

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVII

Enero 1951

Núm. 272

Sobre la condición y sus aledaños (1)

VI.—LA CONDICIÓN EN LOS CONTRATOS Y EN LOS ACTOS MORTIS
CAUSA.—CONDICIONES IMPOSIBLES, POTESTATIVAS Y MIXTAS

Parece ser que la teoría de la condición debiera ser única, pero ya Federico de Castro, como antes apuntamos, distingue y separa la condición en el contrato de la condición en el testamento, aunque todavía no le llegó el momento de decirnos el porqué de tal distinción, basada quizá y únicamente en el derecho constituido.

Si observamos los preceptos de nuestro C. C. veremos que la muerte no influye para nada en las obligaciones condicionales y que éstas son transmisibles al amparo del artículo 1.112, y que en cambio, en las herencias «el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, no transmite derecho alguno a sus herederos». (Art. 759 y jurisprudencia reiterada del T. S.). Las condiciones imposibles, las contrarias a las Leyes y a las buenas costumbres, nos dice el artículo 792, que se tienen por no puestas y no perjudican al heredero; mientras que en el artículo 1.116 esas mismas condiciones anularán la obligación que de ellas dependa. La condición puramente potestativa (art. 795) impuesta al heredero debe ser cumplida después de la muerte del testador, a menos que sea de las que no se pueden reiterar; en cambio, en el artículo 1.115

(1) Véase el número anterior.

se nos dice «cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula». La condición potestativa negativa en las obligaciones anula la obligación, ya que el artículo 1.116 no distingue, y sólo la condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta; por el contrario, con arreglo al artículo 800, el heredero tendrá que prestar caución suficiente de que no hará o no dará lo que fué prohibido por el testador y que en caso de contravención, devolverá lo percibido con sus frutos e intereses.

He aquí las principales diferencias que en materia de condición señala el C. c. entre contratos y testamentos. Apuntan otros al hecho de que entre el momento de testar e imponer la condición y el de heredar, suele mediar un lapso de tiempo, dentro del cual el evento previsto por el testador pudo acaecer, lo que no puede ocurrir en las obligaciones contractuales. Además, el negocio jurídico condicional vincula y es irrevocable desde el instante mismo de su perfección; en cambio, el testamento es esencialmente revocable, y no obsta para ello que en dicho intervalo de tiempo se haya cumplido la condición impuesta. Existe también la antinomia jurídica de los artículos 759 y 799, muy estudiada por la doctrina (15), y en cuyo examen no queremos adentrarnos.

En realidad las diferencias fundamentales con respecto a la condición en materia sucesoria y en la contractual, desde el punto de vista de nuestro Derecho vigente, se reducen a tres:

1.º En Derecho sucesorio son intransmisibles los derechos condicionales por muerte del heredero sujeto a condición antes de su cumplimiento. En Derecho obligacional son siempre transmisibles.

2.º Las condiciones imposibles, las contrarias a la Ley y a las buenas costumbres, en los testamentos se tienen por no puestas y en los contratos anulan la obligación.

3.º Las puramente potestativas, que impuestas por el testador, deben cumplirse, mientras que anulan en los contratos la obligación, que depende de la exclusiva voluntad del deudor.

De toda la legislación intermedia, es sólo en nuestro Código de las Siete Partidas donde se estudia con más detenimiento la condi-

(15) Véanse los documentados estudios de Marcelino Isabal y de Gaxos Arias en *Revista de Derecho Privado*, tomo XIII, pág. 180 y siguientes, 231 y sgs.

ción, tanto en la Partida cuarta, título IV, que la relaciona con las «desposajas y matrimonios», como en la Partida sexta, título IV, al hablar de «las condiciones que ponen los homes a las vegadas en sus testamentos», aparte algunas otras disposiciones de la Partida quinta, referentes a las ventas; pero es precisamente en las Partidas cuarta y sexta donde más por extenso se las estudia y reglamenta. Campea en tales títulos la donosura del lenguaje, la sutil distinción, el ejemplo que aclara y a la vez la imprecisión del concepto con su doble definición, tan conocida, en la que apenas se salva otra cosa que el casticismo del idioma, tan musical y tan clásico.

Ya allí se nos habla de las condiciones imposibles, y sutilmente distingue las imposibles por natura o por derecho que no emborran el establecimiento del heredero, valiendo éste «como si non fuese y puesta». En cambio, las imposibles de fecho, así como las «dubdosas e non ciertas» anulan la institución, prevaleciendo en aquéllas la opinión de los Sabinianos en la conocida y famosa discusión, sin que haya razón sólida para esta diferencia de trato en los testamentos con respecto a la regla adoptada en los contratos. A continuación trata de las condiciones potestativas, a las que llama posibles, las cuales deben ser cumplidas, y si fuesen negativas «ha menester que de atal recabdo que sean seguros que non fagan aquello que le defendió el testador».

Como se ve, nuestro C. c. ha venido a copiar en sus líneas generales el Derecho de las Partidas, y éste a su vez fué inspirado en el Derecho romano, que adopta idénticas soluciones; pero han pasado muchos años de entonces acá; la doctrina ha ido perfilando conceptos, la importancia del haeres romano ha desaparecido y tócanos examinar, a la luz del Derecho moderno, si son o no justificadas estas distinciones.

Por lo pronto, observamos que hoy no debiera hablarse de condiciones imposibles, ya que este adjetivo, aplicado a la idea de condición, implica una *contradictio in adjecto*; el elemento típico de la condición es la incertidumbre de su cumplimiento, y en las imposibles sólo hay certeza de que no se podrán cumplir; no hay, pues, condiciones imposibles, y en todo caso sólo una expresión condicional gramatical, que no es lo mismo. Ante esta expresión condicional hay legislaciones, como la alemana, que adoptan un criterio único: el de anular el negocio jurídico, sin distinción, solución quiza

la más acertada; pero de igual forma se podría adoptar la solución contraria; en tanto que en las legislaciones de inspiración romanista, la italiana (arts. 634 y 1.354 de su C. c.), la francesa (artículos 900 y 1.172 de su C. c.) y nuestro mismo Código, adoptan un criterio diferencial; en las sucesiones, considerándolas como no puestas por respeto a la institución de heredero y en las obligaciones, anulando la obligación que de ellas dependa. Las contrarias a la Ley y a las buenas costumbres son las imposibles de derecho de las Partidas, y se regulan de igual manera que las imposibles por natura.

En cuanto a las condiciones potestativas, quizá con osadía imperdonable, nos atrevemos a afirmar en contra de la doctrina generalmente admitida que no son tales condiciones, ni el ordenamiento jurídico debiera admitirlas (16). El elemento típico, al menos, no existe en esta clase de condiciones, porque el obligado tiene siempre la certeza de su cumplimiento o incumplimiento. ¿Por qué, pues, nuestro C. c. las admite en las sucesiones y las rechaza en el orden contractual? ¿Y por qué aun en este orden llega a admitirlas como en el caso de la venta a calidad de ensayo o de prueba que regula el artículo 1.453, donde se nos dice taxativamente que se presumirá hecha bajo condición suspensiva? ¿No existe una contradicción entre este artículo y el 1.115 del C. c.? ¿Cómo hablar de condición suspensiva en este llamado *negotium claudicans*, en que no hubo todavía consentimiento por desconocimiento e imprecisión del objeto? ¿Y cómo pudo surgir este contrato sin la concurrencia de voluntades, ya que una, al menos, está diferida a un momento posterior? ¿No equivaldría ello a decir que una donación no aceptada es una donación sujeta a la condición suspensiva de su aceptación? Mas en este caso no aparece por ningún lado la condición suspensiva; en todo caso, habría una exigencia legal, una *conditio juris*, lo cual es bien distinto. Con un criterio análogo al del artículo 1.453, ¿sería posible la constitución de un derecho real? Un contrato en tales términos concebido sólo tendría, a nuestro juicio, transcendencia de declaración preparatoria, pero nada más.

Como potestativas se han considerado las condiciones que dependen de la voluntad de *cualquiera de los contratantes* (art. 1.170

(16) Nos referimos sobre todo al dominio y derechos reales más que al negocio obligacional.

del C. c. francés y 1.355 del italiano). Girard (17) llama potestativa a la condición que depende exclusivamente de un hecho del acreedor o del deudor. Es inexplicable, dice una nota del traductor de las Pandectas, cómo Gianturco ha limitado la cualidad de potestativa a aquella condición cuyo cumplimiento depende de la voluntad del que tiene el derecho condicionado, definiéndola «Per quella dipendente della mera volonta dell obbligato». Pfaff y Hoffman encuentran racional que se llame potestativa aquella en la que es decisiva la voluntad de cualquiera de las partes. Nuestro C. c., siguiendo a Gianturco, limita la nulidad de la obligación contraída a que dependa de la *exclusiva voluntad del obligado*, como si sólo en este caso fuese potestativa.

Suelen los comentaristas patrios distinguir en esta clase de condiciones las puramente potestativas cuyo cumplimiento depende de la pura voluntad o de hechos que no cuestan sacrificio alguno y que se reducen a un mero signo de declaración de voluntad; si volans, si volueris, de aquellas otras consistentes in facto a voluntate pendiente.

Las primeras, en la doctrina alemana, se conocen como condiciones de querer, de que es ejemplo típico la llamada compra a prueba; en la doctrina francesa se califican de rigurosamente potestativas; pero es evidente la inexistencia de tales condiciones; si consisten en una declaración de voluntad, porque esta declaración en las herencias se confundiría con la aceptación, que es un requisito legal, una *conditio juris*, y en los contratos faltaría la concurrencia de voluntades que precisa el artículo 1.262; condición rechazada por el Derecho romano (18) con mayor lógica que la doctrina alemana al decir ésta que «la declaración de voluntad no se dirige a la vinculación en su contenido, sino a la consecuencia jurídica calificada de querida» (19).

La condición consistente en hechos que no cuestan sacrificio alguno y que se reducen a un mero signo de declaración de voluntad, están en el mismo caso que los anteriores o les falta otra circuns-

(17) *Manual de Derecho Romano*, pág. 458.

(18) Sub hac conditione «si volam» nulla fit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare nisi vellis cogi non possis, nam nec haeres promisoris ejus qui nunquam dare voluerit, tenetur, quia haec conditio in ipsum promissorem nunquam extitit D. 44. Tit. 7 de Obligationibus 8. Pomponium.

(19) Eunecerus. T. 1-2.º pág. 319. Nota 18.

tancia común a toda condición, que es la del interés. Así, la condición impuesta en testamento o en las obligaciones de que el heredero o el comprador encienda un cigarrillo, no sería condición por falta de interés.

Aquellas otras condiciones más serias, que consisten en hechos a voluntate pendiente, que imponen cierto sacrificio, las admiten la mayoría de los autores, y desde luego en materia sucesoria deben cumplirse, y aun cumplidas antes de morir el testador, deben reiterarse, si ello es posible; pero en cambio anulan la obligación que de ellas depende. No es este el criterio de Pérez y Alguer, que al comentar el artículo 1.115, y fundándose quizá en la palabra «exclusiva» que emplea nuestro Código y que más bien tiende a excluir la voluntad del acreedor limitando la condición potestativa a la que depende del deudor, limita su virtualidad a las condiciones de querer, que suponen una *contradictio in adjecto*; pero entonces preguntamos nosotros: ¿Para qué dos artículos que fundamentalmente dirían lo mismo? Es evidente que en materia sucesoria se recogen preceptos que son la excepción a lo regulado en materia obligacional, ya que en lo no prevenido en la sección IV del libro III, título III, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales (art. 791). Si, pues, las condiciones potestativas consistentes in facto a voluntate pendiente, que se aproximan a las mixtas, deben cumplirse en las herencias, ya que sólo a éstas puede hacer referencia el artículo 795, y esto constituye la excepción, es indudable que la regla general establecida en el artículo 1.115 tiene que decir lo contrario, porque en otro caso uno de los dos preceptos sobraría. Una decisión del Tribunal Supremo de Génova, citada por Bonfante, dice que en los contratos, especialmente en los sinalagmáticos, no es lícito presumir que una parte esté obligada a someterse (*sottostare*) al capricho de la otra. ¿En qué punto, sin embargo, se separa la condición del modo? ¿Sólo, como dice el artículo 797, estriba en la intención o en la voluntad del testador? Creemos de mínima consistencia esta razón, y optaríamos más bien por el criterio jurisprudencial de que toda obligación o carga impuesta al heredero, aunque se haga en forma o con locuciones condicionales, sería modo y no condición. Así, la sentencia de 15 de enero de 1909 declaró que no es condicional, sino puro, el legado hecho con condición potestativa de no reclamar ciertos frutos al heredero, ya que

sólo liga al legatario a aceptarlo o no, y a cumplir en el primer caso la obligación impuesta, y como ésta ha de producir efecto inmediato, se hace puro el legado, si bien en caso de incumplimiento habría lugar a la «rescisión». Aunque con cierta confusión terminológica, el T. S. ha calificado de modo lo que se había expresado en forma condicional.

Pero aceptada esta doctrina ¿qué nos quedaría de las condiciones potestativas en materia sucesoria, ya que siempre se traducirían en obligaciones de dar o hacer, carga u obligación? El artículo 800 nos habla de esta misma condición en su aspecto negativo, como equivalente a no dar o no hacer, en cuyo caso basta con afianzar (caución Muciana).

Las condiciones, sean positivas o negativas, vinculan la situación definitiva al cumplimiento o incumplimiento del evento puesto como tal, y así como parece lógica la caución Muciana, tratándose de bienes muebles que fácilmente se podrían sustraer a la garantía de la condición, no vemos, en cambio, la razón de ser de este precepto en cuanto a los bienes inmuebles, que afectados por la condición inscrita tendrían en ella la máxima garantía para su devolución en caso de incumplimiento. El C. c., sin embargo, no distingue, lo que indica que a estas condiciones no se las regula como a tales, lo cual es una razón más para rechazar las llamadas potestativas. Hay, pues, que convenir en que esta clase de condiciones no pueden, o al menos no deben, producir los resultados típicos de la condición propia, y a lo sumo habría que relegarlos al campo de las condiciones impuras, como acertadamente dijo la Resolución de 8 de enero de 1921 respecto a aquellas otras que se refieren a elementos esenciales del contrato, «pues el consentimiento regido por la voluntad es también el principal elemento del mismo».

Cierto que la voluntad interna del declarante puede ser atendida en los testamentos con mayor intensidad que en los negocios de tráfico; pero su admisión por la legislación imperante no tiene, a nuestro juicio, otra base que el fetichismo acatamiento a la voluntad del testador, acatamiento por otra parte fácil de cumplir sin elevar a la categoría de condición lo que es modo, cuando se trate de dar o hacer en favor de terceros, y simple obligación impuesta por el testador cuando se trate de hacer una cosa que redunde en provecho propio del heredero que podría garantizarse con la caución Mucia-

na, o con acciones suspensivas o resolutorias que obrasen ex judice. El C. c. francés silencia esta excepción en los testamentos que por tanto han de regirse por la doctrina general contenida en su artículo 1.170.

Las condiciones llamadas mixtas que en parte dependen de la voluntad y en parte del azar, o como con mayor elegancia dicen las Partidas «condiciones que en parte cuelgan del poder de los homes o en parte están en aventura que dicen mezcladas», tanto la doctrina como nuestro C. c. las admite como tales y deben ser cumplidas siempre, en los contratos y en las sucesiones sin siquiera recoger en éstas, la distinción que el Rey Sabio formulara entre descendientes y extraños, recogidas sólo en parte por el artículo 813, al prohibir las condiciones sobre la legítima. Mas en esta distinción aparentemente clara entre potestativas y mixtas, existen turbios confines, límites borrosos que en todo caso habrían de ser resueltos por decisión judicial. Así, impuesta al heredero la condición de profesar algún arte u oficio, el T. S., en sentencia de 20 de marzo de 1896, la consideró potestativa y cumplida por el hecho de haberse hecho practicante; pero, ¿sería igualmente potestativa la condición de que el heredero se hiciese ingeniero de Caminos o Notario de Madrid por oposición? Problemas de interpretación, dudas, límites borrosos, nos llevan a la conclusión de que tales condiciones son incompatibles con la claridad registral que debe rodear a toda inscripción de dominio e impedir por tanto el automatismo con que la verdadera condición se desenvuelve en el Registro.

Si las condiciones imposibles pueden tener una solución común, en contratos y sucesiones como en Alemania, si deben rechazarse las condiciones potestativas, y si el problema de la transmisibilidad de los derechos condicionados no debiera serlo, puesto que con lógica mayor que la adoptada por nuestro Código debiera admitirse también en las sucesiones, como propugnan Pérez y Alguer, ¿qué razón existiría para una teoría diferenciada de la condición que no sea la arbitraria del legislador, basada quizá y únicamente en razones históricas? Creemos sinceramente que no hay razón seria que abone tal distinción, al menos doctrinalmente.

VII.—CONDICIONES SUSPENSIVAS Y RESOLUTORIAS

La doctrina imperante se fija en esta clasificación como la más importante de las condiciones; sin embargo, no todos están de acuerdo con ella, pues hay quien dice que la condición resolutoria es un negocio puro y quien sólo admite la clasificación de las condiciones desde el punto de vista de la situación provisional en suspensivas y no suspensivas, como también es frecuente la afirmación de que la condición es única, y, según el punto de vista desde que se la considere, será suspensiva o resolutoria.

Creemos, sin embargo, que la condición, objetivamente considerada, ni es suspensiva ni resolutoria, pero que inserta en un contrato y ligada la situación definitiva a su cumplimiento o incumplimiento, opera siempre de idéntica forma, llamándose suspensiva o resolutoria por el efecto principal que produce, con referencia a la situación provisional que provocó la voluntad de los contrayentes.

En íntima relación con esta clasificación está la de positivas y negativas, que sólo se estudia por la doctrina con referencia al evento mismo y que unos hacen consistir sólo en la forma de expresión y otros en que la condición exija o no una alteración de la realidad presente.

Pero antes de exponer nuestro criterio, quizá erróneo, quizá extravagante, quisiéramos analizar el artículo de Pelayo Hore, sobre la condición resolutoria, publicado en la *Revista de Derecho Privado* en el mes de junio de 1948, y cuya primera lectura nos hizo exclamar ¡tiene razón!; que es virtud del ingenio presentar las cosas intrincadas como sencillas, y hasta vestir el error con la máscara de la verdad, en forma que se confundan. Sólo un examen detenido de la cuestión, una disección más fría de sus afirmaciones y una repetida lectura de tan ingenioso cuan agradable trabajo, nos llevaron a soluciones contrarias de las obtenidas por el señor Hore, con todos los respetos.

Con su peculiar gracejo y forma de razonar, clasifica las condiciones desde el punto de vista de llamada situación provisional o *conditio pendet*:

1.º Condiciones suspensivas.

2.º Condiciones no suspensivas.

Desde el punto de vista de la *conditio existit* o déficit :

1.º Condición confirmativa.

2.º Condición resolutoria.

Combinadas ambas situaciones, nos dan :

1.º Condición suspensiva confirmativa.

2.º Condición suspensiva resolutoria.

3.º Condición no suspensiva confirmativa.

4.º Condición no suspensiva resolutoria.

Clasificación que acepta como simple recurso dialéctico para concluir sólo admitiendo la clasificación de las condiciones con referencia a la situación provisional en suspensivas y no suspensivas, precisamente desde un punto de vista en que la condición nada tiene que hacer.

Más lógico hubiera sido aceptar la clasificación desde el punto de vista de la situación final.

Tiende el señor Pelayo Hore a sacar ejemplos de la vida real buscando la interpretación sencilla de las gentes, para en contraste con la obligada y retorcida de los juristas, llevarnos como de la mano e insensiblemente a sus consecuencias.

El primer ejemplo que nos ofrece es el de una madre a su hijo, a quien dice : «si eres bueno, esta tarde te daré un real». Por lo pronto, se ve aquí que la llamada condición, el evento, consiste en un hacer, en una conducta ética dependiente de la voluntad y, por tanto, mala condición. El avisado niño, con ciencia jurídica infusa, traduce la proposición de la madre en otras dos que formula en interrogante : «¿Me das un real a reserva de que sea bueno?» (Condición resolutoria.) «¿No me darás el real hasta saber si he sido bueno toda la tarde?» (Condición suspensiva.) Adopta la madre por la siguiente : «Te doy el real a condición de que seas bueno toda la tarde.» El padre jurista interviene e interpreta la proposición como una condición resolutoria. El niño fué bueno toda la tarde y al cabo de ella dice el padre : «Se ha cumplido la condición resolutoria y por tanto el niño tiene que devolver el real.» Nos figuramos la cara del niño y de la madre. Mas esto así tan claro y sencillo, no es, no puede ser cierto, porque el derecho no es tan ilógico como abona la

consecuencia. Si paramos mientes en la proposición materna, veremos que, efectivamente, se emplea la palabra condición, pero esto no siempre significa una disposición condicional. Los Notarios la emplean muchas veces sin ese significado, y hasta el C. c. no siempre la emplea en sentido técnico, y no hemos de pedirle un mayor conocimiento y un más acertado uso de tal palabra a la buena madre de familia que quiere estimular a su hijo dándole un real a condición (¿por qué no traducir esta palabra por obligación?) de que sea bueno toda la tarde. Con sólo interpretarlo así se verá claro que se trata de una donación modal, no condicional, y que cumplida la obligación y aun de cumplirla, el niño hizo suyo el real, y que incumplida tendría la madre una acción que nuestro C. c. califica impropriamente de revocatoria. Entonces, y sólo entonces, el Derecho y la intención materna estarán de acuerdo. Nos falló, pues, el padre, el único de los tres que sabía de Leyes y que en este caso no supo distinguir el modo de la condición, ignorando reiterada jurisprudencia del T. S.

Otro ejemplo: Un labriego vende a otro su cosecha pendiente con la siguiente *cláusula*: «La presente venta de la cosecha queda sometida a la condición de que llueva antes de fin de mes.» La interpretación clara, nos dice el señor Hore, es la de que si llueve la venga sigue adelante; mas si no llueve queda sin efecto. Quizá si un Letrado no hiciera pensar a los labriegos y éstos lo hicieran por su cuenta, emplearían fórmula más clara y sencilla; pero veamos cómo el ingenio del señor Pelayo hace discurrir a los Letrados, a quienes se somete a consulta la referida cláusula y a los propios y sencillos labriegos, que en definitiva resuelven.

Vuestro contrato, dicen aquéllos, en parte está bien, pero es incompleto, porque os habéis olvidado del régimen a seguir con vuestra cosecha mientras se cumple o incumple la condición impuesta. Para remediarlo ofrecen dos soluciones: La suspensiva y la resolutoria; pero los labriegos, percatados ya de lo que significan, no quieren ni la una ni la otra con todas sus consecuencias, sino que adoptan la resolutoria para el período provisional, por cuanto supone transferencia inmediata del dominio. En tal caso, los Letrados resuelven modificando la cláusula en el sentido siguiente: «La venta de la cosecha queda sometida a la condición resolutoria de que no llueva antes de fin de mes.» Pero esta forma disgusta a los sencillos

labriegos, que quisieran ligar su contrato en cuanto a la situación final, no a la condición negativa de que no llueva, sino a la positiva de que llueva y confirme la venta. Se ve en ello que los labriegos del cuento no son tan ingenuos o sencillos, y que los Letrados se empeñan en introducir en la cláusula la calificación jurídica de la condición; de igual forma pudieron decir: «La venta de la cosecha queda sujeta a la condición resolutoria, posible, negativa, casual, etcétera, etc.». Para dar gusto a unos y a otros, había que decir que el contrato quedaba sujeto a la condición resolutoria en el período provisional, y a la suspensiva o confirmativa en cuanto a la situación final, con toda la confusión que ello supone. Mas no cabe duda que existen fórmulas más sencillas y claras que plasmarían la intención de los contratantes, de manera más perfecta a la empleada por ellos y por sus Letrados.

Esta misma idea viene remachada en el ejemplo siguiente, sacada de un testamento *ológrafo* (ológrafo tenía que ser): «Instituyo heredero a mi hijo a condición de que se case.» Prescindamos de si tal evento es verdadera condición, ya que como tal la admite nuestro Derecho. Todos, dice el señor Pelayo, hemos entendido la idea del testador, que no es otra que la de si su hijo se casa sea heredero y, si no, no. Mas intervienen los Letrados y arguyen como en el ejemplo anterior: ¿Y qué hacer con los bienes hasta que la condición se cumpla? Es preciso aclarar si la herencia pasa inmediatamente al hijo o pasará a otros herederos. Sin embargo, no se les ocurrió preguntar quizá algo más interesante: ¿Qué sucederá si el hijo no se casa en el supuesto, que también debía concretarse, de un plazo previamente fijado?

Como en el caso anterior, se opta por la transmisión de la herencia en el período provisional, y el Abogado formula igualmente «instituyo heredero a mi hijo bajo la condición resolutoria de que no se case», ante lo cual el testador queda perplejo y confuso al observar que se ha convertido en negativa la condición formulada como positiva. La proposición, a fin de dar gusto al testador y de acuerdo con el criterio del señor Pelayo, había de formularse así: «Nombro heredero a mi hijo, que entrará en posesión de la herencia, y si se casa (hay que suponer el señalamiento de un plazo) seguirá definitivamente como tal heredero.» Pero precisamente en esta fórmula se ve con claridad la imperfección de la misma, por haberse

omitido el supuesto más interesante de la condición, que es el destino de los bienes en caso de incumplimiento. Dudamos, pues, que haya Notario que expresara de estas maneras la intención del testador. El pensamiento de éste se reflejará fielmente con sólo expresar su voluntad, transmisiva o no, en período provisional, donde la condición no juega y ligando la situación definitiva al cumplimiento o incumplimiento de una condición.

No vemos razón alguna, contra la opinión general, de que una de las dos posibles situaciones finales y contrapuestas haya de quedar ligada siempre al cumplimiento y nunca al incumplimiento de una condición positiva, razón por la cual los Letrados del señor Pelayo alteraban siempre el signo de la condición; pero teniendo en cuenta que las ideas de cumplimiento o incumplimiento son también positivas y negativas, tanto da cumplimiento de condición negativa —como incumplimiento de condición positiva—; lo mismo se puede vincular una situación definitiva resolutoria a la falta de pago (incumplimiento de la condición positiva de pago) que al no pago (cumplimiento de condición negativa).

Prescindimos del ejemplo sobre la famosa condición suspensiva del Banco Hipotecario, ya analizada en otro lugar, y aun de aquel otro en que «un labriego vende su vaca con la condición (confirmativa) de que le paguen su precio», porque si esto es condición hay que convenir en que no nos ponemos de acuerdo sobre el significado de esta palabra, o todos los contratos de venta serían condicionales. Las piedras del ferial captarían la intención del labriego y quizá nosotros también, pero no es lícito hacer juegos malabares con esta palabra, ni prescindir del período provisional para sacar conclusiones, ya que entonces se derrumban las ideas de suspensión y resolución, pero también se derrumba la condición misma.

Si, pues, las premisas de que se parte no son ciertas, las conclusiones a que se llega o que de ellas se extraen, forzosamente han de ser falsas, y así no puede ser admisible una división de las condiciones atendiendo solamente al período provisional o de pendencia, en que la condición misma no interviene para nada, ni juega ningún papel (20).

(20) Después de escrito el presente trabajo y aún de remitido a la Revista, llega a nuestras manos la notable conferencia de G. Palomino, sobre «Enajenación de bienes sobre Pseudo-usufructuados» y leemos en la

En todo contrato condicional transmisor de dominio, se produce un ciclo que va de la situación inicial a una final distinta, pasando por el momento en que la condición actúa. Y así se distinguen: Un período provisional; un momento o período de la condición y una situación definitiva.

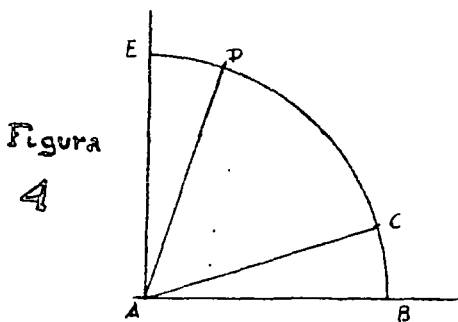
La misma representación gráfica que nos sirvió para explicar el mecanismo de los términos suspensivos y resolutorios, nos puede servir para explicar el proceso condicional. Es falsa la idea de que en la obligación condicional llamada suspensiva no surgen acciones ni obligaciones como dicen algunos autores, entre ellos Antonio Gómez, mientras está pendiente la condición; como es falso también decir que en la resolutoria surge el negocio puro, según la definición romana *negotium purum quod sub conditione resolvitur*, o la de Windscheid, de *pura conventio quae sub conditione resolvitur*, y que el mismo Carnelutti calificó de *contraditio in adjecto*. En una y otra obligación condicional, desde el instante mismo de su perfección surgen acciones y derechos derivados del vínculo contractual, independientemente del juego de la condición, puesto que son anteriores a la misma; transmisibilidad de derechos, garantías, acciones de constatación, no repetición, etc., etc., en un caso; posesión, usufructo, transmisibilidad de derechos, etc., etc., en otro. En una y otra clase de obligación condicional en la situación de pendencia, nace una cotitularidad que recíprocamente se completa. Ningún ti-

página 73 la nota áspera con que enjuicia este mismo artículo de su compañero señor Pelayo, y aunque en este punto y en lo fundamental hemos coincidido, no nos complace lo demás. Si nosotros fuésemos Alguien y tuviésemos autoridad e inteligencia suficientes para emitir uno de esos juicios críticos a vuela pluma, diríamos que la dicha conferencia es un magnífico trabajo digno de loa y de estudio, aunque no sea oro todo lo que en ella se dice, ni el son con que lo dice sea el del regio metal. Responde cumplidamente a la primera parte del hermoso consejo de E. López Palop, que en su frontis reza, más no tanto a la segunda. *Intelligenti parca*.

En la referida nota, inserta el señor Palomino un cuadro sinóptico en el que contrapone el no ser (suspensivo) y el ser (resolutorio) en el período de pendencia y el nacer (suspensivo) y morir (resolutorio) una vez cumplida la condición; a nuestro modesto entender ello no es completamente cierto, ya que perfeccionado el negocio jurídico condicional, algo se creó si fué suspensivo y no todo se creó si fué resolutorio, siendo ese algo más que una simple expectativa. Contraponer la idea del concebido y no nacido posible sujeto del derecho en el primer período a la del nacido sujeto perfecto de derecho, así como los del nacer y del morir en el segundo no lo compartimos, aún a riesgo de incurrir en el enojo del señor Palomino, a quien por otra parte leemos siempre con fruición y admiramos por su estilo, su cultura y su agudo bucear en los problemas jurídicos que plantea.

tular con independencia de otro tiene completa la representación pura del dominio, y de aquí que no pueda transmitirlo de una manera total (21).

Si acudimos a la representación matemática nos explicaremos más fácilmente el mecanismo interno de la obligación condicional. En ella hay siempre una transmisión inmediata de poderes que se desplazan de la horizontal representativa del dominio hacia la vertical, de igual manera que ya explicamos con referencia al término,



y hay también un desplazamiento de valores. Cada cotitularidad estará integrada por una porción de la suma de poderes que integran el dominio, y otra porción de la suma de valores. La primera determina, como en el término, una constante, y sobre ella actúa el cumplimiento de la condición, no por la propia naturaleza del evento condicional, sino por la fuerza expansiva que la voluntad creadora le imprime; en la llamada suspensiva, arrastrando la porción mayor de poderes al nuevo titular, y en la resolutoria arrastrando también la porción mayor de poderes al que antes los había transmitido. Antes de que la condición se cumpla, sólo la voluntad de las partes o la unilateral del testador intervienen para la transmisión desigual de tales poderes; por ello, no se puede decir que la condición en este primer período suspenda ni resuelva, ni tampoco, por tanto, que suspenda o no suspenda. En uno y otro caso, se creará una función angular representativa en que el seno y el

(21) Betti, en su «Teoría general del Negocio jurídico» no admite la cotitularidad y así habla de expectativa y de derecho futuro, aunque con referencia al negocio jurídico en general.

coseno formarán una constante K de idéntica manera a la ya explicada.

La diferencia entre término y condición desde el punto de vista de los poderes transmitidos, estriba únicamente en que así como en el término hay siempre una dirección única que va de $A B$ a $A E$ o de $A D$ a $A B$, en la obligación condicional hay otra posibilidad que no se debe a la condición misma, pues la situación definitiva se ligó al cumplimiento (supuesto que así sea), pero no al incumplimiento o viceversa. Esta posibilidad extra condicional es la que hace que AC retorne a AB o que AD pase a AE . Mas esto ocurrirá como un fenómeno de atracción de masas, en que la mayor suma de poderes absorberá a la menor, haciendo caer el vector de los mismos del lado horizontal o vertical inmediato más próximo. La condición opera transitivamente arrastrando la suma mayor de poderes a la situación definitiva, haciendo siempre un recorrido máximo; el incumplimiento de la condición obra intransitivamente y entonces no es ella la causa de la absorción; por ello, ni la doctrina ni el Derecho toman en gran consideración dos de las cuatro situaciones que pueden producirse, y sólo consideran las otras dos en que la condición verdaderamente actúa.

El vector de valores se desplazará en forma distinta a como ocurre en el término; allí dijimos que este vector se movía de forma sincronizada hacia la situación final única, y que en todo momento constituía una variable en función del tiempo: En la obligación condicional, aceptando el símil de Pelayo Hore, podemos acoger la idea de que se mueve en forma oscilante, como la aguja de la balanza, en espera de que la condición intervenga y decida. Hay aquí también una función variable, pero más compleja; en ella intervienen o pueden intervenir diversos factores. Uno de ellos será el tiempo, ya que la condición actúa en el futuro y este futuro puede o no concretarse como un elemento de la condición; pero además, intervienen otras incógnitas.

Así, si un testador lega una finca a Pedro, si Juan cumple vivo cincuenta años (condición), sin que hasta entonces la reciba (negocio jurídico suspensivo), de momento Pedro adquiere la menor cantidad de poderes, cuya suma mayor puede estar representada por la administración o por otro heredero; pero si Juan tiene cuarenta y nueve años y está sano, la Ley de probabilidades y el factor tiem-

po hará que el valor económico de lo adquirido por Pedro, más su poder jurídico, constituyan una titularidad de mayor importancia que la representada por el poder jurídico, más el valor económico que ostente el heredero. En otro caso; Pedro recibe la finca, pero si Juan muere antes de cumplir los cincuenta años, pasará a Antonio (negocio condicional resolutorio); si la edad de Juan al abrirse la sucesión es también de cuarenta y nueve años y su salud perfecta, Pedro tendrá un mayor poder jurídico, pero un pequeño valor económico, y por tanto su suma será menor que el menor poder jurídico, más el mayor valor económico, que representará la titularidad de Antonio. Claro es que si Juan tiene en el momento de la sucesión corta edad y además no fuere de constitución sana y robusta, su titularidad sería mínima en el primer caso y mayor en el segundo; pero siempre habrá que tener en cuenta durante el período de pendencia esta variable de valor, que aumentará o disminuirá, según los dos factores de tiempo y de salud.

Todos los tratadistas se han fijado hasta aquí en el desigual reparto de poderes, despreciando el reparto de valores durante el tiempo de pendencia, y así afirman muchos que hay negocio puro cuando se transmite la mayor suma de poderes (negocio resolutorio), aunque el valor sea insignificante, permitiendo incluso la hipoteca en este caso, y por el contrario se diga que no se ha creado ningún derecho digno de tenerse en cuenta, ni aun de inscribirse, cuando en el negocio suspensivo el adquirente tiene la suma menor de poderes, aunque su valor económico y transmisible y, por tanto, la titularidad que representa sea muy superior a la del otro cotitular.

No queremos representar esta variable compleja en fórmula matemática, tanto por depender de factores muy distintos, según sea el evento en que la condición consista, cuanto por nuestra deficiente preparación en la materia, que puede llevarnos a error. Las sociedades de seguros operan racionalmente basadas en estadísticas y datos matemáticos, pero a nosotros nos basta con las indicaciones hechas para no supervalorar la transmisión de poderes y despreciar la suma potencial de valores.

No estamos, por tanto, de acuerdo con definiciones como las de Savigny, que hace depender de la condición el *nacimiento* o la *extinción* de una relación jurídica, o la *producción* o *cesación* del efecto

jurídico derivado de un negocio, como definen otros, o la *existencia* o *subsistencia* de un derecho, como afirma Borrell. La condición no puede hacer nacer lo que ya ha nacido o dar existencia y producir a lo que está en pleno desarrollo; ni tampoco extinguir una relación jurídica que no fué totalmente creada, ni cesar o detener, ni mucho menos subsistir, porque estos verbos no indican con claridad los efectos de la condición.

Más que de condiciones suspensivas y resolutorias creemos se debiera hablar de obligaciones o negocios jurídicos condicionales de carácter suspensivo o translativo y destructivo o resolutorio, cuya calificación habrá de darse, teniendo en cuenta no sólo la situación final que se ha de producir por el evento positivo o negativo, cumplimiento o incumplimiento a que se liga, sino también la provisional creada por la voluntad unilateral del testador o bilateral de los contratantes. Es precisamente en una visión de conjunto y en una relación de menos a más o de más a menos, en cuanto a los poderes que se transmiten, donde se pueden observar las distintas consecuencias y los efectos más interesantes que la condición produce.

Es afirmación frecuente entre los tratadistas de Derecho la de que la condición resolutoria no es sino una convención contraria condicionada; es decir, «un pacto de resolución o revocación sometido a condición suspensiva» (22). De aquí a la conclusión de que sólo hay condiciones suspensivas, media un sólo paso, y así, afirma Borrell (23), «todas son suspensivas, pues las llamadas resolutorias son propiamente suspensivas de una causa de resolución unida a un acto puro». Pero esto no es sino un gran logogrifo que se basa en la idea falsa del negocio puro y en la concepción francesa de que la condición suspensiva para una parte, viene a ser resolutoria para otra, lo cual es falso.

También se suele llamar condición al evento mismo, pero éste independientemente de la función que pueda tener en un negocio jurídico introducido por la voluntad creadora de las partes, no tiene nada de tal; el mismo suceso pasará desapercibido sin que nadie lo pueda llamar condición en cuanto se le considere de una manera abstracta. Todos, además, coinciden en señalarle como características el que haya de desenvolverse en el futuro y la de ser incierto;

(22) Bonfante: «Institución de Derecho Romano», pág. 82.

(23) Borrell: Obra citada, pág. 57.

La revocación, pues, es un derecho potestativo de carácter negativo y unilateral, consecuencia del ordenamiento jurídico positivo que protege un interés con respetuoso sometimiento a la voluntad del revocante.

En la tecnología de nuestro C. c. la revocación de la propiedad padece de confusionismo y falta de precisión, ya que unas veces parece confundirse con el modo (artículo 647 y párrafo 1.º del artículo 1.333), otras con la rescisión (artículo 645), otras con la resolución y otras, finalmente, con la llamada inutilidad del fin (párrafo 2.º del artículo 1.333).

Por tratarse de una declaración de voluntad posterior al negocio jurídico válido, la revocación excluye todo supuesto de voluntad concordada, retracto, condición, pacto resolutorio y todo supuesto legal de resolución (conditio juris), facultad resolutoria tácita, todos los cuales se derivan de una voluntad primitiva que alcanza con ellos su desenvolvimiento máximo. Por el reconocimiento que la Ley hace de la autonomía de la voluntad para poder manifestarse en sentido contrario al inicial del negocio jurídico (desquerer); quedan fuera de su ámbito las acciones rescisorias, Pauliana, nacidas por consideraciones de equidad; y por tratarse de un negocio jurídico perfectamente válido, la revocación se desconecta de todo supuesto de invalidez, nulidad y anulabilidad.

En nuestro Derecho positivo, apenas si puede hablarse de revocación real, sino obligatoria, ya que son limitadísimos los efectos que se conceden frente a terceros, tanto por el artículo 649 del Código civil como por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, y ello a partir de la anotación de la demanda, que es aviso y toque de clarín para los posteriores adquirentes. Sólo está configurada la revocación en las donaciones, cuando por ingratitud del donatario pueden ser objeto de revocación y muy limitadamente en las donaciones propter nuptias, párrafo 3.º del artículo 1.333 del Código civil.

Cuando el artículo 37 de la Ley nos habla de «revocación de donaciones en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro», ni emplea la palabra revocación en sentido técnico, ni tampoco la palabra «condiciones». Sin duda alguna, esta excepción tiene por base el artículo 647 del C. c., pero ya vimos al estudiarlo que aunque allí se emplean las mismas palabras tampoco se

hacen en su sentido recto y preciso, puesto que se refieren a donación modal y a resolución por incumplimiento del modo causado. Ciertamente que, como ya apuntábamos, la declaración modal puede ser también condicional, pero la condición impuesta a la donación tiene que operar con anterioridad al modo y sólo cuando por cumplimiento de la condición se pase a una situación definitiva favorable al donatario; es decir, cuando la donación sea ya perfecta y eficaz, entonces comenzará a actuar el modo, ya constriñendo a su cumplimiento, ya resolviendo la donación cuando este segundo fin declaren los Tribunales que fué causa de la donación. Así, pues, la donación y el modo son dos cosas bien distintas y ni la voluntad humana puede convertir el modo en condición sin dejar de ser modo.

La donación modal es una donación perfecta; el cumplimiento del modo no le da mayor eficacia, y su incumplimiento tampoco produce los efectos de la condición, si bien, por tratarse de una autolimitación de la voluntad, da lugar a un supuesto de resolución ex officio judicis. Sin embargo, el mero hecho de constar en el Registro el modo, la obligación o carga impuesta al donatario, ¿será causa bastante para que su incumplimiento pueda afectar a tercero? ¿Es este el sentido del párrafo 3º del artículo 37 y se hubiera consignado igualmente de no barajar tan confusamente la idea de condición?

Otros supuestos de revocación más o menos técnicos, como los de ingratitud, la supervivencia de hijos, la mejora, el matrimonio sin consentimiento, tampoco se pueden hacer constar en el Registro, y por ello, sin duda, se eliminaron las acciones revocatorias de la excepción primera, quedando limitada a las rescisorias y resolutorias.

Es de notar la resolución de 13 de febrero de 1923, en que calificando impropia de revocación de una donación por supervivencia de hijos dice que no cabe cancelarla por acta notarial, ya que aquel hecho no produce ipso jure la revocación. No se da, por tanto, sino un supuesto de resolución ineficaz frente a tercero y sin el automatismo propio de las condiciones.

De igual manera tampoco conocemos las condiciones rescisorias. En nuestra larga vida profesional, jamás tuvimos el menor roce con tales señoras y no tuvimos que registrarlas con la literalidad que

prescribe el Reglamento. Las consideramos tan fantasmales como las revocatorias.

La rescisión de un contrato nunca está predeterminada en el contrato mismo, aunque en algunas escrituras se hable de la rescisión tan alegremente. La rescisión es un remedio, un beneficio que viene inspirado en una razón de equidad, siendo su fundamento un elemento objetivo de orden económico e independiente de la voluntad creadora, la cual no puede estar afectada por vicio alguno, ya que la rescisión supone un contrato válido, perfecto, pero que produce lesión.

La Ley, pues, concede en determinados casos una acción para restablecer el equilibrio de valores, siendo ésta subsidiaria restringida y de posible paralización, como se desprende de los artículos 1.293 y 1.294 del C. c. No hay posibilidad de inscribir previamente condiciones ni supuestos de rescisión, a pesar de lo dicho en los artículos que comentamos y en el 23 de la Ley Hipotecaria y párrafo 6.º del artículo 175 del Reglamento, que después comentaremos. Lo que hay es una gran imprecisión técnica en nuestro C. c. que extiende el concepto a otros supuestos de resolución y cuya imprecisión ha saltado a nuestras Leyes Hipotecarias.

Existen, en cambio, acciones resolutorias, cuya causa, distinta de la condición, puede constar en el Registro por pacto expreso y aun perjudicar a un tercero. La acción resolutoria, dice Calderón Neira, a quien cita Campuzano (27), es una acción común y la condición cumplida otorga también una acción ordinaria al que ha sido favorecido por la resolución. Únicamente, añade, si se emplea la expresión acción resolutoria para significar la acción común, producida por un acto o contrato condicional, en contraposición a la misma acción, producida por un acto puro, no envolverá ningún error. Existen acciones resolutorias derivadas de pactos resolutorios, de preceptos legales y de condiciones resolutorias. El pacto comisorio, retracto convencional, pacto de reversión, incumplimiento de modo, reservas, etc., son supuestos distintos de la condición misma.

La acción rescisoria, para el citado autor, es un medio que la Ley, fundada en la equidad, concede al que ha sido lesionado en un

(27) «Estudios hipotecarios», pág. 139.

acto o contrato para hacer cesar total o parcialmente sus efectos jurídicos (28).

Ni las acciones resolutorias derivadas de la Ley o de pacto, ni inscrito, ni las rescisorias o revocatorias pueden actuar en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho. Sólo las resolutorias derivadas de pacto expreso o cuya razón de ser conste explícitamente, podrán perjudicarle ex officio judicis, y no conocemos casos de acciones rescisorias o revocatorias cuyas causas puedan constar inscritas; tanto unas como otras, una vez ejercitadas ante los Tribunales y anotadas en el Registro, podrán perjudicar a tercero a partir de la fecha de la anotación, pero nunca antes. En cambio, las dimanantes del cumplimiento de condiciones resolutorias actuarán siempre contra tercero y obrarán automáticamente con sólo acreditar aquel cumplimiento.

Aunque La Serna estimaba que las condiciones rescisorias son las condiciones resolutorias tácitas y muchos otros sostengan que las condiciones resolutorias y rescisorias son una misma cosa, coincidimos con el insigne Roca, al declarar que no existen tales condiciones rescisorias, estimando más acertado la diferenciación enérgica de ambas figuras.

Otra clasificación de las condiciones a la que no todos los autores suelen dar importancia debida, es la de *propias e impropias*. Todo hecho futuro incierto, de interés, serio y legítimo, independiente de la voluntad de los contratantes que no sea contrario a la Moral o al Derecho, y que no afecte a los elementos esenciales del contrato, puede incorporarse a un negocio jurídico, ligando una situación final y definitiva a otra provisional creada por las partes. Cualquier otro evento o suceso que se desvíe de tales características, dará lugar a una mera expresión condicional, o a una condición impropia.

Son meras expresiones condicionales, a nuestro juicio, las llamadas condiciones imposibles, las necesarias, las implícitas que actúan insunt, las condiciones preposterar o contradictorias, en cuanto al tiempo, y las puramente potestativas o condiciones del querer. Frente a todas ellas, el Derecho puede optar por dos soluciones distintas,

(28) En otra ocasión quizá, estudiemos los efectos de estas diversas acciones.

bien declarando la nulidad del negocio jurídico en que se imponen, o bien prescindiendo de ellas considerándolas como no puestas.

Como condiciones impropias consideramos las que afectan a elementos esenciales del contrato (objeto, precio, consentimiento o causa), y las llamadas potestativas, consistentes in facto a voluntate pendiente, y como dudosas las llamadas mixtas.

Dernbur, en sus *Pandette*, considera como impropias solamente las necesarias, las imposibles y las *conditio juris*, pero éstas ya hemos demostrado que no son condiciones propiamente dichas, por faltarles el elemento típico de incertidumbre o por ser meros requisitos legales y no teniendo, por tanto, este carácter, no hay por qué adjetivarlas de impropias.

Otros autores, entre ellos Borrell, además de éstas, consideran como tales las implícitas, las preposterar y las puramente potestativas, todas las cuales son, a nuestro parecer, meras expresiones condicionales.

En cambio, no ha recogido aún la doctrina como verdaderamente impropias aquellas que afectan a elementos esenciales del contrato, de que nos habla la resolución de 8 de enero de 1921, las cuales deben ser relegadas al campo de las condiciones impuras, ni tampoco las potestativas, que como ya dijimos, se apartan de las esenciales características de la condición, y así lo estima, también, aunque tímidamente, la resolución de 27 de mayo de 1926. Más dudosas son las llamadas condiciones mixtas que nuestro Código admite como verdaderas condiciones, pero tales son los problemas que su admisión implica, tan borrosos sus confines, que haría bien la doctrina y aun el Derecho en separarlas del juego claro y limpio con que la condición debe afectar al dominio.

IX.—LA CONDICIÓN DEL REGISTRO

El dominio debe reflejarse en el Registro con la máxima claridad, eliminando todo aquello que borre o enturbie sus contornos y le haga perder la nitidez propia. De aquí que las legislaciones como la alemana no permitan siquiera, en la inscripción, las condiciones que puedan afectarle; sólo admiten la anotación como reflejo y garantía de los derechos condicionados que siempre tienen ca-

rácter obligacional. Sin llegar a tal extremo y puesto que el Registro debe reflejar fielmente la realidad jurídica, nos parece más aceptable nuestro sistema, que permite la inscripción del dominio y de las condiciones que afectarle puedan; pero, en cambio, y dado el automatismo que provocan, debíérsele rechazar toda condición impura, toda condición impropia, y sólo admitir como tales las que reúnan todos los caracteres propios de la verdadera condición, relegando aquéllas al campo de los pactos con transcendencia real u obligatoria que requieren siempre nuevo negocio jurídico ya voluntariamente otorgado por los interesados, ya por decisión judicial.

Varios autores, entre ellos La Serna, se preguntan qué es lo que realmente se inscribe cuando se trata del dominio condicionado suspensivamente, ya que tal inscripción, decía, carece de contenido jurídico por no tratarse ni de un derecho real, ni de una carga o gravamen, ni de una hipoteca; pero ya hemos visto que siempre y en todo caso hay una parte de los poderes que integran el dominio que son transmitidos y otra parte de los valores que igualmente se transmiten con independencia de la condición, los cuales pueden ser objeto de tráfico y en ocasiones llegan a formar una titularidad de mayor importancia que la cotitularidad restante. A nuestro modesto juicio, y de acuerdo también con el sentir de Roca, mientras la condición está pendiente, hay algo más que una expectativa, hay un derecho que no es el dominio, pero sí una *pars domini*, puesto que la integran poderes y valores cuya suma total forman el equivalente de aquél.

Se suele decir que el derecho transmitido suspensivamente, tiene débil consistencia y que su inscripción no tiende sino a conseguir un rango hipotecario que permita asegurar el juego de la condición. Claro es que este derecho no goza de los efectos de presunción posesoria, ni tampoco del procedimiento del artículo 41, pero ello ocurre también con otros derechos de mayor consistencia, como la nuda propiedad, porque tan presunción y protección sólo la tiene el poseedor o el que tiene derecho a poseer. En cambio, en el negocio jurídico resolutorio, el adquirente gozará de tales presunciones y podrá utilizar el procedimiento hipotecario para recobrar la posesión. Ello no quiere decir que en todo negocio condicional uno de los cotitulares sea *propietario de la cosa*, como es frecuente afirmar, aunque sujeto a resolución y que el otro sólo tenga una titularidad

preventiva o condicionada. Ambas tienen parte del dominio, aunque sólo uno goce de la posesión, de igual manera a como el usufructuario goza y posee y el nudo propietario ni posee, ni disfruta de la cosa, sin que por ello se desprece su titularidad, ni deje tener a veces mayor importancia económica que la del usufructuario.

La única diferencia con estas titularidades estriba en que aquellas estarán afectadas por las dos posibilidades del evento, o sea, de que la condición se cumpla o no.

La mayoría de los civilistas e hipotecaristas patrios ven en todo negocio jurídico condicional un doble juego suspensivo y resolutorio por el hecho de que la condición, como Jano, presenta dos caras; pero si se tiene en cuenta que el juego propio de la condición mira a una sola de ellas, a la cual liga la situación definitiva y principal, mientras que la otra actúa negativamente por inercia o por absorción, se verá claramente la diferencia del negocio suspensivo y del resolutorio, sin que ambos aspectos se puedan dar en un solo negocio condicional.

Suele citarse con frecuencia el caso de la venta con pacto de retro, que indudablemente se parece a un negocio jurídico condicional resolutorio, aunque por tratarse de condición potestativa y que afecta a un elemento esencial del contrato, como es el precio, no se pueda considerar como tal y sí sólo un negocio de transmisión, afectado por un pacto de transcendencia real y de carácter resolutorio. En efecto, en el período que pudiéramos llamar provisional, el titular actual transmite la mayor suma de poderes (usufructo, posesión, etc.) a B, que inscribe su derecho, condicionado a que en el plazo determinado A devuelva el precio recibido y recupere la finca. El precio aquí interviene de manera interesante en lo que pudiéramos llamar variable de valores, la cual quedaría reducida a la diferencia entre el precio estipulado y el verdadero valor del inmueble. Hasta aquí, como se ve, la condición nada hizo para configurar esta situación. El efecto primordial de la condición a que se liga la situación definitiva y determinada por su cumplimiento, es el de que A recupere el dominio íntegro, parte del cual había sido transmitido a B. Esta recuperación por afectar a la suma mayor de poderes, deberá hacerse constar por nueva inscripción que debiera ser automática, sin nuevo negocio de retransmisión, si se tratara de una verdadera condición, con sólo hacer constar el cumplimiento de

ésta; mas por no serlo, no sucede así y requiere de nuevo título. El incumplimiento de la condición fácilmente determinable por el transcurso del plazo sin constancia en contrario, es la cara negativa de la condición, afecta a la suma menor de poderes, y opera automáticamente, pero no por afecto de la condición inexistente, sino como un efecto secundario o, más bien, como un fenómeno de absorción que también se da en negocios no condicionales, como la extinción del usufructo por el fallecimiento del usufructuario y en favor del que tiene la nuda propiedad. Son los poderes máximos que absorben a los mínimos y la titularidad mayor a la menor.

De confundir este fenómeno secundario con el propio transitivo y primordial de la condición, proviene que en un mismo negocio condicional, quieran ver la mayoría de los juristas el doble efecto suspensivo y resolutorio y que otras veces se considere lo principal y lo secundario como análogo y semejante.

La Rica (29), inteligentísimo compañero, refutando como él sólo sabe hacerlo, nuestra opinión sobre el precio aplazado garantido con condición resolutoria explícita (30) nos dice que la «analogía de la posición jurídica del vendedor a retro que no retrae dentro del plazo, es muy grande con la del comprador a plazos que no paga cuando se ha pactado la resolución de pleno derecho». En el primer caso, sin embargo, se trataría de incumplimiento de condición o de pacto resolutorio, fenómeno típico de absorción, mientras que en el segundo, la falta de pago es el cumplimiento de la condición resolutoria, fenómeno propio de la condición, que arrastra consigo la suma mayor de poderes, no habiendo, por tanto, paridad ni analogía.

El cumplimiento de toda condición afecta al dominio y produce *ipso jure*, y de una manera automática, es decir, sin que se necesite nuevo negocio jurídico, la transmisión de la suma mayor de poderes y la suma íntegra de valores al otro cotitular; en el negocio suspensivo a favor del adquirente, en el resolutorio a favor del transmitente. Actúa la fuerza expansiva de la condición y por arrastrar la parte mayor del dominio en cuanto al poder se refiere, opinamos que siempre debiera ser objeto de inscripción, tanto si actúa como

(29) «Comentarios al Reglamento Hipotecario», pág. 96.

(30) «Precio aplazado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, página 601.

suspensiva, como si lo hizo resolutoriamente. El incumplimiento que se traduce en un fenómeno de absorción y afecta sólo a los poderes mínimos, puede y debe constar en el Registro por nota marginal.

No es este el criterio del artículo 23 de la Ley Hipotecaria actual, ni tampoco el del artículo 16 de la Ley de 1909. Las sucesivas redacciones fueron antaño censuradas y la actual además, y con razón, por incompleta e inexacta. Nuestro incomparable Roca (31), dice que en la práctica se aplica, inspirándose en el artículo 23, la siguiente norma que formula «el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias de los actos o derechos inscritos, se hará constar por medio de una nota marginal si se consume o consolida el acto o derecho últimamente inscrito o por una nueva inscripción a favor de quien corresponda o por una cancelación, según los casos si la condición o extinción lleva a verificarse».

Priva, por tanto, el criterio de atenerse a la última inscripción por un principio tal vez de economía registral y así inscrita una transmisión de dominio suspensivamente, el cumplimiento de la condición habrá de constar por nota; sin embargo, no creemos que sea lo más lógico y preferiríamos en este caso la nueva inscripción de análoga manera a cuando un titular que ya tiene inscrita a su favor la nuda propiedad, necesita de nueva inscripción para el usufructo adquirido por nuevo título y sólo de nota cuando se trata de un fenómeno de absorción.

Nuestro criterio, por tanto, es el de que si la situación definitiva se liga al cumplimiento de una condición, cualquiera que sea el efecto que produzca debe constar por nueva inscripción, y el incumplimiento por nota, o viceversa, si la situación definitiva quedara ligada al incumplimiento de la condición.

La regla 6 del artículo 175 del Reglamento, dispone que «las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias, podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o caja oficial, el valor de los bienes o el importe de

(31) T. II. Ibid., pág. 271.

los plazos que con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser desenvuelto. Si sobre los bienes sujetos a condiciones resolutorias se hubieran constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos, con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación»

Este nuevo párrafo ha sido añadido en el nuevo Reglamento y no figuraba en el anterior, el cual procedía del Real decreto de 20 de mayo de 1880, y que Morell confesó paladinamente no entendía (32).

Nosotros tampoco lo vemos muy claro, ya que nos habla de condiciones *rescisorias*, de causas de *rescisión* y de *nulidad* y de documento que acredite haberse *rescindido* o *anulado* la venta, de *consignación de valor* y de consignación de plazos con las deducciones procedentes.

Aunque Morell creía que esta famosa Regla se refería a los Derechos reales constituidos sobre bienes sujetos a condiciones resolutorias, el nuevo párrafo que se añadió viene a reconocer que abarca estos casos, pero también otros y, sin embargo, quedan en interrogante las siguientes cuestiones: ¿Se refiere el párrafo 1º a la venta que adopta la fórmula de un negocio condicional resolutorio o a la venta de bienes ya condicionados por un negocio anterior? ¿Sólo a condiciones resolutorias o se amplía el supuesto a casos de rescisión de nulidad? ¿Cómo han de constar inscritas estas causas? ¿Cómo determinar el valor del inmueble que se ha de consignar? ¿Cuáles son los plazos a devolver y quién determinará las deducciones que en su caso procedan? ¿Tuvo el legislador en cuenta, como dice Morell, sólo el caso de venta con pacto de retro, o quizás también la venta de un inmueble con precio aplazado?

La verdad es que el redactor de esta disposición supo disfrazar bien su pensamiento y que no es fácil descubrir su verdadero alcance y sentido.

Desde luego, hay que rechazar que pudiera referirse a la venta con pacto de retro, porque ésta no es un negocio condicional, como ya dijimos, porque además, no basta presentar un documento que acredite el cumplimiento de la condición, sino que precisa de un nuevo negocio de retransmisión en el que el comprador da por re-

(32) Morell: «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», 1917. T. 3.º, página 411 y sgs.

cibido el dinero y, por tanto, huelga la consignación. Tampoco creemos que se refiera a la venta con precio aplazado y condición resolutoria explícita, ya que ésta es innovación muy posterior y aunque el amigo La Rica, citando esta Regla 6.ª, nos diga que la revocación registral no prejuzga la efectiva, ni las consecuencias de índole obligacional, cuyos problemas quedan sometidos a la decisión de los Tribunales, si para efectuar esta resolución fuera necesario la consignación de los plazos recibidos por el vendedor, ¡ah!; entonces la fórmula de la condición resolutoria ya no sería la buscada garantía del vendedor, ni se consideraría como una hipoteca, ni siendo necesario acuerdo de las partes o decisión judicial, para las deducciones procedentes, habría automatismo, ni esta exigencia la tiene el artículo 59 del Reglamento, específico para la venta con precio aplazado y, sin embargo, a los que tal condición resolutoria admiten, la aplicación de este precepto parece ser indudable y ello aunque no conste tal obligación en la escritura. Una sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de enero de 1945, la más reciente que conocemos, aunque anterior a la reforma del artículo 11 de la Ley Hipotecaria en un caso de venta, con pacto comisorio y condición resolutoria explícita, lo resolvió en el sentido de no tratarse de una verdadera condición, sino de una cláusula penal sujeta a moderación por los Tribunales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.152 del Código civil.

A otros supuestos debió, quizá, referirse el legislador, y rechazando como hijas de la imprecisión técnica de aquellos tiempos lo de condiciones rescisorias y supuestos de rescisión y nulidad, veamos qué aplicación puede tener al único caso que tal vez quisieron regular y que tan desacertadamente expresaron.

En toda venta de bienes sujetos a condición, tiene que mediar un precio; ahora bien, este precio ¿será el precio del inmueble? ¿Será el precio que represente las posibilidades de que la adquisición se consume a favor de quien lo paga? ¿Se tratará de un negocio aleatorio con todas sus consecuencias y riesgos?

A vende a B una finca que vale 10.000 pesetas, con una condición que puede o no hacer que la finca pase a B ¿Pagará B si la condición es suspensiva las 10.000 pesetas? Esto no parece probable. Si por la finca paga sólo 3.000 pesetas y en caso de incumplimiento nada adquiere, ¿tendrá derecho a la devolución de esa can-

tividad? No parece lógico, ya que si la condición se hubiera cumplido se quedaría por 3.000 pesetas con lo que vale 10.000. En cambio; si pagó su verdadero valor, a nuestro juicio tendría derecho a la devolución y no se podría poner la nota de incumplimiento sin que previamente se consignasen a su nombre las 10.000 pesetas. Por el contrario, A vende a B una finca que vale 10.000 en negocio condicional resolutorio; la finca pasa a poder de B, aunque después, por el cumplimiento de la condición, vuelva a A. Lo lógico y probable es que no se trate de negocio aleatorio y que B haya satisfecho su verdadero valor, ya que la posesión y los frutos compensarían los intereses del precio y siempre habría una equivalencia de valores. En este caso, cumplida la condición, no bastaría con el documento que tal hecho acreditase, para la automática resolución registral, sino que sería además necesaria la consignación del precio a favor del vendedor; pero ¿cabría la posibilidad de un negocio aleatorio? No la negamos, aunque ello tendría que deducirse de los términos del contrato, pues si otra cosa no resultaba claramente la consignación sería precisa.

Hay un fundamento lógico en tal precepto, ya que si respetable es el derecho del vendedor, no lo es menos el del comprador, y la Ley debe atender a la protección de los intereses en juego, y para ello aplica el automatismo, pero exige además la consignación; consignación que, por otra parte, garantiza a los acreedores de posibles derechos constituidos por el comprador.

Si a estos casos, que por cierto son infrecuentes, no se refiere la Regla 6.^a que comentamos, confesamos nuestra ignorancia e incapacidad interpretativa.

Si estas consideraciones, posiblemente llenas de errores, de lagunas y deficiencias, pero noblemente sentidas, logran forzar la gubia del pensamiento jurídico; manejada por más expertos artífices a fin de contornear tanta figura borrosa y mal delimitada; nos daríamos por satisfechos. Finalmente, si en alguna ocasión hemos saltado decididos por encima de la Ley, séanos perdonado el no rendir culto exagerado a la omnipotencia legislativa a cambio de sentirnos cada día más enamorados del Derecho eterno, fuente viva de toda norma.

FRANCISCO RUIZ MARTÍNEZ

Registrador de la Propiedad