA. (1995): *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*. Madrid. Tecnos. Colección Jurisprudencia Práctica, 11). Hay que destacar que dicha doctrina iniciada a partir de 1982 no hacía sino recoger una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que admitía el ejercicio extrajudicial (registral) de la acción resolutoria, pero condicionado en todo caso a la falta de oposición por parte del deudor bajo la obligación garantizada.

<sup>12</sup> Puede encontrarse un interesante análisis del nominalismo (así como su influjo decisivo en la reforma luterana y en corrientes de pensamiento posteriores) en AYUSO, M. (coord.) (2016): *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*. Madrid / Barcelona / Buenos Aires / Sao Paulo. Marcial Pons. Para un tratamiento más general de la epistemología como rama de la filosofía, cfr. SÁNCHEZ MECA, D. (2012): *Teoría del conocimiento*. Madrid. Dykinson. Segunda edición.

<sup>13</sup> ARIJA SOUTILLO, C. (2018): La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 2018, 286. La autora señala que la cláusula resolutoria explícita «*funciona como un derecho real de garantía indirecta del pago del precio o contraprestación. Se trata de un derecho real de garantía indirecta porque comporta una situación de poder sobre la cosa transmitida, con lo que se asegura la efectividad del precio, cualquiera que sea el poseedor de la cosa, pero en caso de resolución por impago del precio no se hace efectiva la garantía con la ejecución del bien adquirido, sino que se resuelve el contrato y se sustituye el pago del precio por el reintegro de la cosa a su transmitente*».

<sup>14</sup> Citado en LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2009): *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen Segundo. Derechos Reales Limitados. Situaciones de cotitularidad*. Madrid. Dykinson. Tercera edición, 203.

<sup>15</sup> ROVIRA JAÉN, F.J. (1993): El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615, 363.

<sup>16</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2008): Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una relectio a modo de recuerdo y de réplica). *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 20.

<sup>17</sup> Una crítica a CERDEIRA por su asimilación de la immediatez a la posesión la encontramos en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005): *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la LECiv*. Navarra. Civitas.

<sup>18</sup> Cfr. GIORGIANNI, M. (1967): Los derechos reales. Traducido en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 458.

<sup>19</sup> ROCA SASTRE, R.M.<sup>a</sup> (1968): *Derecho Hipotecario. Tomo II*. Barcelona. Bosch. Sexta Edición, 635.

<sup>20</sup> Es cierto que algunos autores como DÍEZ PICAZO ven con buenos ojos el *numerus clausus* en los derechos de garantía, dada la facultad de realización del valor que estos entrañan y el riesgo que una total libertad de creación podría conllevar para la *par conditio creditorum*. Cfr. DÍEZ PICAZO, citado en LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2008): *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y Propiedad*. Madrid. Dykinson. Tercera edición, 17.

<sup>21</sup> BORRICAND, J. (1957): La clause résolutoire expresse dans les contrats. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 437-438. Citado en RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*).

<sup>22</sup> En la doctrina, CASTÁN considera la facultad del artículo 1124 del Código civil como una condición resolutoria tácita, y ROVIRA JAÉN (*op. cit.*, 1674), apunta que no es verdadera condición, por no derivar de la voluntad de los sujetos, sino de la misma Ley, aun cuando aquellos no la incorporen al negocio. Me alíneo más con este último, por las razones ya expuestas en relación con los artículos 1113 y 1115 del Código civil.

<sup>23</sup> Cuestión distinta será si el vendedor opta por reclamar el precio aplazado, en cuyo caso podrá acudir directamente al procedimiento ejecutivo, siempre y cuando conste el correspondiente pacto de liquidez en la escritura de compraventa a los efectos del artículo 573.1. 2.º LEC.

<sup>24</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. (*op. cit.*). *Posesión y Propiedad* (2-6).

<sup>25</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (*op. cit.*) *Posesión y Propiedad* (3-4).

<sup>26</sup> GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. (2002): *El leasing inmobiliario como garantía real anómala*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 25 de abril de 2002. Anuario del Colegio Notarial de Madrid. Los razonamientos de este autor para considerar el leasing inmobiliario como garantía real atípica no son muy distintos en el fondo a los expuestos en este trabajo respecto de la CRE (en resumen, la causa última del leasing es garantizar al arrendador financiero el pago de lo que no deja de ser un precio aplazado del inmueble). El autor apunta: «*Lo que no podemos desconocer es que, tratándose de inmuebles, su adquisición por leasing o por compra con hipoteca son dos alternativas entre las cuales el usuario elige por razones estrictamente fiscales*».

<sup>27</sup> En el Derecho procesal, tenemos la «doctrina de la sustanciación», que ha sido avalada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo. En el Derecho penal tenemos el predominio de la doctrina finalista en la teoría del delito sobre la escuela neoclásica o neokantiana, así como la configuración de determinados delitos (la amenaza o la injuria) como intrínsecamente *circunstanciales*, con independencia de la literalidad de los elementos del tipo.

<sup>28</sup> Si la condición suspensiva consiste en el pago del precio, tampoco cabría hablar técnicamente de «condición» por lo antes expuesto, ya que no estaríamos ante un supuesto previsto en el artículo 1113 del Código civil.

<sup>29</sup> Según el Tribunal Supremo, esta tributación por AJD solo se da cuando la transacción esté sujeta a IVA —entendemos que por la incompatibilidad de AJD y TPO—.

<sup>30</sup> STS 693/2019, de 18 de diciembre (Sala Primera, de lo Civil): «*No obstante, como hemos declarado en múltiples resoluciones, los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son*».

<sup>31</sup> SAP Valencia de 30 de noviembre de 2016: «*[...] tampoco se puede entender que por el cesionario se produce un enriquecimiento injusto por la diferencia del importe nominal de los créditos y el precio abonado, en la medida que, al ser objeto de la transmisión de créditos de dudoso o difícil cobro, se compensarán los créditos que se puedan realizar, con aquellos que resulten fallidos*».

<sup>32</sup> Artículo 38-2.º de la Ley Hipotecaria de 1909: «*no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de terceros que haya inscrito su derecho...por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago*». Artículo 37-1.º de la Ley Hipotecaria de 1909: «*las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro pueden darse contra terceros*».

<sup>33</sup> GONZÁLEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*. Madrid 1948. Citado en ROVIRA JAÉN, F.J. (1993): El pacto de la *lex commissoria* ... (*op. cit.*, 364).

<sup>34</sup> En esta línea tenemos a VALLET DE GOYTISOLO o a DE BUEN. Por su parte, la escuela italiana se inclina mayoritariamente por considerar el arrendamiento como derecho real. Cfr. GIORGIANNI, M. (1967): Los derechos reales (*op. cit.*, 721-722): Este autor desarrolla cómo es artificiosa la idea de que el derecho del arrendatario depende de un deber positivo del arrendador de hacerle gozar del bien momento a momento.

<sup>35</sup> Esta justificación en la evitación del desvalijamiento es coherente con la prohibición original del pacto de *lex commissoria* en Derecho romano, atribuido al emperador cristiano Constantino para reprimir las prácticas usurarias. Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., et al (2009). *Situaciones de cotitularidad* (*op. cit.*, 201).

<sup>36</sup> JORDANO FRAGA, F. (1992): La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria (Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil). *Anuario de Derecho Civil*, 221-224.

<sup>37</sup> DIEZ PICAZO, L. (1967): El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 462, 1285.

<sup>38</sup> Con perdón por la autocita, quien escribe estas líneas ha tratado la diferencia entre facultad y derecho en GARCÍA GARCÍA, A. (2014): Aspectos prácticos del



scrip dividend español. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 14. La Ley. Wolters Kluwer.

<sup>39</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. (*op. cit.*). *Situaciones de Cotitularidad* (358-361).

<sup>40</sup> Curiosamente, preceptos que no diferían en lo sustancial de este fueron anulados por el TC en el pasado. La STC 156/1993, de 6 de mayo, declaró inconstitucional el párrafo primero del artículo 2.º del Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, que establecía: «*Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil*».

<sup>41</sup> Cfr. GINEBRA MOLINS, M.E. (2012): *Comentari al Llibre Primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions Preliminars. Prescripció y Caducitat*. Barcelona. Atelier. (74 y 82) y FLÓREZ MIRANDA, M.C. (2020): La prescripción extintiva en el Derecho Civil de Cataluña. Especial mención a los plazos de prescripción. Diferencias con el Código civil español. *Diario La Ley*, 16 de julio de 2020. Wolters Kluwer, 2-4.

<sup>42</sup> Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985): *El negocio jurídico*. Madrid. Civitas (21 y sigs.). La relación que existe entre negocio jurídico y contrato es de género a especie. Existen negocios jurídicos que no son contratos (como el testamento), pues se perfeccionan con una sola declaración de voluntad, mientras que en el contrato se necesitan dos o más. Los negocios jurídicos pueden ser *mortis causa*, mientras que los contratos necesariamente son inter vivos. Del mismo modo, cfr. STS de 17 de octubre de 2007, que dispone que no puede aplicarse el artículo 1124 del Código civil a los pactos matrimoniales, ya que los mismos no contienen obligaciones recíprocas en el sentido de que cada una de ellas no depende de la otra. En idéntica línea, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2004): La sucesión contractual, en *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5 (Derecho de Sucesiones).

<sup>43</sup> Este tipo de fondos prestan dinero a tipos de interés bastante más altos que los estándares de mercado a prestatarios que por razón de su solvencia o calidad crediticia no tienen acceso a financiación convencional.

<sup>44</sup> GARCÍA GARCÍA, A. (2019): Hipoteca en mano común, retracto de coacreedores y conflicto de leyes: un caso práctico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774.

<sup>45</sup> ESQUIROL JIMÉNEZ, V. (2019): La condición resolutoria catalana en la DGDEJ, DGRN y TC. *Notar-ius*. [En línea], disponible en <http://www.notar-ius.com/2019/12/la-condicion-resolutoria-catalana-en-la.html>

<sup>46</sup> CABANAS TREJO, R. (2014): Cataluña, recurso gubernativo y discrecionalidad del registrador. *El Notario del siglo XXI*. [En línea], disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-55/3743-cataluna-recurso-gubernativo-y-discrecionalidad-del-registrador>: «*Alguien quizá piense que la sentencia del Tribunal Constitucional 4/2014, de 16 de enero, ha resuelto el problema, pero no lo creo así. El artículo 1 de la Ley catalana 5/2009, de 28 de abril, sigue diciendo lo mismo que antes del recurso (en realidad, lo mismo que la anterior Ley 4/2005), pues el recurso de inconstitucionalidad contra dicho precepto fue inadmitido [...]. Lo único que dice el TC en relación con este precepto es que se ha de interpretar restrictivamente; en concreto afirma la sentencia: «en coherencia con el alcance que hemos atribuido al título competencial del artículo 147.2 EAC, y más concretamente, en atención a lo que dispone el artículo 3.4 una vez que ha quedado depurado del exceso competencial en el que ha incurrido, la dición literal del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009 en ningún caso puede dar lugar a entender que la competencia autonómica se extiende a la resolución de recursos gubernativos fundados en Derecho civil común o en otros Derechos civiles forales o especiales. Tal es, en definitiva, la única interpretación adecuada a la legalidad constitucional que cabe efectuar del artículo 1 en conexión con el artículo 3.4».* Pero esta declaración ha de ponerse en relación con la pretensión del artículo 3.4 de la Ley, este sí declarado inconstitucional, de avocar para la DGDEJ la competencia sobre otros recursos conexos, aunque no alegaran la infracción de una norma del Derecho catalán. Por eso, según la interpretación del TC tampoco queda tan claro, cuando el recurso se funde «además» en el Derecho civil



*común, que la DGDEJ pierda la competencia, siempre que la fundamentación del recurso descansa principalmente en el Derecho catalán. La convivencia entre ambos sistemas, y la misma unidad de la legislación hipotecaria, hace imposible en la práctica que en un recurso no se acabe colando la cita de alguna norma estatal, o de una Resolución de la DGRN».*

<sup>47</sup> Código civil catalán y mercado español. *Derecho de los Negocios*, núm. 190-191. La Ley. Editorial. Julio de 2006.

<sup>48</sup> Esto sin perjuicio, como hemos dicho, de que en el futuro pueda volver a generalizarse su uso entre la población, ante las dificultades de acceso a la financiación bancaria. En tales casos, procederá realizar un análisis de abusividad siempre que las partes de la relación sean un empresario (v.g. una entidad inmobiliaria) y un consumidor (no así en compraventas de inmuebles entre personas físicas cuando ninguna de ellas actúe en el marco de su actividad mercantil, pues en esos casos no será aplicable la normativa de consumo).

<sup>49</sup> El artículo 325 CCom no incluye los bienes inmuebles dentro de las compraventas mercantiles. Pese a reticencias iniciales, la jurisprudencia ha admitido la naturaleza mercantil de las compraventas por razón de los sujetos implicados, cuando la compraventa se enmarca dentro de actividades eminentemente lucrativas (como sucede en nuestro caso). En este sentido, resulta especialmente interesante la lectura de la Sentencia 27/2007, de 10 de septiembre, del TSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). A mayor abundamiento, el artículo 511-1 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil sigue el criterio de *mercantilidad* de la compraventa, siempre que estén sujetos al Código el comprador o el vendedor (sin distinguir entre los bienes objeto de la compraventa).

<sup>50</sup> FLÓREZ MIRANDA, M.C. (*op. cit.*, 7).

<sup>51</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1991): *Comentario al artículo 13 del Código civil*. En *Comentario del Código civil*. Volumen I, Madrid. Ministerio de Justicia (150-151).

*Trabajo recibido el 27-10-2020 y aceptado  
para su publicación el 15-1-2021*