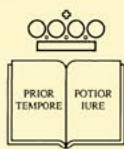


Luis Arnáez Fernández
Juan José García Núñez
Diego Vigil de Quiñones Otero
Beatriz Zamora Rodríguez

*La causa y
el Derecho registral*



Cuadernos
De Derecho Registral

MDCCCLXI

Colección *Cuadernos de Derecho Registral*
dirigida por Antonio Pau

La causa y
el Derecho registral

Luis Arnáez Fernández
Juan José García Núñez
Diego Vigil de Quiñones Otero
Beatriz Zamora Rodríguez

La causa y
el Derecho registral

Prólogo de
Galo Rodríguez Tejada

© 2025 FUNDACIÓN REGISTRAL

Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

© Luis Arnáez Fernández, Juan José García Núñez, Diego
Vigil de Quiñones Otero, Beatriz Zamora Rodríguez

ISBN: 978-84-88973-14-6

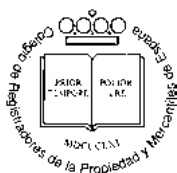
Depósito Legal: M-19898-2025

Imprime: Artia Comunicación

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, si el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Luis Arnáez Fernández
Juan José García Núñez
Diego Vigil de Quiñones Otero
Beatriz Zamora Rodríguez

La causa y el Derecho registral



CENTRO DE ESTUDIOS

CONTENIDO

PRÓLOGO 17

INTRODUCCIÓN 23

CAPÍTULO 1

**LA IMPORTANCIA DE LA CAUSA,
A LA LUZ DE LA FUNCIÓN
REGISTRAL**..... 27

§ 1. La causa, concepto en crisis 28

§ 2. La causa,
¿elemento prescindible?..... 31

§3. La causa en el Registro
de la Propiedad 42

§4. El problema de la causa en la
calificación de negocios con pacto
comisorio 51

§5. Adjudicaciones patrimoniales sin suficiente causa: el problema de las adquisiciones por subasta en ejecución forzosa.....	56
§6. En particular, el ejemplo de las donaciones <i>mortis... causa</i>	60
§7. ¿El diferente contenido de la causa en los Derechos civiles autonómicos?.....	62
§8. El legado de cosa enajenada, y la causalidad del mismo	66
§9. Cuando la causa determina el derecho: la reversión expropiatoria	68
§10. ¿Podría funcionar el Registro sin la causa? El principio de consentimiento como excepción.....	71
§11. La causa de la adquisición del titular registral y los terceros de buena fe: la abstracción de la titularidad al acceder al Registro	79
§12 Causa, forma, inscripción	82
§13 La causa del matrimonio y su publicidad como ejemplo luminoso	87
§14. Conclusión	89
BIBLIOGRAFÍA	91

CAPÍTULO 2

LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS

JURÍDICOS 99

I. TEORÍA GENERAL

DE LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS 100

§ 15. Breve panorámica histórica y doctrinal..... 100

§ 16. La causa en nuestro Derecho positivo 106

§ 17. La necesidad de expresión de la causa en los contratos 111

§ 18. La causa en el Derecho de familia..... 117

§ 19. La causa en el Derecho Sucesorio 134

§ 20. La causa en el Derecho Canónico 137

II. § 21. LOS NEGOCIOS ABSTRACTOS 139

III. §22. LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA 145

IV. NEGOCIOS JURÍDICOS ANÓMALOS: SIMULADOS, INDIRECTOS, FIDUCIARIOS Y FRAUDULENTOS	153
§23. Negocios simulados	153
§24. Negocios indirectos	159
§25. Negocios fiduciarios	160
§26. Negocios fraudulentos	174
5. BIBLOGRAFÍA	183

CAPÍTULO 3

CUESTIONES PRÁCTICAS

RELACIONADAS CON LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS	185
§27. Introducción	186
§28. La causa onerosa y la causa gratuita. Una primera aproximación a la causa	192
a) La protección de los terceros...	192
b) El aspecto fiscal de la transmisión	194
<i>Ejemplos prácticos</i>	200
§29. La causa en la sociedad de gananciales. Un juego entre la voluntad y la prueba	206

§29bis. Atribución de privatividad....	208
<i>Ejemplos prácticos</i>	214
§29ter. Atribución de ganancialidad.	
La <i>causa matrimoni</i> . Una construcción doctrinal para solventar un problema práctico.....	218
<i>Ejemplo práctico</i>	224
§29quater. Otras cuestiones relacionadas con la causa y el matrimonio	228
a) El acrecimiento de cuota frente a la subrogación real	228
<i>Ejemplo práctico</i>	235
b) La rectificación del Registro basada en la incorrecta apreciación, en su día, del carácter del bien	237
<i>Ejemplo práctico</i>	239
c) La inclusión en la liquidación de gananciales de un bien privativo .	241
<i>Ejemplo práctico</i>	245
§30. La causa en las particiones hereditarias. La puerta de entrada a la calificación registral de las herencias	248
<i>Ejemplos prácticos</i>	255

§31. La causa en los negocios de garantía. La accesoriedad como criterio esencial de nuestro sistema	261
<i>Ejemplo práctico</i>	266
§31bis. Supuesto especial. Los negocios de garantía y la vulneración de la prohibición del pacto comisorio ...	269
<i>Ejemplo práctico</i>	272
§32. La cancelación formal de asientos. ¿Una excepción a nuestro sistema causalista?	274
<i>Ejemplo práctico</i>	278
§33. Conclusión	280
BIBLIOGRAFÍA	282

CAPÍTULO 4

LA CAUSA EN LA CALIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS DE GARANTÍA: NOVEDADES EN LA OPCIÓN DE COMPRA

283

I. LA CAUSA EN LA FIDUCIA <i>CUM CREDITORE</i> : VENTA EN GARANTÍA Y VENTA SIMULADA	284
---	-----

§34. La calificación de la causa en la venta en garantía	284
§35. La prohibición del pacto comisorio	289
§36. La venta fiduciaria frente a la venta simulada: una diferencia causal ..	292
II. LA OPCIÓN DE COMPRA EN GARANTÍA: ESTADO DE LA CUESTIÓN	297
§37. Opción de compra en garantía: concepto y configuraciones usuales	297
§38. Evolución de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública	301
BIBLIOGRAFÍA	308

PRÓLOGO

Cuando los jóvenes juristas autores de este libro me propusieron hacer el prólogo de su obra, me alegró - y mucho - por lo que ello significaba. Sin embargo considero que debí haber renunciado a hacerlo agradeciéndoles su propuesta, pero como la modestia no es una de mis virtudes acepté hacerlo, y en ello estoy.

Si se lo hubieran pedido a otra persona más calificada – como Don Juan Jiménez de la Peña, por ejemplo – seguro que estas líneas serían más adecuadas y profundas, pero sintiéndolo por ustedes amables lectores no le voy a proporcionar la oportunidad de hacerlo.

Se escriben muchos, muy sesudos y razonados libros de ámbito jurídico, pero pienso que un análisis como el que hacen los autores acerca de la causa era necesario.

Nuestro sistema jurídico es declaradamente causal, pero esa declaración indudable muchas veces en la práctica queda difuminada considerando que como señala nuestro Código Civil en su artículo 1277 “*Aunque la causa no se exprese en él contrato, se presume que existe y que es lícita mientras él deudor no pruebe lo contrario*”.

Esta presunción supone que la causa de la obligación contraída no sólo no es necesario que sea declarada expresamente, sino que en algunos casos sea difícil de apreciar, pese a ser un requisito imprescindible para la validez del negocio jurídico.

En este libro los cuatro autores desgranar con un enfoque moderno y minucioso los distintos supuestos y las consecuencias y efectos que la causa tiene en cada uno de ellos.

En su día tuve el honor de prepararles para aprobar la oposición a Registros de la Propiedad y Mercantiles, y ayudarles en la medida de lo posible. Si bien esa ayuda fue mínima porque su esfuerzo y sus conocimientos eran ya de por sí ampliamente suficientes.

Diego Vigil de Quiñones Otero, aprobó en la Convocatoria de 2008 cuando contaba 27 años.

Diego es un jurista comprometido y analítico de sólidas convicciones cristianas, y destaca por su curiosidad e inquietud para abordar cuestiones peliagudas, que gracias a su capacidad y conocimientos resuelve con un carácter muy práctico.

En un magnífico preparador de opositores, tanto a Registros como a Notarías, con muchos alumnos ya aprobados. En estos momentos forma parte del Tribunal de las oposiciones a Abogados del Estado en curso.

Luis Arnaez Fernández aprobó en la Convocatoria de 2018 a sus 27 años.

Este asturiano grandote y amable es un hombre de una insaciable curiosidad ante cualquier cuestión ya sea jurídica o no, pero especialmente en cuanto se refiere al impacto que tienen - y tendrán sin duda en el futuro – las nuevas tecnologías. En estos momentos es ya un referente fiable respecto a la implantación de la tokenización de los activos mobiliarios e inmobiliarios.

Tiene una insuperable resistencia física y es normal encontrártelo en cualquier conferencia interesante o en cualquier juerga nocturna. Es además el portero del equipo de fútbol de los Registradores de España, y concretamente hace un par de años me paró un penalti, algo que nunca le perdonaré.

Beatriz Zamora Rodríguez aprobó Registros en la Convocatoria de 2023 con 26 años, una proeza que adquiere mayor dimensión teniendo en cuenta que el año anterior había ya aprobado las oposiciones a Notarías.

Llevo 44 años preparando las oposiciones a Registros o Notarías - con más de un cen-

tenar de ex alumnos ya Notarios y cerca de dos centenares ya Registradores – y jamás he conocido a nadie con la entrega y la capacidad de Beatriz.

Es una extraordinaria jurista, pero lo que más destaca de ella es su enorme generosidad para compartir sus inmensos conocimientos con todo aquel que pueda necesitarlo, ha sido realmente decisiva para que muchos alumnos lograran aprobar el tercer ejercicio – Dictamen en Notarías y caso práctico en Registros – en las dos últimas convocatorias.

Nadie es perfecto, y parece ser que cocinar no es lo suyo, y para conseguir aprobar el práctico del carnet de conducir tuvo que presentarse una cantidad de veces que me resulta difícil de contar, pero baste decir que en su auto-escuela la erigieron un monumento.

Juan José García Núñez acaba de aprobar en el reciente mes de mayo con 27 años y aún no tiene un Registro de destino.

En un extremeño aplomado que se presentó con un increíble expediente de ICA-DE, y no tardó en confirmar las expectativas que levantó, y con mucha disciplina, capacidad y análisis de todas las Sentencias y Resoluciones importantes ha conseguido su sueño.

No tengo ninguna duda de que será un profesional serio que dará mucho que hablar en un futuro próximo.

Termino estas líneas agradeciendo el honor que me han hecho los autores permitiéndome prologar esta obra que estoy convencido que será de gran utilidad para sus lectores.

Galo Rodríguez Tejada
Registrador de la Propiedad
Director de la Academia de preparación
de Registros Carmen de Grado

INTRODUCCIÓN

La causa de los negocios jurídicos es un elemento fundamental del Derecho patrimonial que actúa como piedra angular para facilitar la justicia del mismo. Este papel esencial de la causa resulta especialmente apreciable en el Derecho registral. En efecto, la causa es un instrumento fundamental en la calificación registral, pues a través de ella se logra impedir la inscripción de atribuciones patrimoniales imperfectas o ilícitas. Algo apreciable en la práctica totalidad de los negocios, y que resulta cognoscible públicamente en los casos que han dado lugar a la denegación de una inscripción y que han sido objeto de recursos recogidos en la doctrina de la Dirección general de los

Registros y el Notariado (hoy de Seguridad y fe pública) a lo largo de los siglos. Pero resulta cognoscible sobre todo por los operadores jurídicos e interesados en la inmensa mayoría de casos en los que la calificación es positiva porque la causa está bien.

Sin embargo, los proyectos de reforma del Código civil en circulación (la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, y el proyecto de libro IV de la sección civil de la Comisión general de codificación), sustentados por un notable apoyo doctrinal y el antecedente francés, prescinden de la causa como elemento del contrato (no así como elemento del derecho que se adquiere), lo cual podría dificultar en el futuro el papel preventivo que la calificación desempeña con la causa como arma frente a las injusticias.

A fin de ofrecer una reflexión sobre dicho tema, antes de que se produzca reforma legislativa alguna, cuatro Registradores ofrecemos en este pequeño volumen un ensayo,

un tratado, un prontuario y una nota práctica sobre la causa.

Un *ensayo* reflexionando sobre cómo y cuando actúa la causa en la vida jurídica y cómo se trabaja con ella desde el Registro, para calcular si la supresión del requisito de la causa en el contrato podría facilitar o no las cosas.

Un *tratado* por cuanto el capítulo segundo realiza un tratamiento sistemático del tema ajustado al programa de las oposiciones al cuerpo de aspirantes a Registradores y al título de Notario. Algo que puede ser de interés del opositor, pero también de la doctrina científica en general para ver qué estudiamos los Notarios y Registradores sobre la causa. Y que en todo caso sería digno capítulo en un tratado, si bien procurando en extensión la moderación que suelen tener los temas de oposiciones.

Un *prontuario*, por cuanto el cuarto capítulo expone las cuestiones prácticas relacio-

nadas con la causa. El estudio de este capítulo permitirá ver más y mejor la aplicación práctica de la causa en el control de legalidad de los negocios privados que se lleva a cabo a través de la calificación registral.

Finalmente, una *nota práctica* sobre el tema en que la aplicación de la causa está siendo más problemática los últimos años: los negocios fiduciarios con pacto comisorio.

Los autores esperamos y deseamos que la disponibilidad de este material contribuya a la mejor realización del Derecho y a la más elevada investigación de esta figura.

LA IMPORTANCIA DE LA CAUSA, A LA LUZ DE LA FUNCIÓN REGISTRAL^[1]

Diego Vigil de Quiñones Otero
Registrador de la Propiedad

SUMARIO: §1. La causa, concepto en crisis.—§2. La causa, ¿elemento prescindible?—§3. La causa en el Registro de la Propiedad.—§4. El problema de la causa en la calificación de negocios con pacto comisorio.—§5. Adjudicaciones patrimoniales sin suficiente causa: el problema de las adquisiciones por subasta en ejecución forzosa.—§6. En particular, el ejemplo de las donaciones mortis...causa.—§7. ¿El diferente contenido de la causa en los Derechos civiles autonómicos?—§8. El legado de cosa enajenada, y la causalidad del mismo.—§9. Cuando la causa determina el derecho: la reversión expropiatoria.—§10.¿Podría funcionar

^[1] El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación «La Protección Jurídica de la Vivienda Habitual: un Enfoque Global y Disciplinar» PID2021- 124953NB-I00.

el Registro sin la causa? El principio de consentimiento como excepción.—§11. La causa de la adquisición del titular registral y los terceros de buena fe: la abstracción de la titularidad al acceder al Registro.—§12. Causa, forma e inscripción.—§13. La causa y el matrimonio.—§14. Conclusión.

§ 1. LA CAUSA, CONCEPTO EN CRISIS

De un tiempo a esta parte, la causa como requisito del contrato ha perdido consideración al ser visto por muchos como un concepto oscuro, y pensarse que buena parte de sus funciones puede cumplirlas el consentimiento o el objeto de los contratos. Ello ha llevado a la supresión de la causa como requisito del contrato en Francia y a que se postule la supresión de la misma tanto por el Proyecto de libro IV del Código civil elaborado por la Comisión General de Codificación como por la propuesta de Código de la Asociación de Profesores de Derecho civil^[2], siguiendo ambas la ola europea que

^[2] Sobre el particular, vid. GALICIA AIZPURUA, G.H. “Causa de la obligación frente a causa del contrato en el Código

prescinde de la causa en el Marco común de referencia y los Principios del Derecho europeo de contratos^[3].

Ahora bien, la causa, además de un elemento del negocio, suele ser determinante de las atribuciones patrimoniales en un sistema causalista de transmisión de derechos como el nuestro. Una causalidad de la atribución patrimonial que, pese a poder independizarse de la causa del contrato, actúa junto con la misma^[4].

Ello hace necesario plantearse si la causa es o no prescindible^[5]. Para responder a la pre-

civil español: una exposición crítica (a propósito de la propuesta de modernización del derecho de obligaciones formulada por la Comisión general de codificación)”. En *Revista de Derecho privado*, ISSN 0034-7922. Año 94, Mes 6, 2010. Págs. 29-61.

^[3] Cfr. SABORIDO SÁNCHEZ, P. “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato”. *Indret* 1/2013. Barcelona, Enero de 2013.

^[4] Cfr. CUENA CASAS, M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. J.M. Bosch, Barcelona 1996.

^[5] Una prescindibilidad que tampoco es tan clara, cuando nos recuerda SABORIDO que “se elimina la causa como presupuesto para la existencia del contrato, pero sin embargo su presencia la encontramos, al menos, en tres momentos diferentes:

gunta, comenzaremos por tomar en consideración la opinión que cuestiona la necesidad de la causa, recordaremos el papel de la causa en la calificación registral (lo que permitirá ver el vacío que podría dejar la ausencia de la misma), y analizaremos algunos casos al efecto (como las adquisiciones forzosas con causa insuficiente, las donaciones *mortis causa*^[6], o la eficacia *ex causa* del legado de cosa enajenada por el causante). De todo este conjunto podremos sacar algunas conclusiones válidas sobre si la supresión de la causa como requisito es mejor o peor que su mantenimiento. Nuestros argumentos no son ni mucho menos completos. Los lanzamos sin pretensión de exhaustividad. Y sin ánimo de cuestionar a quienes postulan la supresión de la causa, sino como ingenua pregunta que haría un alumno en clase a un profesor anticausalista. Pero consideramos que los mismos merecen consideración, y

en los casos de alteración de circunstancias, en la determinación del cumplimiento del contrato, y en la posibilidad de acogernos al remedio de la resolución”.

^[6] Al hilo la cual abordaremos el problema en relación al Derecho civil autonómico.

requieren de mayor respuesta que las razones en contra de la causa hasta ahora conocidas.

§ 2. LA CAUSA, ¿ELEMENTO PRESCINDIBLE?

Para responder a esa pregunta, debemos partir de la posición anticausalista, y lo que sus partidarios dicen acerca de las funciones que la causa debe cumplir:

MORALES MORENO ha ofrecido recientemente su explicación de la propuesta de la Comisión General de codificación de suprimir la causa del Código civil en su proyecto de libro IV del Código (abreviado como PM-23)^[7]. Se trata de un trabajo muy sólido y autorizado, pudiendo en lo demás contar con las fuentes que en mismo se citan.

^[7] MORALES MORENO, A. M. El contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: El objeto y la causa. En *Revista de Derecho civil*, vol XI, n.4 (2024), pp. 97-137, p. 110.

En el trabajo de MORALES MORENO se afirma:

1º «Los modelos de regulación, tanto globales (UNIDROIT Principles) como europeos (PECL, DCFR), han suprimido la causa como exigencia del contrato, sin que ello haya supuesto que dejen de cumplirse sus funciones, especialmente la de control de licitud del contrato»^[8].

2º «Siendo la causa de una atribución patrimonial algo diferente de la causa del contrato, el hecho de que la PM-23 suprima la exigencia de causa para la perfección del contrato no determina que las atribuciones patrimoniales basadas en ese contrato queden desvinculadas de él (de su validez, de su contenido), que sean

^[8] *Ob. Cit.* Pág. 110.

abstractas. Tampoco determina el carácter abstracto del sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos sobre los bienes. Y, por si hubiera duda, hay que tener en cuenta que el artículo 609 CC, básico en la ordenación del sistema transmisivo, no ha sido modificado»^[91].

3º Destacan también “El desarrollo que en el moderno Derecho de contratos ha tenido la regulación del error, la resolución por incumplimiento y la cláusula *rebus sic stantibus*, figuras construidas, en época anterior, a partir de la causa subjetiva del contrato (una de sus acepciones). Este desarrollo normativo es bastante más completo y preciso y hace que no sea necesario construir el régimen jurídico de estas figuras

^[91] *Ob. Cit.*, p. 109.

a partir de la causa (falta de realización o caída de la causa)»^[10].

4º En cuarto lugar, el Prof. MORALES destaca que la causa cumple una función como causa extrínseca y que será exigible la conexión causal entre negocios (garantías o poderes). «Son supuestos muy variados y complejos. Algunos exigen una regulación especial aplicable a los mismos. Esa regulación no puede construirse, con la adecuada seguridad jurídica, a partir de un principio general como el de exigencia de causa del contrato»^[11].

Dejando el problema específico del *rebus sic stantibus*, que pienso que sería harina

^[10] MORALES MORENO, A.M. El contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: El objeto y la causa. En *Revista de Derecho civil*, vol XI, n.4 (2024), pp. 97-137, p. 110.

^[11] *Ob. Cit.* Págs. 126-127.

de otro costal^[12], procede comenzar por se-

^[12] Y con todo, cabría recordar que al tratar de la doctrina de la causa en la relación negocial en *El negocio jurídico*, DE CASTRO dedicó un generoso número de páginas (en esa sede, y no en la del efecto de los contratos, que es donde la cláusula *rebus* se suele estudiar) a la discutida cláusula implícita “*rebus sic stantibus*” (DE CASTRO, F. de. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid 1985. Págs. 314 a 321). La cuestión fundamental que llevaba a valorar dicha cláusula era saber si los contratos pueden seguir produciendo las “mismas obligaciones aunque circunstancias imprevistas hagan que si continúa su cumplimiento ellas pierden su originario carácter recíproco” (*El negocio...Ob. Cit.* Pág. 317. “Se paga por nada (imposibilidad del uso o del servicio) o con nada (devaluación de la moneda)”, decía don Federico (nota 12, de dicha página), lo cual tiene una importancia capital desde la causa pues, en el sentido del Art. 1274 CC, la alteración de las circunstancias para cada parte contratante puede conllevar a una pérdida de lo que *ab initio* del contrato se tuvo por causa. “Esta cuestión no hay por qué plantearla en el plano subjetivo: ¿Qué hubieran querido las partes? Sería abandonarse al juego de las hipótesis y suposiciones adivinatorias. En cambio, en el objetivo se presenta de forma más clara y directa: ¿Qué respuesta es la adecuada a la naturaleza del contrato?, ¿un contrato oneroso puede originar consecuencias propias de un contrato gratuito o de un contrato aleatorio?” (DE CASTRO, F. de. *El negocio...Ob. Cit.* Pág. 318).

Considerar que el contrato se entiende de acuerdo con su base, y que la alteración de las circunstancias debe dar lugar a la alteración de las obligaciones que nacen del contrato, ocasiona “una ilimitada incertidumbre sobre la eficacia de los contratos” (*Ob. Cit.* Pág. 318). Por ello el Tribunal Supremo ha sido restrictivo en la admisión de la cláusula (al respecto, vid. PARRA LUCAN, M.A. La cláusula “*rebus sic stantibus*” en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. Extra 2, 2021, págs. 25-37).

ñalar, respecto de las afirmaciones primera,

Evidentemente que el tema se puede solucionar sin recurrir a la categoría de la causa. Pero no debemos olvidar que aquí también hay atribuciones patrimoniales que deben tener causa bastante, y que la misma sigue dependiendo de la causa del contrato.

Esa necesaria conexión contractual ha llevado a que, en ámbitos donde la incertidumbre es especialmente acusada, se haya procurado siempre mantener la estabilidad de la base del contrato (de la causa del mismo) por medio de instrumentos complementarios del mismo contrato. Un ejemplo lo tenemos en el ámbito de los contratos de distribución, uno de los pocos ámbitos en donde los códigos de conducta surten los efectos propios de un contrato como elemento complementario del mismo (Cfr. SORO RUSELL, O. *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Reus, Madrid 2014). Y por ello he defendido en otro lugar que “en este sentido, los CDCs desempeñan un papel en relación con la causa de los contratos, pues en aquellos casos en los que las circunstancias no llegan a generar una alteración de la base tal que determine la alteración de la causa en grado bastante para revisar el contrato, introducen un compromiso de revisión que suscita confianza frente a la aleatoriedad a la que a veces se ven sometidos contratos con causa onerosa” (VIGIL DE QUIÑONES OTERO, *Los códigos de conducta y el Derecho registral e inmobiliario*. Tesis. Universidad Complutense, Madrid 2016. Págs. 86 a 90). Otro ejemplo destacado de esto lo tenemos en el préstamo hipotecario al que va destinado el código de conducta (o de buenas prácticas) llamado por el Real Decreto Ley 6/2012: en un préstamo hipotecario, la fluctuación de los precios y de los tipos de interés tiene una gran trascendencia. Frente a ello cabe pactar todo lo pactable, prever todo lo previsible, ahogar el contrato en seguros y contratos conexos y complementarios, procurar eliminar todo atisbo de aleatoriedad manteniendo la base del contrato intacta. Pero como ello no siempre es posible, y además se parte de la desconfianza, se ha procurado introducir certidumbre mediante un compromiso de ejemplaridad de que se van a observar ciertas

segunda y cuarta, que la causa ha cumplido y cumple un importante papel en la defensa del deudor frente a atribuciones patrimoniales injustificadas, como veremos después al explicar cómo actúa la calificación registral de la causa. Como dijera DE CASTRO, la causa ha sido «medio para delimitar la esfera de

conductas (quita, espera, dación) con ciertos deudores en caso de que las circunstancias se alteren excesivamente. A ello responde la entrada de la autorregulación en el mercado hipotecario: al intento de suscitar confianza sobre... la permanencia de la causa. Puede verse una explicación de tipo filosófico sobre el valor de los códigos de conducta desde la teoría de la ejemplaridad en VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “Ejemplaridad pública y Derecho en la Filosofía de Javier Gomá: una propuesta de aplicación en el Derecho Privado”. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, N.º. 88, 2023, págs. 173-217. Con posterioridad al trabajo se ha publicado el diálogo mantenido al respecto con Javier Gomá: GOMÁ LANZÓN, J.- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. *Carisma y Derecho: ¿tensión irresoluble?* Fundación coloquio jurídico europeo. Madrid 2025.

No dudo que la elaboración doctrinal en materia de pervivencia de la base del contrato sea más desarrollada que la que se producía a partir de la doctrina de la causa. Lo que sí creo que vale la pena señalar es que, en ciertos ámbitos, ni el mismo contrato es ya suficiente para mantener esa base. Y las necesarias restricciones a las excepciones al *rebus sic stantibus* intentan ser suplidas por otros caminos, los cuales no muestran sino la necesidad acuciante de una estabilidad que desborda el contrato y para la cual la causa me parece un concepto más bien luminoso.

la autonomía de la voluntad y evitar así que la protección jurídica se ponga al servicio de algo que repugne a la conciencia social»^[13]. Ahora bien, esa causalidad de la atribución patrimonial (que el propio autor sigue considerando necesaria y vigente), suele depender de un contrato. Siendo esto así, oscurecer en el mismo la causa puede dificultar el cumplimiento de la función de control de ilicitud de la atribución que se venía realizando hasta ahora causa mediante (por más que algunos civilistas consideren que esto se consigue ya por vía del Art. 6.3. CC^[14]). No compartimos

^[13] *El negocio jurídico*, 1967, p. 186.

^[14] Como indica SABORIDO, “el control del contenido contractual diverge del control de los propósitos o intenciones de las partes, y ello se demuestra en la apreciación de ilicitud o inmoralidad causal sin que el negocio haya infringido norma alguna; o situaciones de negocios ilícitos cuya causa no debe calificarse como ilícita o inmoral (dejando al margen los casos de confluencia de ambas regulaciones). Siendo consecuentes con la decisión adoptada, se marginarían a las situaciones de ilicitud o inmoralidad causal sin aplicación de control alguno” (*Ob. Cit.* Pág. 12). Más adelante añade, brillante, que “encajar estos supuestos de ilicitud o inmoralidad de los propósitos en el control efectuado por la normativa reguladora de la buena fe contractual sería tanto como intentar ajustarnos un calzado dos tallas menor que nuestro número” (p.13).

por tanto la idea de CARRASCO (a quien MORALES toma como apoyo) de que la causa de la atribución no tenga que ver con la causa del contrato^[15]. Basta ver los casos en que la Dirección General de los Registros juzga el problema de la causa para percatarse de que el control de la *causa adquirendi* condiciona la propia admisibilidad del contrato con el que la adquisición se persigue. Hay una vinculación título- modo tan grande (la *traditio* se produce *ex iusta causa*, y la causa viene determinada por la causa del contrato de finalidad traslativa^[16]) que pienso que sin

[15] «En nuestro derecho, se dice (y no lo vamos a poner en cuestión), toda transferencia de bienes y toda atribución de una ventaja patrimonial requiere una justa causa para ser eficaz (cfr. arts. 609 y 1091 CC). Una atribución patrimonial se justifica en que con ella se paga una deuda (causa solvendi), se otorga un crédito restituible (causa credendi) o se hace una donación (causa donandi). Pero esta justa causa es título en general. Este título puede ser la ley, la voluntad unilateral, un testamento, un daño injusto o un contrato, una obligación moral, un subyacente histórico. Nada tiene que ver con la causa de los contratos o de las obligaciones», (CARRASCO PERERA, 2024: § 4/29)

[16] Incluso en el caso de la justa causa de la *condictio indebiti* del Art. 1901 CC, se puede apreciar una fuerte conexión contractual (y no meramente causa de la atribución patrimonial), tal como señala RAMS, que recuerda que en el Derecho romano

causa del contrato será mucho más complicado hacer jugar a la causa su papel respecto de la atribución patrimonial. El propio MORALES afirma que “el hecho de que la PM-23 suprima la exigencia de causa para la perfección del contrato no determina que las atribuciones patrimoniales basadas en ese contrato queden desvinculadas de él”. Ahora bien, sin que el contrato tenga causa, será muy complicado analizar la causalidad de la atribución patrimonial, pues como dijera DE CASTRO, si la causa era de la atribución patrimonial y no del contrato «sería difícil encontrar para la figura de la causa del negocio un apoyo en el Derecho positivo»^[17].

los contratos innominados “requerían ser incluidos por su funcionalidad y seriedad en el Edicto del pretor para desplazar la propiedad por el modo de la tradición y con posterioridad por la valoración judicial de las causas” (RAMS ALBESA, J. “La iusta causa traditionis: el artículo 1901 CC y el no nacido artículo 531.3.2 del proyecto de libro V del Código civil de Cataluña”. En AA.VV. (GÓMEZ GALLIGO, F.J. Coordinador). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Thomson Civitas- Registradores de España, Cizur menor 2008, pág. 1324).

^[17] *Ob. Cit.*, 1967, p.186.

Admito la idea de MORALES de que los supuestos de causa extrínseca son muy variados y en los que un principio general tal vez pueda resultar oscuro. Pero prescindir de ese principio general, de la idea de causa como requisito, pienso que hace mucho más complejo cumplir sus funciones (cuya necesidad no es cuestionada por el autor) a través de otros mecanismos. Y es que, como veremos más adelante al comentar la calificación registral de causas conexas (frecuente en las garantías), ¿qué sería del deudor desprotegido sin la causa del contrato de financiación en conexión con el cual se crea una garantía que le puede resultar abusiva?

Tanto con carácter general, como cuando hay causa extrínseca de relaciones conexas, se echará siempre en falta una idea general de qué es la causa para poder juzgar si despliega sus funciones. Y si dicha causa no va a existir, debería quedar más claro cómo puede operar la exigencia de causalidad de las atribuciones sin la causa del contrato.

§3. LA CAUSA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Lo que venimos reflexionando sobre la causa, tal vez se comprenda mejor si ofrecemos la visión que de ella tenemos desde la función registral, para lo cual conviene repasar el valor de la causa para las inscripciones. Para ello hemos de partir de que el español es un sistema civil causal: los negocios jurídicos lo son con justa causa y la falta de la misma es determinante de nulidad, actuando la necesidad de causa como límite a la autonomía de la voluntad (Art. 1274-77 CC). El causalismo, relacionado además con la teoría del título y el modo, implica la necesidad de justa causa, no sólo del contrato, si no del derecho que se adquiere como se ha dado por sentado en los argumentos citados. No estamos hablando, por tanto, únicamente de la causa del título, si no también de la causa del derecho real (que, al tener eficacia *erga omnes*, se rige por un estatuto donde

pesa más la ley imperativa, y menos la autonomía de la voluntad)^[18].

Para el Registro, la causa importa como causa de la atribución patrimonial en que consiste el derecho que se inscribe, como *causa traditionis* del mismo, como título por el cual se adquiere. Sin causa, la inscripción no protegerá al adquirente (Art. 33 LH). No importa en cambio como determinante de la pérdida del derecho cuando hay un subadquirente totalmente inocente y que haya podido hacer abstracción, respecto del cual importa únicamente la adquisición “*de quien en el Registro aparece con facultades bastantes para transmitir*” (Art. 34LH) el derecho de que se trate.

La importancia de la causa suscita una serie de cuestiones teóricas y prácticas de gran

^[18] De modo que la explicación de VON THUR según la cual la causa es de la atribución patrimonial cobra una especial importancia en el Registro, aunque como venimos diciendo no parece que sea sencillo desligarla de la causa contractual.

calado que nos permiten ver hasta qué punto puede resultar necesaria:

1° Se ha discutido tradicionalmente si es imprescindible la expresión de la causa en todo título formal que se presenta a inscripción. En principio la doctrina clásica lo ha exigido por las propias características del sistema (Art. 609 y 1261 CC), en tanto los Registradores deben calificar la validez del acto dispositivo que se inscribe (Art. 18 LH). Ello es lo que permite llevar a cabo una calificación acerca de la suficiencia, adecuación y licitud de la causa. Pero además, considerado el diferente juego de la autonomía de la voluntad respecto a los derechos reales, es lo que permite controlar la adecuación del derecho que se inscriba a la estructura institucional de derechos reales existente en nuestro ordenamiento.

2° La calificación registral entra en la anomalía, inadecuación y tipicidad de las causas. En efecto, el Registro ha sido un mecanismo desde el cual se ha combatido el

problema de la anomalía de las causas: a lo largo del tiempo se ha denegado la inscripción de aquellas atribuciones patrimoniales en las cuales no había causa suficiente, o esta se consideraba ilícita, tales como las adjudicaciones derivadas de un pacto comisorio o las ventas en función de garantía (sean estas como tales (R. 30 Junio 1987), con pacto de retro (18 Oct 1994) o bien opciones en garantía (22 Sept 1992) –sobre las cuales volveremos más adelante–, casos en los cuales la anomalía de la causa ocasiona la denegación de la inscripción^[19].

Por otro lado, el Registro ha servido para controlar la inadecuación de las causas: en un contexto de progresiva tendencia a la objetivación de la causa, no se permite adquirir un derecho real, ni diseñar uno nuevo, si

^[19] Lo cual sin embargo no sucede en negocios de estructura similar como el *leasing* (RR. 15, 16 y 17 Junio 1998).

no por las causas y con las modalidades^[20] típicas^[21].

De modo que la autonomía de la voluntad no sólo queda constreñida por la necesidad ineludible de causa, si no también por la exigencia de tipicidad de la misma^[22]. En caso

^[20] La R. 25 de Abril de 2005 entiende que no habiendo una nueva necesidad social que no recoja un derecho típico (como era en el caso el usufructo), no procede admitir un nuevo derecho real. La R. 4 de Mayo de 2009 exigió acudir a garantías típicas cuando se encaja en las mismas, y no a la creación de garantías atípicas.

^[21] Como se puede observar, la forma en que se ha venido exigiendo la causa para los derechos reales inscribibles, ha considerado causa como equivalente de función socio-económica, en un sentido más objetivo que subjetivo. Así, es frecuente la invocación a la estructura típica del derecho real y a la finalidad económica del mismo en la doctrina reciente de la DGRN (cfr. RR. 6 y 24 de Octubre de 2014 y 24 de Septiembre 2015).

^[22] Tipicidad en el sentido de adecuación de su función económico social (tipicidad causal, no legal), no en el estricto sentido de que sea un tipo previsto, pues como indica DE LOS MOZOS, no hay que confundir la clasificación típicos/atípicos con nominados/innominados: “serán negocios típicos no solamente aquellos que sean objeto de una regulación en el Código...si no también los que lo sean conforme a una función social o causal, pues es a propósito de ella donde actúa en el sistema de Derecho privado el principio de legalidad”. DE LOS MOZOS, J.L. *El negocio jurídico (estudios de Derecho civil)*. Motecorvo 1987, pág. 453.

de falsedad, ilicitud, inadecuación^[23] de la causa^[24], el Registrador debe denegar la inscripción.

3º Pese a que se ha entendido dicha necesidad^[25] de expresión^[26], y pese a que así lo ha dicho la DGRN en diferentes ocasiones^[27], no podemos olvidar que, junto a la causalidad sustantiva de nuestro sistema, el mismo admite una cierta “abstracción procesal” o “abstención de la mención de la causa” (DE CASTRO^[28]). Ello llevó a

^[23] R. 16 Enero 2013, que entiende que un mero compromiso de comprar no es causa suficiente de una adquisición, apuntando más bien a la posible aleatoriedad de la situación como causa adecuada.

^[24] Por ejemplo, la R. 28 de Febrero de 1992 rechazó la incongruencia del derecho cuya inscripción se pretendía con el poder jurídico- real que otorgaba. La R. 10 de Abril 2014 rechazó un derecho de adquisición preferente por falta de verdadera eficacia real. La R. de 5 de Diciembre de 2002 sí que admitió una servidumbre negativa de no uso.

^[25] Vid. R. 23 de Septiembre de 2016.

^[26] Cfr. R. 16-Enero-2013, que llega a decir que la expresión en el acta de inscripción del título de adquisición es la expresión de la causa de la adquisición misma.

^[27] Exigiendo al menos una expresión de modo genérico, especificando si es oneroso o gratuito, en el caso de las adquisiciones por cónyuges (RR. 29 y 31 de Marzo de 2010).

^[28] *El negocio...Ob.Cit*, p. 291.

LACRUZ y SANCHO en cierto momento a decir que, aunque se exija causa, no es precisa la mención específica de la misma por ser inscribibles todos los actos que implican una mutación jurídico real y por la presunción de causa (Art. 2 LH y 1277CC), si bien más tarde limitó esto a los negocios sobre el rango hipotecario (Art. 241 RH).

Junto a ello hay que tener en cuenta que la protección del tercero subadquirente se sujeta a que haya adquirido a título oneroso (Art. 34 LH), lo cual lleva a la DGRN a exigir que al menos el carácter de la adquisición quede claro en si es oneroso o gratuito^[29].

4º En caso de que haya contradicción al expresar la causa, calificando el negocio jurídico a veces de una manera y otras de otra (por ejem-

^[29] La Resolución de DGRN de 17 de enero de 2003, que entiende que en el expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (arts 200 a 202 LH, 285, 286 RH) ha de indicarse el título material de adquisición de aquél a cuyo favor se reanuda el tracto sucesivo, pues los efectos son distintos según que la adquisición sea onerosa o gratuita.

plo, compensación unas veces y otras condonación), se suspenderá la inscripción por falta de determinación (art 18 LH). Y no solo por afectar a la validez (lo cual se derivaría del principio de legalidad), si no por no estar claro lo que se inscribe, lo cual se deriva de las exigencias del principio de especialidad (Art. 9 LH).

5º Si la calificación del negocio es diferente de su contenido, siempre que no haya duda de su verdadera naturaleza, se practicará la inscripción conforme a su contenido. Y ello porque la determinación del contenido de la inscripción no es algo que dependa de las partes, si no que depende del Registrador, quien no puede poner defecto cuando la claridad sea incuestionable, ni por falta de validez ni por falta de claridad. Lo normal, con todo, será advertir de qué se va a inscribir, para permitir que las partes puedan decidir si inscriben o no lo que tal vez está mal otorgado. Pero a falta de claridad cabe exigir la correcta expresión de la causa^[30].

^[30] R. 4 de Septiembre de 2015: A le vende a C un bien para que pague una deuda que tiene con B, pero no se causaliza

6° Finalmente, no podemos dejar de mencionar la simulación negocial. Normalmente no se podrá apreciar dicha imperfección, y se practicará la inscripción conforme a la causa expresada (sin perjuicio de su posible impugnación: arts 40, 82 LH). Pensemos en una venta en función de garantía u otro negocio fiduciario en los que la fiducia no resulta de lo expresado si no de acuerdos secretos que no se pueden conocer. Ahora bien, cuando sí se pueden conocer, la DG admite la denegación por la detección del mecanismo, aun con otras palabras^[31]. Algo para lo cual hay que admitir que la calificación registral no debe limitarse

adecuadamente, de modo que no queda clara la causalidad de la adquisición de C. La DG exige aclarar que lo que pretenden es la venta de una finca hipotecada con retención del precio y asunción de la deuda por el comprador.

^[31] En la R. de 11 de Junio de 2024 se dice que la denegación debe ser confirmada “pues hay base suficiente para entender que en el presente caso se está en presencia de un mecanismo de opción de compra que se ha pactado con una finalidad de garantía de la devolución de una suma ya recibida, que ha de restituirse necesariamente, se haya ejercitado o no la opción en ese corto plazo de tiempo previsto (un mes) si se quiere cancelar registralmente la carga, lo que contra- viene la prohibición del pacto comisorio, y además en cierto modo entra en colisión con el artículo 1256 del Código Civil”.

a lo que se lee, sino a la intención evidente de las partes (de acuerdo con el Art. 1281 CC), tal como hace la Resolución de 30 de Julio de 2024^[32].

§4. EL PROBLEMA DE LA CAUSA EN LA CALIFICACIÓN DE NEGOCIOS CON PACTO COMISORIO

Uno de los casos en los que la anomalía e ilicitud de las causas ha generado mayores

^[32] Tras describir el negocio, afirma que “refuerza la afirmación de la registradora en el sentido de que se está concediendo a los vendedores un préstamo o crédito, en el que las condiciones del mismo se dejan fuera de la escritura, pero que, queda garantizado por la finca y que, en caso de llegar a ejercitar la opción (se supone, si el vendedor no devuelve las cantidades adelantadas por la entidad optante, que han de descontarse del precio) puede suponer la vulneración de la prohibición del pacto comisorio, que pretende evitar que el acreedor pueda hacer suyo el inmueble dado como garantía. Y es que se quiera o no, lo que viene a suponer una opción como la concedida es una traba del bien en función de garantía. Como igualmente es una traba en función de garantía una hipoteca, si bien su mecanismo de ejecución está revestido de unas garantías en beneficio del deudor que, en casos como el presente y por la propia dinámica y operativa de la opción (ponemos el acento en su ejercicio) brillan por su ausencia”.

problemas ha sido el del pacto comisorio. A decir de la Dirección General «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo^[33] como de este Centro Directivo» (RGRN. 8 de Abril de 1991). En aplicación de esta regla, la DGRSFP ha rechazado la inscripción de otros derechos cuando se usaban en función de garantía pretendiendo eludir la prohibición de pacto comisorio mediante negocios indirectos^[34], como es en ocasiones el derecho de opción

^[33] Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008.

^[34] Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008.

de compra^[35], especialmente cuando se utiliza en función de garantía. Sin embargo, en una Resolución de 9 de Enero de 2024 se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía (instrumentada a través de un derecho de opción) siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. Con anterioridad (RDGRN12 Dic 23) el Centro Directivo consideró que “deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda”^[36].

^[35] Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y en particular en las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021 y 13 de julio de 2022.

^[36] “Por ello –se añade– podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto

Se observa, por tanto, una tendencia a la evolución y la apertura habiendo equilibrio de intereses. Y se limita de algún modo la calificación registral si la simulación negocial o la construcción del negocio indirecto no se desprenden claramente del expediente^[37]. Sin embargo, en esa evolución se va produciendo un desdibujamiento de la *causa acquirendi* de los derechos inscritos. No es cuestión simplemente de que el deudor haya consentido (lo cual siempre es posible como dación en pago) o de que haya equivalencia de prestaciones^[38], lo cual seguramente sería válido si el consentimiento fuera lo único relevante, sino de que la adquisición con *causa garantiae* no sea ilícita y sobre todo sea insuficiente para adquirir. Y abrir la mano a operaciones de ingeniería jurídica que buscan el acceso al préstamo de quienes

y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión”.

^[37] Resoluciones de 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022. Doctrina reiterada el 12 de Diciembre de 2023.

^[38] Que es en lo que se basa la DG para denegar otra opción en R. 10 de Marzo de 2022.

más difícil lo tienen en el circuito bancario, lo único que va a producir es un incremento de los prestamistas y unos daños que nos devolverán a las buenas razones por las que el ordenamiento ha limitado tradicionalmente el pacto comisorio.

Unas razones que no han tardado en ser ponderadas, dentro del mismo año por el Centro directivo: a partir de la Resolución de 9 de Septiembre de 2024, varias resoluciones (por todas, R. 12 de Febrero de 2025) corrigen en parte los excesos de las anteriores, incidiendo precisamente en el problema de la causa.

Este vaivén doctrinal bien podría resolverse con una regulación más clara, sobre todo porque mientras se admite algo, se van quedando derechos inscritos que podrían en el futuro producir efectos comisorios indeseados. La propia DGS-FP ha resuelto ya que el derecho de opción indebidamente inscrito debe surtir efectos, pese a su nulidad manifiesta, en tanto no sea anulado por los tribunales (R.5 de Marzo de 2025). No cae en que, más allá de que el derecho constituido

declarable nulo, hay un problema de fondo de insuficiencia de *causa adquirendi* que permitiría rechazar los comisos indebidos por mucho que gocen de prioridad registral.

Visto el caso concreto, no cabe sino preguntarse si el papel de tutela de los deudores frente a construcciones que vulneran la prohibición de pacto comisorio serían o no combatibles a través de la calificación registral sin la causa como piedra angular de los derechos que se inscriben (que actúa normalmente a través de los contratos de finalidad traslativa que les sirven de título).

§5. ADJUDICACIONES PATRIMONIALES SIN SUFICIENTE CAUSA: EL PROBLEMA DE LAS ADQUISICIONES POR SUBASTA EN EJECUCIÓN FORZOSA

Mención aparte merece el problema de si las adjudicaciones patrimoniales inscritas en

el Registro contienen un enriquecimiento sin causa. Un tema que está evidentemente detrás de lo que hemos comentado respecto del pacto comisorio y las figuras para la burla de su prohibición. Un tema que, además, se manifiesta de modo especialmente virulento en relación con las adjudicaciones hipotecarias. Respecto de las mismas, a finales de la década pasada surgió la polémica por cuanto el Art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento civil permitía la adjudicación al acreedor, en caso de falta de postores, por el 50% del valor de tasación o por lo que se le deba por todos los conceptos. En un caso recurrido ante la Dirección General, se adjudicó por el importe de la deuda y dicho importe representaba el 23% del valor de tasación. La Registradora, procurando evitar la injusticia, realizó una aplicación conjunta de dicho precepto con el Art. 651 de la misma Ley^[39] y exigió que la adjudicación no se hiciera por menos del

^[39] En la redacción entonces vigente, el precepto admitía la adjudicación de bienes muebles por el 30% pero impidiendo bajar de dicho importe.

50% (lo cual implica en muchos casos consignar la diferencia, algo que naturalmente no suele interesar al acreedor)^[40]. La Dirección General dio la razón a la Registradora (R. 15 de Noviembre de 2018, que repite el criterio seguido desde la R. 20 de Septiembre de 2017). En su fundamentación, resulta interesante que considera que la calificación registral se puede extender a la justicia de la adjudicación como parte de la calificación de la congruencia del mandato con el procedimiento (con base en la doctrina del Tribunal Supremo –STS 625/2017, 21 de Noviembre-, y con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el equilibrio de intereses en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados –STC 113/2011 y las que en la misma se citan-).

^[40] La polémica a la que pueden dar lugar estos artículos ha sido en buena medida resuelta por la reforma del Art. 671 LEC a través de la Ley 1/2025 de 2 de Enero, que en ningún caso admite adjudicaciones inferiores al 40% del valor de tasación respecto de inmuebles.

Admitida la competencia para calificar el asunto, y analizando los criterios interpretativos de la norma, afirma el Centro Directivo que “la interpretación de una norma no puede amparar el empobrecimiento desmesurado y sin fundamento de una parte, y el enriquecimiento injusto de la otra”. Es decir, que invoca la causa de la atribución patrimonial como extremo fundamental que el Registrador puede calificar, incluso en documentos judiciales, por su relación con la congruencia procesal^[41].

Naturalmente, dicha causa de la atribución está relacionada con la causa del negocio que se ha de inscribir (en este caso la venta forzosa). Se considere o no que el negocio tiene causa, la causa de la atribución patrimonial existirá y deberá juzgarse. Pero si se prescindiese de la recta razón del negocio que es la causa, será más difícil de apreciar la justicia del caso, con riesgo de dañar a los perjudicados.

^[41] Cfr. Art. 100 del Reglamento Hipotecario, que establece los márgenes de calificación registral de los mandatos judiciales.

§6. EN PARTICULAR, EL EJEMPLO DE LAS DONACIONES *MORTIS... CAUSA*

Un ejemplo que merece mención, y que nos permite ver con claridad la importancia de la causa, tanto para el contrato como para la atribución patrimonial, es el de las donaciones *mortis causa*^[42]. La inscripción de las mismas está expresamente excluida por la Dirección General de Seguridad jurídica y fe pública y su antecesora la DGRN precisamente por la falta de atribución de un derecho siquiera en expectativa^[43].

Vale la pena traer aquí la explicación del insigne jurista catalán Ramón María ROCA SASTRE, quien recuerda que, en la donación *mortis causa*, la muerte no es mero motivo subjetivo cómo podría serlo en una donación *inter vivos* relacionada con la muerte, sino que

^[42] Me planteo el tema de modo especial a partir de las preguntas del por entonces opositor Juan José García Nuñez (coautor hoy de este libro), al venir a la clase preparatoria.

^[43] Cfr. RR de 5 de Abril de 2016 y 29 de Octubre de 2020.

aquí la muerte “se objetiviza y se incorpora a la donación como causa, actuando en ella como condición esencial”^[44]. Siendo esencial, no hay verdadera liberalidad del bienhechor, porque puede revocar, y es por ese fallo causal por lo que no se permite la inscripción de las donaciones *mortis causa*.

Una regla que tiene, como tantas otras cosas, excepciones forales. Pues como he destacado en otro lugar^[45], determinados pactos sucesorios^[46] admitidos en el Derecho catalán^[47] propician la anomalía de que se admita el reflejo registral de una atribución revocable y en mera expectativa. Algo que

^[44] *Estudios de Derecho privado I*, p.563.

^[45] VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “La inscribibilidad de pactos sucesorios revocables: ¿una anomalía del Derecho civil catalán a corregir?”. *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 121, N° 2, 2022, págs. 443-454.

^[46] En el caso de la R. 5 de Abril de 2016, el Notario recurrente alegó la inscribibilidad por ser un pacto sucesorio y permitirse en los mismos la inscripción de atribuciones sin transmisión de presente. Pero la DG no se lo admitió por el carácter revocable.

^[47] Cuando hay atribuciones para terceros no intervinientes que resultan revocables: Artt. 431-3, 431-8 y 431-15 del Código civil de Cataluña (CCC).

no necesariamente repugna a los fundamentos del Derecho registral, pues hay derechos en expectativa que se reflejan en el Registro (v.gr. el derecho de viudedad aragonés en fase expectante^[48] o la adquisición bajo condición suspensiva del Art. 23 LH), pero dichas situaciones constituyen una excepción a la regla general, o una particularidad del contenido de la causa en el Derecho foral, lo cual nos lleva a otro problema:

§7. ¿EL DIFERENTE CONTENIDO DE LA CAUSA EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS?

Y es que la denegación de la inscripción de las donaciones *mortis causa* y situaciones equivalentes como la comentada se basa fundamentalmente en que las mismas no tienen

^[48] Sobre el reflejo registral del derecho de viudedad aragonés he tratado en VIGIL DE QUIÑONES OTERO “El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad”. En *Revista de Derecho civil aragonés*. XX, 2014. Págs. 155 a 179.

causa bastante, necesaria siempre para la inscripción^[49].

Ahora bien, siendo que las donaciones *mortis causa* tienen por tanto una peculiaridad causal, y siendo que las mismas están admitidas en el Derecho catalán (Artt. 432-1 a 5 CCCat), cabe defender perfectamente que la definición de lo que la causa sea en el Derecho catalán debe ser diferente a lo que, con carácter común, establece el Código civil español en su artículo 1274.

Al caso de la donación *mortis causa* hemos de unir la venta en función de garantía (621-55) o la rescisión *ultradimidium* que hace la prestación o promesa que sirve de base al contrato no sea el precio sino el valor (621-45). También habría que añadir que en el Art. 622-36 CCCat la irrevocabilidad del

^[49] En la extensa Resolución de 2020 citada, la Dirección General da la razón a la Registradora quien señaló como fundamento esencial de la denegación que la donación *mortis causa* revocable era un “desplazamiento patrimonial carente de causa”.

poder pende de la causalidad^[50]. Sin un elemento como la causa, quedaría cojo el tema y sería complejo de explicar.

Esas normas no pueden tener como fundamento sino una idea de causa que no es la misma del Art. 1274 CC: no estamos hablando ni de la pura liberalidad ni de la prestación o promesa de la otra parte, pues aquí se permiten atribuciones patrimoniales exorbitantes de la conmutatividad de prestaciones que toma el Art. 1274 CC como base del contrato.

Esta interpretación abierta a la novedad autonómica es coherente con lo resuelto

^[50] Dice MORALES, incluso respecto de la propuesta anticausalista de libro IV del CC que “La PM-23 no ha atribuido carácter abstracto al negocio de apoderamiento; no ha roto la relación natural de conexión causal existente entre él y la relación básica en la que se inserta (mandato, prestación de servicios, sociedad, etc.)” (*Ob. Cit.* Pág. 124). Añadiendo que “El hecho de que la PM-23 no exija la causa como requisito del contrato de modo general, no priva al negocio de apoderamiento de su relación causal natural con la relación jurídica que ha dado lugar al nacimiento del mismo. No lo convierte en un negocio abstracto” (*Ob. Cit.* Pág. 125).

por el Tribunal Constitucional: el FJ 6º de la STC 132/2019 entiende que los requisitos del contrato forman parte de las bases de las obligaciones que actúan como límite de la legislación autonómica. Los requisitos. No el concepto de causa ni su contenido, que pueden variar de un territorio a otro.

Ahora bien, si se suprimiese la causa como requisito del contrato, ¿se saldría una legislación causalista de dichas bases? Seguramente sí. Y por ello cualquier reforma legislativa del Código estatal sería una materia en la que los representantes de los territorios con Derecho civil propio deberían hacer cuestión, pues tocar el requisito de la causa sería un duro golpe al Derecho civil catalán y navarro y tal vez a los demás, dada la cuestión del pacto sucesorio que permite atribuir bienes de manera revocable y sin transmisión presente.

§8. EL LEGADO DE COSA ENAJENADA, Y LA CAUSALIDAD DEL MISMO

Otro supuesto que permite una reflexión a este respecto, es el del legado de cosa propia del testador que fue enajenada con posterioridad. El caso ya se planteaba en el Derecho romano: enajenando voluntariamente el testador la cosa legada, quedaba extinguido el legado. La regla pasó al viejo Derecho castellano, si bien en las Partidas se afinó un poco el criterio: el legado quedaba extinguido si la enajenación de la cosa legada era gratuita. Siendo onerosa (y aquí ya empieza la causa a hacer de las suyas), si el testador recuperaba luego la cosa se mantenía el legado, pues se podía interpretar que una enajenación onerosa se debía a una necesidad y no a una voluntad deliberada de deshacerse de la cosa. En el supuesto es evidente que hay una causalidad muy grave, tanto de los contratos de donación o transmisión onerosa de que se trate, como de las atribuciones patrimoniales a que los mismos puedan dar lugar (que

como de costumbre aparecen unidos y hasta cierto punto inseparables).

El Código civil español, recogiendo la tradición, afina más todavía: el Art. 869.2º permite tener por extinguido el legado cuando la cosa sale del patrimonio del testador, aunque después la recupere. Únicamente salva un caso: que la recuperación se lleve a cabo por medio de un derecho de retracto que se haya reservado el testador. Es decir, que no haya verdadera voluntad deliberada de deshacerse de la cosa, o que se exhiba la voluntad de recuperarla. Ello podría pensarse que se canaliza a través del consentimiento y su contenido, en una visión anticausalista. Pero se comprende mejor si recurrimos a la causa: el legado pende de que se preserve la pura liberalidad del testador, y de que se mantenga alguna conexión causal entre la enajenación y la recuperación de la cosa legada. Una conexión que evidentemente descansa en la razón de ser, base del negocio de finalidad traslativa en el que se pacta el retracto. MANRESA entiende que,

naturalmente, todos los otros casos de reservas, reversiones, transmisiones limitadas (censos, usufructos, superficies) que impliquen la recuperación de derechos por parte del testador siguen la misma regla^[51].

Visto el problema desde el Registro, el reflejo que se hará de la *causa contractus* y de la *causa tradendi* (venta+pacto de retro) deberá ser claro y expreso, conforme al principio de especialidad. En este caso, como en los otros, prescindir de la categoría de la causa no hará las cosas más fáciles, pero sí podría complicar las interpretaciones y la resolución de los conflictos.

§9. CUANDO LA CAUSA DETERMINA EL DERECHO: LA REVERSIÓN EXPROPIATORIA

En el Derecho administrativo, existe un negocio formal que ocasiona la transmisión

^[51] MANRESA NAVARRO, J.M^a. *Comentarios al Código civil español*. Tomo VI. 6^a Ed. Ed. Reus, Madrid 1932, p. 425.

de fincas de los particulares al Estado y que recibe el nombre de expropiación forzosa. Merece la pena considerarlo como negocio jurídico que es, por forzoso que resulte, y la importancia que en el mismo tiene la causa^[52]. Una causa que es la determinante, no sólo de los derechos de la Administración, sino también de los del particular, entre los cuales se halla el poder recuperar el bien cuando no se cumplen los fines que justificaron la utilidad pública de la expropiación o derecho de reversión.

Dicho derecho de reversión debe hacerse constar expresamente en el Registro. Una constancia que, como explica GARCÍA GARCÍA, es de su fase de expectativa^[53] (o fase latente, en expresión de la Dirección General^[54]). Con anterioridad a la versión

^[52] Debe verse la construcción doctrinal que hacen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ en el imprescindible *Curso de Derecho administrativo* (Tomo II, Tit VI, XIX-V).

^[53] GARCÍA GARCÍA, J.M. *Código de la legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*. Tomo II, 8ª Edición, 2014, p. 4188.

^[54] RGRN 8 de Febrero de 2012.

que dio al Art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) la Ley 38/1999, dicho derecho no se expresaba como tal. Simplemente surtía efecto legal por el hecho de que la *causa adquirendi* que constaba en el Registro fuera expropiatoria. Y no cabía decir por parte de ningún tercero que la causa de resolución del derecho del titular a efectos del Art. 34 LH no constaba, pues constaba la causa^[55], y ella determinaba el derecho^[56] (Art. 37 LH). Precisamente para evitar inseguridades se modificó la ley y se

^[55] Conviene también un repaso a la parte sobre la naturaleza del derecho de reversión en el mismo *Curso de Derecho administrativo* de G^a ENTERRÍA- FERNÁNDEZ (Tomo II, Tit VI, XIX-VIII).

^[56] A decir de la DGRN (R. 28 de Junio de 2001, relativa a un caso en que la inscripción mencionaba la *causa expropriandi* pero no el derecho de reversión expresamente) “Normalmente la cualidad de expropiado consta en el Registro sólo de manera implícita, pues en la inscripción de la expropiación consta la persona del anterior titular, contra quien se dirigió el expediente; ahora bien, legalmente está reconocida la posibilidad de transmisión de tal cualidad, puesto que el derecho de reversión se reconoce a favor del expropiado y de sus causahabientes (cfr, artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa), por lo que los derechos que atribuye tal cualidad son perfectamente inscribibles por gozar de la inmediatez y eficacia «erga omnes» de todo derecho real”.

pidió la constancia expresa como carga. Pero la *ratio* del derecho de reversión, su causa, es precisamente la *causa adquirendi* expropiatoria. Algo que, prescindiendo de la causa como requisito del negocio (en este caso expropiatorio), no sería ni mucho menos tan claro.

§10. ¿PODRÍA FUNCIONAR EL REGISTRO SIN LA CAUSA? EL PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO COMO EXCEPCIÓN

De los apartados anteriores, bien se puede ver que la ausencia de la causa en el contrato sería problemática para el Registro en lo que pueda afectar a la atribución patrimonial que en el mismo se inscribe. Ahora bien, no queremos dejar de plantear, como ya hemos hecho antes, la hipótesis de que el Registro español sea menos causalista de lo que parece. Algo que se plantean en general los autores para ponderar si es o no admisible el

consentimiento abstracto para realizar modificaciones registrales, y si del mismo cabría deducir una hipotética vigencia en nuestro sistema del principio de consentimiento.

Y es que, en efecto, en el Registro hay una serie de actos para los cuales únicamente se requiere el consentimiento del titular (sin preguntar por su causa). Normalmente son actos modificativos del derecho (por ejemplo, alterar una servidumbre o extinguirla, cancelar una hipoteca o modificar su rango) o del objeto del mismo (por ejemplo reducir la cabida registrada de una finca)^[57]. Sin embargo, en ocasiones, como en el caso de las cancelaciones^[58], se

^[57] SANZ defiende que son también casos de inscripciones *sine causa* las llamadas modificaciones de entidades hipotecarias (es decir, modificaciones de fincas: agrupar, dividir, segregar o agregar fincas, Arts 45 y ss RH). La mayoría de la doctrina disiente de este supuesto, que son simples actos de configuración material, o declaraciones de valor confesorio, pero no actos dispositivos.

^[58] El supuesto más discutido es el de las cancelaciones de asientos cuando el Art. 82 LH dice que “*Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico,*

trata de verdaderos actos de extinción de los derechos que implican una adquisición por parte de otra persona: el titular gravado pasa a ser titular libre. Y si ello es así en

en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos". Para un importante sector, estas cancelaciones no precisan la expresión de causa; pero sin que por ello se conviertan en negocios abstractos, puesto que si se demuestra que el consentimiento carece de causa, el asiento será nulo. La mayoría, en base a la interpretación sistemática de los Arts. 79, 80 y 99 LH, estima que el título formal en el que se solicita la modificación registral, ha de contener necesariamente la causa de la extinción, total o parcial, del derecho a que se refiera el asiento que se pretende cancelar. Este requisito también resulta del Art.193.2 del RH, al exigir que en el asiento de cancelación conste "*la causa o razón de la cancelación*". La DGRN en la importante R 2 de noviembre de 1992 (confirmada por otras posteriores de 27 septiembre de 1999, 12 de septiembre de 2000, 20 de diciembre de 2000, 20 de febrero de 2003), rechaza que el Art 82 LH sea una manifestación del consentimiento formal, ya que tal principio es contrario a nuestro sistema registral (según el centro directivo) y a nuestro sistema civil causalista. La expresión de la causa es un presupuesto obligado para la calificación del Registrador, pues así lo exige el principio de determinación. Su finalidad, por tanto, no es la de introducir un disonante y excepcional consentimiento formal, sino otra mucho más modesta que resulta de su contexto: la de señalar qué título es necesario en cada caso para obtener una cancelación. Lo cierto es que en la práctica únicamente se exige el consentimiento del titular. Sólo excepcionalmente se exige el consentimiento de titulares que van a resultar beneficiados (como por ejemplo el caso de los cotitulares, RDGRN de 30 de Agosto de 2013).

estos casos, y si en última instancia todo derecho es renunciable dentro de los límites legales, no puede extrañar que don Jerónimo GONZÁLEZ^[59] especulase con la posible existencia en España de un “principio de consentimiento” en virtud del cual, dada la cierta germanización y abstracción de nuestro Derecho registral, se pueden hacer operaciones registrales sin más requisito ni causa que el consentimiento.

Por ejemplo, la legislación urbanística contempla una serie de operaciones registrales que se pueden hacer, y que convierten a alguien en titular registral, tales como la cesión en virtud de convenio. No se pide en cambio causa ninguna de dicho convenio (tal vez considerando la legislación que la realización del plan urbanístico es causa *per se*), pero lo cierto es que esa causa objetiva y general siempre tendrá

^[59] Jerónimo GONZÁLEZ dijo que la constitución unilateral de hipoteca (Art. 141 LH) es otro caso. Si bien como recuerda el resto de la doctrina, la plena efectividad de la hipoteca queda supeditada a la aceptación.

una causa de las partes en el convenio (sigamos la teoría objetiva o subjetiva de la causa) que nadie pide, si no que basta el consentimiento. Del mismo modo, los negocios sobre el rango siempre tienen una causa, pero ni se pide ni se inscribe (Art. 241 RH^[60]).

Lo que vale para esos casos, ¿admite acaso analogía, pese a la regla general de adquisición con causa? Admitir una extensión de la excepción alteraría el sistema. Lo cierto es que si en la práctica un titular viene a consentir un cambio de titularidad

^[60] La posposición unilateral de rango (Art. 241 RH) se admite como caso de mutación registral sin expresión de causa, pues se dice que el titular registral presta su consentimiento formal para la postergación de su rango registral, en beneficio de un derecho futuro. Pero hay quien lo rechaza diciendo que no produce efectos si el derecho futuro no se constituye e inscribe en plazo. La Resolución DGRN de 4 de noviembre de 2000 entendió que no estamos ante un caso de consentimiento formal porque se puede entender expresada la causa de la posposición que justifica su inscripción con el sólo negocio de posposición, en cuanto supone de por sí una abdicación del rango hipotecario (de su potencial efectividad y no del derecho de hipoteca).

sin causa, sea por renuncia^[61] o no, podría haber casos en que se le admita. Pensemos por ejemplo en que una sociedad aporta una rama de actividad a otra que la absorbe, y que en dicha rama se aporta una finca que luego en realidad se juzga que no era de la rama si no de otra unidad de negocio de la misma sociedad. ¿Cómo deshacer la inscripción? El procedimiento causalista

^[61] El art. 179RH que dice que “*aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo 1.º del artículo 82 de la Ley, o, en su defecto, en virtud de ejecutoria*”. Dicho precepto admite un consentimiento cancelatorio sin causa, que por ello se ha considerado material y formal (aunque ROCA lo consideró meramente formal, LACRUZ, CARRETERO y SANZ lo consideraron también material). Se admite, según estos autores, por presumirse una renuncia de derechos ex. Art. 6.2 LH. Otros como PEÑA lo niegan atendiendo a artículos que sí exigen clarificaciones causales para cancelar como los Artt. 173, 174 o 193.2º RH. DÍEZ- PICAZO, por entender que es un consentimiento procesalmente abstracto. En la doctrina más reciente, RODRIGUEZ- ROSADO considera que la doctrina de PEÑA y DÍEZ- PICAZO es la correcta. No tanto por las razones que dan los mismos, sino por las razones aportadas por la tesis contraria: cabría cancelar por una renuncia de derechos. Pero entonces ya no sería una cancelación en base a un mero consentimiento formal, sino que la renuncia sería la causa.

más puro nos llevaría a una novación del negocio de fusión. La práctica, en cambio, nos permite un consentimiento formal (de ambas partes afectadas) a la cancelación que ocasiona la “resurrección” de una titularidad cancelada por mero consentimiento que tiene los mismos efectos traslativos que tendría el negocio de novación, pero sin pedir causa (que la habrá, nadie lo duda, y es la fusión y su corrección), sino solo consentimiento. Así ocurre en el Art. 17 del RD 1093/1997 en relación a la inscripción de operaciones urbanísticas cuando el adjudicatario de la finca de resultado era transmisor o causante del titular actual, que por la inscripción de la operación ve cancelado su derecho. Dicha transmisión tiene ciertamente la causa del negocio que ocasionó la adquisición de la finca de origen por el causahabiente (o la de la fusión deshecha del otro ejemplo), pero para la operación registral no se pide esa causa, si no sólo consentimiento. Si admitimos soluciones así para casos no previstos, y el legislador va extendiendo poco a poco los supuestos

de excepción a nuevas necesidades, entonces el sistema estaría más afectado por el principio de consentimiento de lo que parece. Pero mientras eso no ocurra, el Registro es tan causalista como el propio sistema de transmisión del dominio.

Ahora bien, un ejercicio intelectual interesante para un civilista puede ser valorar si la abstracción traditoria del Derecho registral español, leída a la luz de las doctrinas que defienden que respecto de la propiedad inscrita la inscripción suple a la tradición (amparadas en el Art. 1537 CC)^[62], no estarían dando al traste con el sistema causal civil de transmisión del dominio. Es decir, que defender una descausalización del sistema produciría, para la propiedad inscrita, que la inscripción supliría a la tradición.

^[62] Entre los autores clásicos, DE LA RICA Y HERMIDA, entre los recientes GÓMEZ GALLIGO y MÉNDEZ (vid. referencias en bibliografía).

§11. LA CAUSA DE LA ADQUISICIÓN DEL TITULAR REGISTRAL Y LOS TERCEROS DE BUENA FE: LA ABSTRACCIÓN DE LA TITULARIDAD AL ACCEDER AL REGISTRO

Aun cuando la *causa adquirendi* es por tanto esencial para inscribir, cabe defender que, en la pura aplicación del Art. 34 LH, no es relevante a la hora de disponer. Una vez ingresado un derecho en el Registro, su titular es capaz de convertir en titular a otro con independencia de los fallos de causa que afecten a su adquisición (y que no se hayan detectado en el proceso de inscripción). ¿Cómo explicar esto? La doctrina habla de una abstracción, una vez se inscribe. Dicha abstracción ocasiona que, a partir de la inscripción, la inscripción misma sea el derecho (y no el derecho en sí, con causa determinada y condicionante)^[63]. Al igual que los efectos de

^[63] Cfr. MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. “La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Núm. 703.

reivindicabilidad ilimitada derivados del sistema de título y modo se intentan limitar de alguna manera a través de reglas de seguridad del tráfico como el Art. 448 y 464 CC para la posesión, el 85 del Código de comercio para los bienes adquiridos de comerciantes, y el 20 y 67 de la Ley Cambiaria para las letras (haciendo abstracción de la relación de valuta), en el ámbito registral se produce una abstracción que supera el *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos a través del Art. 34 LH (de acuerdo con el planteamiento de Fernando P. MÉNDEZ^[64]). Una abstracción que hace converger el sistema español con el alemán: la causa de la adquisición, inscrito el derecho, no perjudica a terceros^[65].

Dicha construcción, sin duda interesante para la seguridad del tráfico, no es compartida por toda la doctrina. En cuanto a las reglas mercan-

^[64] Cfr. MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Civitas, Madrid 2011.

^[65] MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

tiles cambiarias, por cuanto los casos de los Artt. 20 y 67^[66] de la Ley cambiaria son una excepción en un sistema causalista (CLAVERÍA^[67]). En cuanto al 34 LH, por la doctrina sobre la buena fe que sigue el Tribunal Supremo: no basta con confiar en la apariencia, sino que se requiere cierta diligencia por parte del tercero^[68].

^[66] Sin que quepa entender la expresión “a sabiendas” como específica intención de dañar, doctrina de PAZ ARES, autor del que parte MÉNDEZ en cuanto a la incorporación de derechos al título valor, criticada por CLAVERÍA.

^[67] CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H. *La causa del contrato*. Publicaciones del Colegio de España, Bolonia 1998. Págs. 258 y 259.

^[68] El Tribunal Supremo, en la renombrada Sentencia de 7 de Septiembre de 2007 (criterio reiterado más recientemente el 4 de octubre de 2017), reputó de mala fe a quien desconocía la falta de titularidad del transmitente por negligencia ignorante. Dicha negligencia la asocia con tener medios racionales o motivos suficientes para conocer que la finca estaba siendo disfrutada de hecho por otra persona (Art. 36 LH). No basta por tanto fiarse de la apariencia creada por el Registro, sino que la buena fe decae al demostrarse el conocimiento de la discordante realidad extrarregistral, criterio bendecido por CUENA y criticado por GUILARTE (CUENA CASAS, M. “Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral: sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007”. En *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 1, 2008 (2005-2007); GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*. Lex Nova. Valladolid 2011).

Ello hace que el Art. 34 LH no se aplique tan fácilmente como en teoría podría parecer. Y haría cuestionable la tesis de la abstracción y la convergencia entre el sistema español y el sistema alemán, tesis en todo caso brillante cuyo estudio recomendamos.

El sistema, por tanto, es más causalista de lo que parece incluso en la consideración más germánica del principio de fe pública. Pues, aun siendo cierta toda la doctrina germanista indicada, no sería posible crear la situación que propicia la aplicación del Art. 34 LH sin implicaciones de causa. Y ello ya nos separa en lo fundamental del sistema alemán, y sigue haciendo dependiente a nuestro sistema de seguridad del tráfico de la causa de la adquisición, y por esta de la causa del contrato.

§12 CAUSA, FORMA, INSCRIPCIÓN

Otra reflexión que nos permite ponderar la necesidad de la causa, requiere volver sobre el viejo tema de la relación de la causa

con la forma. Tal y como explica Federico DE CASTRO, causa y forma solían tomarse como inversamente proporcionales. A más claridad de forma, menos exigencia de causa^[69]. Pues si la causa está para modalizar los efectos del consentimiento, estando este mucho más claro por la propia solidez de la forma, menos falta hace la causa^[70].

Ello naturalmente contrasta con el hecho de que la causa sea tan necesaria en el Registro para inscribir por su importancia en la atribución patrimonial que se inscribe. Más si tenemos en cuenta la absoluta necesidad de forma para lograr la inscripción por la

[69] “Se puede observar el hecho tan repetido, que pudiera tomarse como ley, de que el aumento de la importancia de una figura significa la recíproca disminución de la otra” (DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de estudios jurídicos. Madrid, 1967, p. 187).

[70] “La utilidad de la causa, advertida respecto a los contratos innominados, se irá extendiendo al irse quitando valor a la forma como requisito ad substantiam de los contratos. De ahí, también, que el sistema espiritualista de la contratación, que impusiera el ordenamiento de Alcalá, llevara consigo una progresiva potenciación de la causa” (DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de estudios jurídicos. Madrid, 1967, p. 187).

regla (principio según algunos) de titulación auténtica (Art. 3 LH).

¿Cómo explicar esto? ¿Debería permitir la perfección de forma prescindir de la causa a efectos de la inscripción?

Para responder hay que tener en cuenta que la tensión causa-forma se planteaba como una cuestión del momento constitutivo del contrato con vistas al momento de sus efectos. Si la forma nos dejaba claro tanto el consentimiento como su eficacia (modalización del consentimiento), no era preciso cargar tanto la exigencia de causa. Sin embargo, el Registro, aunque en los contratos importantes tiene lugar a continuación de la perfección contractual (siendo determinante de lo que el contrato busca: inscripción constitutiva y cuasiconstitutiva), es ya una fase diferente. Porque no es un elemento del contrato. Es un elemento del derecho. La forma es un elemento del negocio. Pero

la publicidad es de los derechos^[71]. Y la causa de los derechos es tan determinante que no puede dejar de exigirse en su plenitud a efectos de publicidad: tanto en su existencia, como en su forma.

De lo cual podemos extraer dos consecuencias. Una para la teoría general del negocio. Y otra para el tema que nos ocupa sobre prescindibilidad de la causa.

En cuanto a la teoría del negocio, valorando el problema de la eficacia del negocio y la publicidad de los derechos que pretende transmitir, se diría que la relación inversamente proporcional de causa y forma no es tan clara. Pues por muy perfecta que sea la forma, sin la claridad de la causa se puede frustrar la eficacia del negocio (como de hecho ocurre cuando este queda ineficaz por

^[71] Como recordaba AMORÓS al comentar la edición de 1968 del Derecho inmobiliario registral de LACRUZ y SANCHE, alabando la certera diferenciación de ambos conceptos. Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M. *Estudios jurídicos*, Colegio de Registradores, Madrid 2009., tomo I. Pág. 614.

la ilicitud de la causa, gozando de toda la forma posible).

En cuanto al tema que nos ocupa, tal vez los detractores de la causa siguen esa explicación clásica y piensan que podemos prescindir de la causa porque hemos evolucionado muy positivamente en la forma con los tiempos (no solo por el peso institucional de la fe pública en las sociedades avanzadas, sino también por las posibilidades tecnológicas que hacen que todo quede más formalizado que antes). Pero si atendemos a los efectos del negocio, y por tanto a la publicidad de los derechos que del mismo nacen cuando tiene finalidad traslativa, la necesidad de causa es tan grande^[72] (y tan dependiente del mismo contrato) que prescindir de la causa complicará más las cosas.

^[72] GARCÍA GARCÍA lo trata como un verdadero principio de causalidad: cfr. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo III. Civitas, Madrid 2002. Págs. 1125 y ss.

§13 LA CAUSA DEL MATRIMONIO Y SU PUBLICIDAD COMO EJEMPLO LUMINOSO

Para una mejor comprensión de lo que decimos, sugiero que nos salgamos del ámbito patrimonial y del Derecho registral de bienes, y vayamos al Derecho registral de personas^[73]. Miremos al Registro civil y la problemática del matrimonio. Ámbito en el

^[73] Aunque no todos los autores comparten la idea de un Derecho registral autónomo (en contra, GARCÍA GARCÍA, *Ob. Cit.* Tomo I, Págs. 75 y ss), no han faltado quienes, como Amorós, consideran el Derecho registral “un atractivo paisaje en lontananza” (AMORÓS GUARDIOLA, M. “Sobre el Derecho inmobiliario registral y su posible autonomía”. En *Estudios jurídicos*, tomo I, Colegio de Registradores, Madrid 2009, págs. 11 a 83). La Real Academia de jurisprudencia tiene una sección de Derecho registral. Y a esa lógica respondió el planteamiento del tomo X del *Tratado de Derecho civil* diseñado por Rams, que tuvo el gusto de coordinar en el 160 aniversario de la Ley Hipotecaria, y que abarcaba el Derecho registral civil de persona (Registro civil) y bienes (Registros de la Propiedad mueble e inmueble). A eso responde que en tomo de reales de las *Lecciones de derecho privado* más recientes, el capítulo sobre el Registro no se llame Derecho inmobiliario registral sino “Derecho registral de bienes”.

que la causa está algo más oculta bajo la forma, sin llegar a desaparecer^[74].

Cómo todo el mundo sabe, el Estado para reconocer un matrimonio requiere que se den unas condiciones de monogamia en los contrayentes y que estos consientan (Artt. 45, 58 CC). No les pregunta si se quieren (Art. 58 CC). Incluso en los matrimonios religiosos (admitidos con efectos civiles) tampoco les pregunta nadie si se quieren. Les pregunta si consienten en casarse. Pero no es un consentimiento cualquiera. Es un consentimiento con cierto contenido y que debe ser puro (Art. 45-II). Un consentimiento modalizado en sus efectos por una causa. La perfección de forma no aminora en modo alguno la exigencia de causa. Y hay toda una normativa dirigida a evitar los matrimonios

^[74] A decir de DE CASTRO, “en los negocios relativos al estado civil, en los de Derecho de familia y en los sobre la sucesión mortis causa se da, por el contrario, valor fundamental a la forma, con lo que causa queda en un segundo término, poco destacado por la doctrina” (*Ob. Cit.*, p. 188)

de conveniencia (cfrs. Instrucciones de 31 de Enero de 2006 y 9 de Enero de 1995).

Podría pensarse que es un simple tema de consentimiento, de su contenido y de su forma (y sobre la centralidad del consentimiento se construye la Instrucción de 2006). Pero no podemos olvidar que el mal que se combate (la simulación) es una anomalía más de causa que de consentimiento. Porque consentimiento hay. Otra cosa es que su razón, finalidad, utilidad, causa no son los que deberían. Y ello nos permite descubrir que la causa es un elemento del negocio mucho menos prescindible de lo que pueda parecer, que esa necesidad no disminuye por la perfección de la forma, y que se exige especialmente en el momento de la inscripción.

§14. CONCLUSIÓN

De los apartados anteriores, bien puede verse que la causa de la adquisición patrimonial es imprescindible en nuestro siste-

ma registral. Incluso me atrevo a decir que la causa es como un elemento incesante de nuestro Derecho patrimonial. Pues se mire a donde se mire (donaciones *mortis causa*, pactos comisorios, garantías atípicas, atribuciones patrimoniales exorbitantes, normas de Derecho autonómico y un largo etcétera), la causa siempre aparece para resolver problemas prácticos que van surgiendo en la realidad con sus altibajos (crisis económicas, nuevas necesidades...). Aparece como elemento fundamental a considerar para inscribir una atribución patrimonial. Pero aparece a través del vehículo material y formal de que la misma se sirve: el contrato. Por tanto, prescindir de la causa en el contrato haría mucho más complejo que las funciones de la misma se siguieran cumpliendo, y dificultaría el servicio a las mismas de la calificación registral, por lo dicho.

Considerado lo cual, y volviendo al comienzo, pienso que los defensores de la supresión de la causa deben al conjunto de la comunidad jurídica, y en particular a los que

la aplicamos a diario, una explicación más extensa sobre su conveniencia. En concreto, una explicación sobre cómo creen que pueden seguir jugando las funciones de la causa por otros cauces. Y, por la parte que me toca, me permito pedir en concreto que expliquen cómo podríamos controlar dichas funciones si la causa desaparece del vehículo en el que hoy viene montada: el título inscribible.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, M. *Estudios jurídicos*, Colegio de Registradores, Madrid 2009, tomo I.
- AA.VV. (MURGA FERNÁNDEZ, J.P. – VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., Dirs). *Manual de Derecho inmobiliario registral*. Aranzadi 2024.
- AA.VV. (RAMS ALBESA, J. –Dir-. LACRUZ BESCÓS, J.L.- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. –Coords-). *Tratado de Derecho civil. Tomo X: La fe pública registral*. Dykinson, Madrid 2021.
- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 4^a, Aranzadi, 2024.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H. *La causa del contrato*. Publicaciones del Colegio de España, Bolonia 1998.

- CUENA CASAS, M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. J.M. Bosch, Barcelona 1996.
- “Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral: sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007”. En *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 1, 2008 (2005-2007).
- DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid 1967.
- *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid 1985.
- DE LA RICA Y ARENAL, R. *Valor de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria*. Valencia 1949.
- DE LOS MOZOS, J.L. *El negocio jurídico (estudios de Derecho civil)*. Motecorvo 1987.
- GALICIA AIZPURUA, G.H. “Causa de la obligación frente a causa del contrato en el Código civil español: una exposición crítica (a propósito de la propuesta de modernización del derecho de obligaciones formulada por la Comisión general de codificación)”. En *Revista de Derecho privado*, ISSN 0034-7922. Año 94, Mes 6, 2010. Págs. 29-61.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ- CARANDE, E.-
FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 8ª Edición. Civitas, Madrid 2001.

- *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 18ª Edición. Civitas, Cizur menor 2024.

GARCÍA GARCÍA, J.M. *Derecho Inmobiliario registral o Hipotecario*, tomo I. Civitas: Cizur Menor 1988.

- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid, 1988 – 2
- *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo III. Civitas, Madrid 2002.
- *Código de la legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*. Tomo II, 8ª Edición, 2014.

GARCÍA GARCÍA, J.A. “Los límites a la autonomía de la voluntad en relación con las facultades dispositivas sobre los bienes inmuebles”. En PARRA LUCAN (Dir). *Autonomía privada y límites sobre su ejercicio*. Comares, Granada 2016.

GÓMEZ GALLIGO, F.J. Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año nº 97, Nº 784, 2021, págs. 965-987.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. “Principio del consentimiento”. En *Estudios de Derecho civil e hipotecario*. Civitas- Registradores de España, Cizur menor 2009 (el artículo originalmente en la RCDI en 1926).

- *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*. Madrid 1948.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*. Lex Nova. Valladolid 2011.

HERMIDA LINARES. *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*. Colegio nacional de Registradores. Madrid, 1973.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1955.

- *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1957.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA F.A. *Elementos de Derecho civil. III Bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Bosch, Barcelona 1984.

LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. *Elementos de Derecho civil. III Bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. Dykinson, Madrid 2001.

MANRESA NAVARRO, J.M^a. *Comentarios al Código civil español*. Tomo VI. 6^a Ed. Ed. Reus, Madrid 1932.

MARTÍN PÉREZ, J.A., “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)” en Eugenio LLAMAS POMBO (coord.) *Estudios de Derecho de Obligaciones en*

Homenaje al profesor Mariano Alonso Perez,
T. II, *La Ley* 2006, pp. 281-303.

MARTÍN NARROS, H.D. “La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus a los contratos bancarios y su interpretación por la Sentencia de 29 de Octubre de 2013 y la jurisprudencia menor”. En *RCDI*. Num. 747. Págs. 532 a 559.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. “La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Núm. 703, 2008. Págs. 2059 a 2164.

- *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Civitas, Madrid 2011.

- *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

- «La evolución de la interacción entre la inoponibilidad y la fe pública registral en el sistema registral inmobiliario español». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Núm. 798. Julio- Agosto 2023. Págs. 2027-2080.

MORALES MORENO, A.M. “El contrato y sus requisitos en la propuesta de modernización del Código civil de 2023: El objeto y la causa”. En *Revista de Derecho civil*, vol XI, n.4 (2024), pp. 97-137.

- PARRA LUCÁN, M.A. La cláusula «rebus sic stantibus» en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º. Extra 2, 2021, págs. 25-37
- RAMS ALBESA, J. “La iusta causa traditionis: el artículo 1901 CC y el no nacido artículo 531.3.2 del proyecto de libro V del Código civil de Cataluña”. En AA.VV. (GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. Coordinador). *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Thomson Civitas-Registradores de España, Cizur menor 2008.
- ROCA SASTRE, R.M. *Derecho Hipotecario*, Tomo I. 5ª Edición. Bosch, Barcelona 1954.
- *Derecho hipotecario*. 7ª Ed. 1978.
 - *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 9ª edición, Barcelona 2009.
- ROCA SASTRE, R.Mª. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., (1979), *Derecho Hipotecario*, Barcelona, Ed. Bosch.
- ROCA SASTRE, L., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÁ I XIRGÓ, J. *Derecho Hipotecario*. Ed. Bosch. Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ OTERO, L. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Dijusa, Madrid 2007.
- *Elementos de Derecho hipotecario*. Tomo I. 4ª Edición. Bosch, Barcelona 2011.

RODRÍGUEZ- ROSADO, B. “Causa, tradición e inscripción”.
En En AA.VV. (ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.-
DEL REY BARBA, S. Dirs). *Tratado de Derecho
inmobiliario registral*. Tirant lo Blanch, Valencia
2021. Págs. 425- 464.

- “Causa, gratuidad y contratos reales”.
En *Academia sevillana del notariado.
Conferencias del curso 2023-2024*. Aranzadi,
2025. Págs. 277 a 305.

SANZ FERNÁNDEZ, A. *Instituciones de Derecho
hipotecario*. Madrid, 1948.

SORO RUSSELL, O. “Veinte años de resoluciones
judiciales de interés civil y mercantil
en materia de códigos de conducta: una
repercusión todavía muy limitada”. *InDret.
com*. Barcelona, Abril de 2010.

- *Los contratos como fuentes de normas.
Contratos marco, contratos normativos y
contratos de colaboración*. Reus, Madrid 2014.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “El Derecho civil de
Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro
de la Propiedad”. En *Revista de Derecho civil
aragonés*. XX, 2014. Págs. 155 a 179.

- *Prontuario de Derecho hipotecario*. Dykinson,
Madrid 2015.
- *Los códigos de conducta y el Derecho registral
e inmobiliario*. Tesis. Universidad Complutense,
Madrid 2016.

- “Derecho registral de bienes”. En *Lecciones de derecho privado: Tomo III. Derechos reales /* coord. por Esther Muñiz Espada; Manuel Rivera Fernández (dir.), Manuel Espejo Lerdo de Tejada (dir.). Tecnos, Madrid 2020, págs. 549-613.
- “El tercero hipotecario”. En AAVV (ESPEJO LERDO DE TEJADA, M- DEL REY BARBA, S. DIRS. MURGA FERNÁNDEZ, J.P. COORD. ANDRADES NAVARRO, A. Edit), *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Tirant lo blanch, Valencia 2021.
- “La voluntad en el proceso de inscripción. La tradición y la inscripción. La causa y la inscripción”. En AA.VV. (RAMS ALBESA, J. – Dir-. LACRUZ BESCÓS, J.L.- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. –Coords-). *Tratado de Derecho civil. Tomo X: La fe pública registral*. Dykinson, Madrid 2021. Págs. 391-417.
- “La inscribibilidad de pactos sucesorios revocables: ¿una anomalía del Derecho civil catalán a corregir?”. *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 121, N° 2, 2022, págs. 443-454.
- “Inscripción, tradición y causa: influencia del régimen hipotecario en la dinámica de los derechos reales”. En AA.VV. *Manual de Derecho inmobiliario registral*. Aranzadi 2024, págs. 211-224.

VILLAPLANA GARCÍA, C. *Fichero registral inmobiliario*. Edición digital. 2024.

LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Beatriz Zamora Rodríguez

Registradora de la Propiedad y Notario

SUMARIO: I. Teoría general de la causa de los negocios jurídicos.—§ 15. Breve panorámica histórica y doctrinal.—§ 16. La causa en nuestro Derecho positivo.—§ 17. La necesidad de expresión de la causa en los contratos.—§ 18. La causa en el Derecho de familia.—§ 19. La causa en el Derecho Sucesorio.—§ 20. La causa en el Derecho Canónico.—II. §21. Los negocios abstractos.—III. §22. La teoría del enriquecimiento sin causa.—IV. Negocios anómalos: simulados, indirectos, fiduciarios y fraudulentos.—§23. Negocios simulados.—§24. Negocios indirectos.—§25. Negocios fiduciarios.—§26. Negocios fraudulentos.—Bibliografía.

I. TEORÍA GENERAL DE LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

§ 15. BREVE PANÓRAMICA HISTÓRICA Y DOCTRINAL

El **Derecho romano** no llegó a elaborar una doctrina unitaria sobre la causa, concepto del que los juristas romanos hacían utilización en supuestos muy diversos, por ejemplo, como razón justificante de la servidumbre –causa perpetua- o como antecedente necesario de la traditio. Así, el origen de la doctrina moderna de la causa puede situarse en las obras *Las Leyes Civiles en el Orden Natural*, de Jean **DOMAT** y *Tratado de los Contratos*, de Robert Joseph **POTHIER**.

Sus conclusiones tuvieron una gran influencia en el **Código de Napoleón de 1804**, a partir del cual la teoría causalista se extendió a los restantes **sistemas jurídicos de origen latino**, como el italiano, el belga o el español. Por el contrario, los países de

tradicción jurídica germánica han optado por sistemas no causalistas en la contratación. Se prescinde también de la causa en otros **Códigos recientes**, como el portugués de 1966 y en el **Derecho Anglosajón**, si bien el Derecho Anglosajón Británico conoce el concepto de «*consideration*» como figura aplicable a los contratos no formales, dado que en los contratos solemnes, es el propio elemento formal - ya sea un sello o un «*deed*»-, lo que, por sí solo, convierte la promesa en vinculante. Por el contrario, en los contratos no formales de naturaleza onerosa, la «*consideration*» implica que la promesa será vinculante para una de las partes únicamente cuando la otra parte se comprometa a realizar o abstenerse de realizar una acción que conlleve un perjuicio patrimonial para ella.

Refiriéndose a nuestro Derecho, DÍEZ PICAZO distingue tres categorías conceptuales en el ámbito de la **causa**. En primer lugar, la **causa de la atribución patrimonial** es aquella situación jurídica que autoriza al atributario para recibir el desplazamiento

patrimonial, pues dicho desplazamiento es un beneficio o ventaja patrimonial que debe fundarse en una razón que el Ordenamiento Jurídico considere justa, como la causa *credendi, solvendi o donandi*. Esta modalidad de causa es la única contemplada en el BGB alemán.

En segundo lugar, encontramos la **causa de la obligación**, esto es, la fuente de la misma, que, según Pothier, puede ser el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y, en ocasiones, la ley o la equidad.

Por último, alude DÍEZ PICAZO a la causa del negocio, concepto este que obliga a diferenciar los negocios ejecutivos de los iniciales: los negocios ejecutivos presuponen una situación jurídica antecedente que desarrollan, cumplen o ejecutan, de modo que dicho negocio o situación inicial se constituye como la causa de los mismos. Por el contrario, los negocios iniciales instauran la relación entre las partes, y en ellos, explica DÍEZ PICAZO, la

causa se identifica con el propósito común de lograr un resultado empírico.

A mayor abundamiento, la **causa del negocio** puede analizarse desde dos importantes teorías doctrinales. Por un lado, los autores partidarios de la **tesis objetiva**, como el jurista italiano Emilio BETTI, definen la causa como la función económico-social típica que cumple el negocio jurídico, que el Derecho valora y protege. No obstante, en ocasiones, un negocio típico, con una función económico-social también típica, puede resultar afectado por la intención específica perseguida por las partes. En consecuencia, otros juristas, como el mercantilista francés Georges Ripert, sostienen una **tesis subjetiva**, que entiende por causa el propósito específico de las partes al celebrar el contrato. Esta concepción permite utilizar la teoría de la causa como un medio de fiscalización del contrato, pues podría ser posible que el contenido de un contrato fuera legal y las motivaciones de las partes lo convirtiesen en ilícito.

Por otro lado, la **teoría anticausalista**, formulada por el belga Antoine ERNST en 1826, niega la causa como categoría conceptual. Se arguye que, en los negocios onerosos, la causa se confunde con el objeto, y en los gratuitos, con el consentimiento, pues es imposible separar la voluntad de donar de los motivos que la animan. En suelo patrio, se se adhiere a esta tesis DE DIEGO, llegando a afirmar que *«aunque la doctrina de la causa desapareciera de los Códigos, nada se perdería»*.

La corriente anticausalista parece haber influido los **instrumentos armonizadores del Derecho de europeo de contratos**, de carácter doctrinal hasta la fecha, que tienden a prescindir del requisito de la causa en la contratación. Asimismo, no puede dejar de mencionarse la supresión de la causa en la *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, del año 2023. En el Prólogo del presidente de la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación se explica que el hecho de que en dicha Propuesta se

prescinda del concepto de causa «no significa que dejen de tenerse en cuenta las diversas funciones que la causa ha cumplido y deba seguir cumpliendo». La causa dejaría de ser un requisito necesario de validez del contrato, como ya ocurriera en la Propuesta de Modernización del año 2009, pero la autonomía privada en la contratación sigue estando sometida a las limitaciones que resultan de la ley y los principios, y, como se añade: *«lo está, por la fuerza normativa de la ley imperativa y de los principios, no por un posible contenido normativo indeterminado del concepto de causa. La PMR prevé de modo expreso la nulidad de los contratos en los que los contratantes persigan una finalidad ilícita»*.

Además, se prevé que los modelos legales de contratos sirvan para integrar las posibles carencias del contrato celebrado, sin necesidad de acudir al concepto de causa. Y se justifica este nuevo criterio en el desarrollo de una **ordenación legal del Derecho de contratos**, que se dice *«más completa y precisa que la de otra época»*, tal y como

«se advierte en la regulación de figuras que tradicionalmente se han conectado a las exigencias de la causa. Así, en el error determinante de la celebración del contrato, en la cláusula rebus sic stantibus o en la resolución por incumplimiento del contrato. Hoy no es necesario acudir a la causa para construir su regulación, como ocurriera en otro tiempo.»

§ 16. LA CAUSA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Centrándonos ahora en el **Derecho español vigente**, señalamos que en nuestra doctrina actual es mayoritariamente partidaria de la denominada **teoría sincrética o armónica**. Así, **CASTÁN** señala que debe atenderse tanto al fin que el negocio persigue en abstracto, como al propósito que indujo al sujeto a alcanzar tal fin, en la medida en que este propósito se incorpora al negocio, como razón determinante de la declaración de voluntad. Para ello, debe ser una intención común a

ambas partes, o una intención de una de ellas que la otra asume. Los motivos subjetivos individuales o meramente personales de una de ellas carecen relevancia jurídica. Por su parte, **la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 2015** defiende que la función económico-social del negocio es su «causa», propiamente dicha, mientras que, cuando hablamos de «finalidad», nos referimos a la intención subjetiva de las partes. Esta intención subjetiva puede resultar de gran trascendencia, no solo en el ámbito negocial de configuración del negocio jurídico *inter partes*, sino también en el de la calificación registral.

En este sentido, traemos a colación la Resolución de 12 de febrero de 2020, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: según señala el Centro Directivo, los negocios han de ser calificados por su causa, y en la causa tiene relevancia fundamental la intención común de las partes al contratar, semejante a la idea que plasma el artículo 1446 del Código Civil, sobre negocio con

contraprestación mixta de bienes y dinero, que califica el contrato como compraventa o permuta por la intención manifiesta de las partes. Y añade que *«la Dirección General de Registros y del Notariado ha equiparado en ocasiones el acto de disolución de la comunidad con el de adquisición por un comunero del resto de las cuotas por cualquier título, pero ha distinguido uno y otro supuesto, aunque su resultado final sea el mismo»*.

A continuación, procedemos a analizar las normas de Derecho Positivo relativas a la causa contenidas en el **Código Civil** español de 24 de julio de 1889, que establece una **regulación sistemática de la causa en sede de contratos**.

En primer lugar, el artículo **1274** recoge una concepción objetiva de la causa cuando señala que: *En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remu-*

nera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

A su vez, el artículo **1275** configura la causa lícita como un requisito para la existencia del contrato, pues dispone que «*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*», en consonancia con el artículo 1261 del Código, que incluye la causa dentro de los requisitos esenciales del contrato. Consecuentemente, autores como ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU subrayan la relevancia de la **falta sobrevenida de causa**, que justificaría la resolución de las obligaciones recíprocas ex artículo 1124 CC y la extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida. Así, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo Ley 16/2011 establece que la ineficacia del contrato de consumo determina la del crédito destinado a su financiación.

En cuanto al requisito de licitud de la causa establecido en el citado artículo 1275, doctrina y la jurisprudencia analizan la licitud de la causa concreta **desde la perspectiva subjetiva de la misma**, atendiendo a la finalidad perseguida por las partes en el contrato. La ilicitud de la causa tiene un tratamiento especial en los artículos 1305 y 1306 CC, que aluden a la «*causa torpe*» o «*causa ilícita*», imponiendo restricciones a las consecuencias de la nulidad, según esta constituya o no delito y según a quien sea imputable la causa torpe. En todo caso, **no debe confundirse la ilicitud de la causa (art. 1.275), con la ilicitud del contrato (art. 1.255)**, pues cabe perfectamente que un contrato sea lícito en sí mismo (p.ej. arrendamiento), pero esté fundado en una causa subjetiva o intención común ilícita (ej. arrendamiento para banda terrorista). Fuera del ámbito patrimonial, autores como BARRÓN LÓPEZ, a propósito de la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, Sección de Pleno 277/2022, de 31 de marzo, ha defendido que la gestación por sustitución es un contrato nulo por ilicitud de

la causa, conforme al artículo 1275. En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011.

§ 17. LA NECESIDAD DE EXPRESIÓN DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS

La causa, por tanto, debe existir y ser lícita. Ahora bien, ¿es indispensable que la causa se exprese en el contrato? Como primera aproximación a esta pregunta, debemos citar los artículos **1276 y 1277** del Código Civil. El primero establece que *«La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita»*. **De ello resulta que la causa debe ser veraz**, existiendo causa falsa cuando la causa verdadera ha sido ocultada o encubierta por las partes mediante la expresión en el contrato de otra distinta que no responde a la realidad, ya se trate de una simulación absoluta o relativa,

que se analiza en el último epígrafe del presente capítulo. Además, el **artículo 1301** la contempla como un supuesto de anulabilidad cuando señala que *«La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Ese tiempo empezará a correr (...) 2.º En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato»*.

Por su parte, el **artículo 1277** advierte que *«aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario»*. Por tanto, este precepto **invierte la carga de la prueba** en el proceso, sin llegar a admitir el negocio abstracto. Aunque DÍEZ PICAZO y GULLÓN defienden la aplicación del artículo 1277 en el ámbito registral, **la posición de la DGRN es firme en cuanto a la necesaria expresión de la causa del negocio para la inscripción en el Registro**. Por ejemplo, la Resolución de 2 de noviembre de 1992 exige la expresión de la causa en la cancelación de una hipoteca, pues *«para que pueda registrarse cualquier acto traslativo,*

se requiere la expresión de la naturaleza del título causal tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión y, después, practicar debidamente los asientos que procedan».

También la **Resolución de 21 de septiembre de 2016** alude a la **exigencia de expresar la causa en los negocios traslativos**, habida cuenta de que la protección otorgado por el art. 34 LH es distinta según si la adquisición es gratuita u onerosos. Así, en **Resolución de 10 de marzo de 2021**, el Centro Directivo exigió la expresión de causa en los títulos inscribibles, dado que en nuestro Derecho la causa es determinante no sólo de la validez del negocio jurídico, sino también de sus efectos, y debe inexcusablemente constar en el título para posteriormente reflejarse en la inscripción, por lo que no juega la presunción que establece el artículo 1277 del Código Civil, ya que *«aunque se*

presumiéndose su existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio para determinar de qué forma estaría protegido el titular registral».

Además, la Dirección General ha señalado que **la causa no solo debe expresarse, sino ser suficiente para provocar la modificación jurídico real** cuya inscripción se pretende, como se refleja en la **Resolución de 5 de junio de 1991**, que rechazó la inscripción en el Registro de un negocio configurado expresamente como de venta en garantía, por considerar que no existía causa traslativa suficiente del dominio.

En el mismo sentido, la necesidad de expresión de la causa a efectos registrales se consagra en la **Resolución de 9 de diciembre de 2011**: *«Según doctrina reiterada de este Centro directivo, es necesaria la expresión de causa en los títulos inscribibles, dado que en nuestro Derecho, la causa es determinante, no sólo de la validez del negocio jurídico, sino también de sus efectos,*

y debe inexcusablemente constar en el título para posteriormente reflejarse en la inscripción por lo que no juega la presunción que establece el artículo 1.277 del Código Civil, ya que aunque se presumiese su existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio para determinar de qué forma estaría protegido el titular registral».

Esta resolución tiene especial trascendencia, pues no solo subraya la preceptiva expresión de la causa, sino que también **delimita el ámbito de la calificación del registrador al respecto**, cuestión esta que retomaremos más adelante, cuando estudiemos el pacto comisorio como negocio simulado o fraudulento. Baste ahora con citar el criterio de la Dirección General, sintéticamente expuesto en la citada Resolución de 9 de diciembre de 2011: *«No obstante, en el caso que nos ocupa, la causa está expresada en la escritura discutida, no solo en su parte expositiva –‘han decidido cesar en la proindivisión... teniendo en cuenta la indivisibilidad...’, sino también*

*en las disposiciones—; así pues, están claras las adjudicaciones, su intercambio y las compensaciones, lo que hace oneroso el contrato por lo que es conforme a lo dispuesto en el artículo 1.274 del Código Civil. Pues bien, estando identificada la causa en el título y no cuestionándose como título hábil para el negocio que se realiza —disolución de condominio en escritura pública— **la calificación registral no puede ir más allá, ni puede extenderse al examen de la validez de las decisiones que dieron lugar a la elección del negocio que se otorga** —Resolución de 28 de enero de 1999—». En consecuencia, la Dirección General no entiende que el negocio carezca de causa lícita, pues «indudablemente la tiene, sin perjuicio de la función liquidadora del órgano competente para el caso, que podrá ejercer todas las funciones tributarias que procedan dentro del ámbito fiscal que corresponda».*

Encontramos una conclusión semejante en la **Resolución de 3 de marzo de 2006**, que admite la inscripción de una mutación jurídico real basada en un pacto por el cual «se extin-

gue un derecho de plena propiedad— a cambio de una contraprestación, no existiendo ningún precepto que prohíba tal negocio, el cual tiene causa suficiente, como es la causa genérica onerosa del artículo 1.274 del Código Civil».

§ 18. LA CAUSA EN EL DERECHO DE FAMILIA

En el ámbito del **Derecho de familia**, si bien predomina el elemento formal y la imperatividad de muchas de sus normas, la importancia de la causa se manifiesta en la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes. Por un lado, la confesión de privatividad del art. 1324 CC es una alteración meramente formal del carácter del bien, pues no regula un negocio traslativo, por lo que, si se utiliza con este propósito debe considerarse una simulación relativa. La **alteración material**, por el contrario, se basa en el principio de autonomía de la voluntad y se recoge en los artículos **1355 y 1323**. Este último dispone que *«Los cónyuges podrán transmitirse*

por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos». Ampara tanto las transmisiones onerosas como las gratuitas, superando así la antigua prohibición vigente hasta la reforma de 13 de mayo de 1981. La Dirección General, ya desde la **Resolución de 25 de septiembre 1990**, ha admitido la **atribución expresa de privatividad por pacto** entre los cónyuges y previa justificación de la causa que justifique a su vez el desplazamiento patrimonial, admitiendo que la atribución se haga en el mismo acto de adquisición. En el caso opuesto, esto es, **la llamada ganancialización de un bien privativo o atribución de naturaleza ganancial a un bien privativo**, algunos autores han criticado la necesidad de expresar la justa causa, debido a la vis atractiva de la sociedad de gananciales. Se argumenta que dicha ganancialización tendría su propia causa: *ad sustinenda oneri matrimonii*.

Para mayor claridad, estudiaremos ambos supuestos por separado, comenzando con la **aportación de gananciales y su naturaleza**

causal. Frente a la doctrina tradicional, **la importante resolución de 22 de junio de 2006 admite que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia, que lo diferencia de otros negocios traslativos.** Puede presumirse que, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial dará lugar al derecho de reembolso previsto en el art 1358 CC, reembolso que no es causa de atribución de ganancialidad sino consecuencia de la misma.

Ciertamente, según la referida doctrina del Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. Ahora bien, **la Resolución de 15 de enero de 2024** se remonta a la ya citada Resolución de 22 de junio de 2006, en la cual, como hemos visto, ya se matizó que la exigencia de especifica-

ción causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, **se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura**, toda vez que los referidos pactos de atribución de ganancialidad tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial–. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos.

A lo que se añadió que cabe *«entender que el desplazamiento patrimonial derivado*

*del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene **una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio**, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada **causa matrimonii**, de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones propter nupcias de un consorte al otro –a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges–, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual «Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tra-*

tamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa»; y la Resolución de 21 de diciembre de 1998) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma iusta causa traditionis, justificativa del desplazamiento patrimonial ad sustinenda oneri matrimonii».

En segundo lugar, el artículo **1355**, que la Dirección General considera una aplicación particular del artículo 1323, dispone que *«Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisface. Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su*

voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes». Según la **Resolución de 24 de julio de 2019**, esta atribución convencional de ganancialidad opera independientemente de la procedencia de los fondos y no impide el reconocimiento la prueba posterior de que tales fondos eran privativos pero esta prueba no desvirtúa la naturaleza ganancial del bien atribuida por pacto, sino que solo es relevante para determinar el futuro derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante, ex artículo 1358 del Código Civil.

A mayor abundamiento, la **Resolución de 12 de junio de 2020** considera que en el supuesto fáctico contemplado por el artículo 1355 confluyen dos negocios: el que vincula al cónyuge o a los cónyuges adquirentes con el tercero, de carácter transmisivo, por una parte, y, por otra, el que surge del acuerdo de voluntades de los cónyuges, que no es traslativo, sino un negocio atributivo especial, que está dotado de una causa propia ad sustinenda oneri matrimonii. La doctrina admite incluso una atribución sucesiva o sobrevenida

de ganancialidad, que deberá reconducirse al artículo 1323 CC, como negocio jurídico de aportación o traslativo de dominio.

En el ámbito registral, debe notarse que la Dirección General considera la **aportación a gananciales como título apto a efectos de la inmatriculación** por doble título público regulada en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, ya que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial (constituida por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso). Dicho trasvase patrimonial tiene indudables consecuencias jurídicas, tanto en su aspecto formal como en el material, en la medida en que implica una mutación sustancial de la situación jurídica preexistente, con modificación de los poderes de gestión y disposición que sobre el bien ostentaba previamente el aportante. Se trata de un ne-

gocio de tráfico jurídico que tiene innegable trascendencia respecto del régimen jurídico aplicable en relación con el bien aportado, especialmente en lo atinente a la capacidad para administrarlo y disponer del mismo. Se ha afirmado igualmente por este Centro Directivo que debe expresarse la causa de la aportación. Ahora bien, la **Resolución de 11 de julio de 2023** contiene una argumentación esclarecedora a este respecto, pues implícitamente admite como causa el mero sostenimiento de la familia o la referida vis atractiva del patrimonio ganancial. En efecto, la resolución citada considera suficiente expresión de causa el que *«en el presente caso se dice expresamente en la escritura que la aportación «se hace al amparo de los artículos 1255 y 1323 del Código Civil y teniendo por causa y objeto los de extender la sociedad de gananciales».* Según este criterio, debe estimarse que el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores».

Por otro lado, en cuanto a **la atribución de privatividad por pacto**, debe matizarse, con carácter previo, que este negocio suele pretender eludir los efectos limitativos a la capacidad dispositiva del cónyuge supérstite no confesante, impuestos por el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario para el caso de que dicha naturaleza privativa no resulte sino de la confesión (del premuerto) regulada en el artículo 1324 del Código Civil. A día de hoy, la privatización negocial – no confesional – se acepta por el Centro Directivo y, como recuerda la **Resolución de 15 de enero de 2024**, la Dirección General ha admitido que los cónyuges atribuyan tal carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020, 15 de enero de 2021 y 4 de julio y 30 de noviembre de 2022).

Como puso de relieve la **Resolución de 30 de julio de 2018**, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, **dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.** Esta necesidad de existencia de una causa se explica por su repercusión en los correspondientes requisitos y efectos del negocio jurídico. Conceptualmente, para que la causa sea gratuita o a título lucrativo, debe concurrir el requisito de que el desplazamiento patrimonial que se opera con dicho negocio carezca de contra-

prestación equivalente, ni pasada, ni presente, ni futura.

En sentido inverso, conceptualmente, para que sea onerosa la causa del negocio de atribución de privatividad a un bien que sin dicho negocio tendría carácter ganancial o presuntivamente ganancial, es preciso que ese desplazamiento patrimonial tenga su **compensación correlativa**, es decir, que concorra otro desplazamiento patrimonial de importe equivalente en sentido contrario, ya sea ese otro desplazamiento previo al negocio (cuando se compensa una deuda preexistente que identifique debidamente); simultáneo (cuando en el mismo acto se recibe una prestación equivalente); o futuro, (cuando el desplazamiento patrimonial equivalente y de signo contrario queda diferido a un momento posterior). Si se expresa que la causa del negocio de atribución de privatividad (o de ganancialidad) es onerosa, pero no se concreta si la compensación equivalente es pasada, presente o futura, el Código Civil presume esto último en el artículo 1358, que

alude al reembolso del valor satisfecho «*mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación*».

Antes de concluir nuestro estudio de la **causa** en los negocios familiares, debe hacerse mención a la importancia del elemento causal en el convenio regulador del artículo 90 del Código Civil. Para que este convenio pueda acceder al Registro, basta que conste en un acuerdo privado de los cónyuges, aprobado por la autoridad judicial o por el Letrado de Administración de Justicia, sin perjuicio de la posibilidad de otorgarlo en Escritura Pública, ante Notario, en caso de que se cumplan los requisitos previstos en los artículos 82 u 87. En cualquier caso, la inscribibilidad de un convenio inter partes, al que solo se añade la aprobación judicial, es una excepción al principio de titulación auténtica consagrado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Por este motivo, la Dirección General rechaza que el referido convenio regulador pueda contener negocios jurídicos o desplazamientos patrimoniales

que excedan del estricto ámbito propio del mismo. Y precisamente a efectos de esta delimitación, la causa del convenio adquiere una inmensa transcendencia.

En este sentido, la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública, en **Resolución de 11 de septiembre de 2023**, admite como doctrina reiterada que la posibilidad de que los cónyuges, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero añade que *«no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Puede haber, en ocasiones, un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación –a su favor– de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa»*. Indudablemente, el negocio de que se trate

ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, *«sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal»* (cfr. Artículos 1397 y 1404 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria). Y ello porque, según reiterada doctrina reiterada, **el convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica**, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código Civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales

que puedan existir entre los cónyuges sino tan sólo de aquellas derivadas de la vida en común. Así resulta indubitadamente de la regulación legal que restringe el contenido necesario del convenio regulador a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos.

Por este motivo, **la liquidación del régimen económico-matrimonial y en general del haber común del matrimonio es materia típica y propia del convenio, al igual que aquellos actos relativos a la vivienda familiar**. Fuera de tales supuestos, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (como son, en vía de principios, las que se refieren a **bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio**), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura

pública para su formalización. La diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada de este Centro Directivo, deben resolverse en favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

En definitiva, sólo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código Civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador por tener su causa en la regulación patrimonial del cese de la vida común de los cónyuges, fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos consignados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro **requiere su formalización en los títulos establecidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria,**

es decir el documento público notarial, al tratarse de un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos.

§ 19. LA CAUSA EN EL DERECHO SUCESORIO

Por último, en el **ámbito sucesorio**, la importancia de la causa se manifiesta en el **artículo 767**, que dispone lo siguiente: *«La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita»*.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018** aplica este preceptor para dilucidar si la **cláusula testamentaria**

ria que declara heredero al «esposo» produce efectos a favor de quien efectivamente fue “esposo” cuando se otorgó el testamento, pero ya no lo es en el momento en que se abre la sucesión, por haberse producido el divorcio. Entiende el Alto Tribunal que la mención del término “esposo” supone que la testadora le instituye como heredero por el motivo de ser su cónyuge. Por tanto, una vez producido el divorcio desaparece la razón por la cual se otorgó, concluyéndose que no es eficaz en el momento de la apertura de la sucesión.

Por el contrario, en el ámbito de la función notarial y registral, el cual no es otro que el de la jurisdicción voluntaria, la **Dirección General** tiene declarado que dicha ineficacia no se produce *ipso iure*, sino que requiere la correspondiente resolución judicial, pues el Código Civil no prevé como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges -o de la nulidad del matrimonio- la revocación o ineficacia, *ministerio legis*, de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro (a diferencia

de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los arts. 102 y 106 CC). Por este motivo, las **Resoluciones de 27 de febrero y 9 de agosto de 2019** defendieron que la institución hereditaria a favor del cónyuge ahora divorciado no es necesariamente encuadrable como supuesto de *«causa falsa -en el sentido de erróneo motivo de la disposición que determine su ineficacia-, conforme al artículo 767 CC, por lo que debe probarse que el testador no habría otorgado la disposición de haber podido conocer la disolución del matrimonio por divorcio»*.

Por el contrario, dada la ausencia en el Código Civil una norma como la de la mayoría de las legislaciones forales que, para los supuestos de separación o divorcio de los cónyuges, establecen –normalmente como presunción “*iuris tantum*”– la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge. **La privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un pro-**

cedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos, en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido, conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma.

§ 20. LA CAUSA EN EL DERECHO CANÓNICO

Como explica el catedrático Mariano López Alarcón, para que las personas jurídicas públicas orgánicas (como las Provincias, Arciprestazgos, Vicarías, Catedrales, Cabildos, Seminarios) y las Instituciones de Vida Consagrada (órdenes y congregaciones) puedan enajenar sus bienes eclesiásticos, es preciso que se hayan concedido las **oportunas licencias o autorizaciones exigidas por el**

Canon 1292 del Código de Derecho Canónico vigente de 25 de enero de 1983, lo cual podrá acreditarse por comparecencia del órgano encargado de conferir las o mediante la correspondiente certificación. Este Canon establece un baremo cuantitativo desarrollado mediante **Decreto de 7 de febrero de 2007 de la Conferencia Episcopal Española**.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2021** señala que el incumplimiento de estas exigencias no solo determina la invalidez canónica de las enajenaciones infractoras, sino también su nulidad civil, como consecuencia del carácter estatutario de la legislación canónica. Por lo tanto, este requisito es objeto de calificación por el Registrador, como recuerda la **Resolución de la Dirección General de 25 septiembre 2007**, si bien la Resolución de 23 de octubre de 2023 matiza que «si se trata de personas jurídicas sujetas al Obispo diocesano (ámbito territorial, esto es, parroquias, diócesis...) rigen los límites mínimos, de 150.000 euros, y máximo, de 1.500.000 euros para las autorizaciones del Ordinario de la Diócesis

(normalmente el obispo o arzobispo). Pero, si se trata de personas jurídicas no sujetas al obispo diocesano (ámbito institucional), la autoridad competente se determina, en primer lugar, por los propios estatutos y por la Instrucción ‘Cor Orans’ y, si el valor es superior a la cantidad máxima (1.500.000 euros), se requiere para la validez de la enajenación también la licencia de la Santa Sede.»

En lo que interesa a nuestra temática, destacamos que tales enajenaciones no solo deben respetar el régimen de licencias señalado, sino también tasación y **expresión de justa causa canónica**, pero algunos autores consideran que estos dos requisitos lo son de licitud, no de validez, y por ello no pueden calificarse por el Registrador, a diferencia de la licencia y en contra de lo sostenido por la recién citada resolución.

II. § 21. LOS NEGOCIOS ABSTRACTOS

Señala DÍEZ PICAZO que un negocio será causal cuando la existencia y licitud de la

causa operan como un presupuesto de su validez y de la eficacia, y, por el contrario, **será abstracto el que produzca efectos con independencia de su causa.**

El Código Civil, como la generalidad de los latinos, no se refiere al negocio abstracto. Algunos autores consideran que tales negocios son válidos, con base en la autonomía de la voluntad y en la seguridad del tráfico jurídico, así PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. Otros, como ROCA SASTRE y ALBALADEJO, rechazan tales argumentos, pues, como ya hemos visto, el artículo 1261 CC dispone tajantemente que *«no hay contrato sin causa de la obligación que se establezca»*.

En todo caso, la teoría de los negocios abstractos exige hacer referencia, en primer lugar, a la **transmisión del dominio**. Según la doctrina mayoritaria, en nuestro Derecho rige la teoría del título y el modo, formulada inicialmente por el jurista alemán Juan APEL, sobre la base del *Codex Iustinianus*, que establecía que el dominio de las cosas se

transmite por tradición y usucapión, pero no por simples pactos, y del Digesto o Pandectae, según el cual no basta la tradición para adquirir el dominio si aquella no va precedida de alguna justa causa. Se distingue, por tanto, netamente entre el negocio jurídico causal del que surgen las obligaciones y el negocio jurídico real con el que se realiza la ejecución del contrato.

Por el contrario, en un **sistema abstracto**, como el alemán, el dominio se transmite mediante un contrato formal y abstracto de transmisión, sin tener en cuenta la causa o el negocio obligacional o causal al que obedece la transmisión. Así, de acuerdo con el **Bürgerliches Gesetzbuch**, el acuerdo abstracto de transmisión (*Einigung*) se completa con la tradición (*Übereinung*) para los bienes muebles y con la inscripción (*Eintragung*) en el Registro para los inmuebles (§ 873). La ineficacia del acuerdo abstracto de transmisión no impide, en dicho sistema, el efecto de transmisión del dominio, una vez cumpli-

do el modo. Consecuentemente, el *tradens* solo podrá ejercitar un acción personal.

En nuestro sistema traslativo causal, por el contrario, la entrega o traditio, ha de ir precedida de una **justa causa**, es decir, de un negocio jurídico causal antecedente, que debe ser válido y lícito y no un simple negocio abstracto de transmisión. Por ello, la ineficacia del negocio causal antecedente determina que no se produzca el efecto jurídico real pretendido de transmisión del dominio, aunque se cumpla el modo, y, de modo que el transmitente dispondrá de la acción real para reclamar su dominio.

Un ejemplo tradicionalmente discutido de negocio abstracto ha sido el **reconocimiento de deuda**. La **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2006** lo define como un negocio jurídico de fijación que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar una relación obligatoria preexistente La **Resolución de la Dirección General de 9 de junio de 2001** declaró que, si se realiza una da-

ción en pago de una deuda, la justificación de la realidad de la deuda queda fuera de la calificación del Registrador, pues, aunque en nuestro Derecho no caben los negocios abstractos, en materia de hipoteca lo esencial no es la causa del crédito, sino la causa de la hipoteca, que es el propio reconocimiento. Sin embargo, el Centro Directivo se apartó de esta tesis en la **Resolución de 2 de septiembre de 2016**, según la cual es necesario expresar a efectos registrales la causa del reconocimiento de deuda que da lugar a una dación en pago, aunque considera suficiente la expresión genérica en la escritura de dación de proceder la deuda de trabajos realizados por el acreedor a favor del deudor, y la incorporación de la deuda a un pagaré. Con distintos argumentos, pero idéntica conclusión, la **Resolución de 11 de marzo de 2013** aplicó la obligación de identificar los medios de pago al reconocimiento de la deuda derivada de un préstamo respaldado por una hipoteca, según lo estipulado en el artículo 24 de la Ley del Notariado, 254 de la Ley Hipotecaria y 177 del Reglamento Notarial.

Es usual referirse también, como ejemplo de negocio abstracto, a la **letra de cambio**, pues de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, «*el demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor*», en consonancia con el criterio sostenido en la Ley Uniforme de Ginebra de 19 de marzo de 1931.

DÍEZ PICAZO, no obstante, entiende que **no es tal negocio abstracto**, sino que solo implica una limitación de la facultad de oponer excepciones derivadas de la situación subyacente frente a los terceros adquirentes de buena fe del título valor, como resulta del artículo 67 de la citada Ley Cambiaria y del Cheque, conforme al cual «*el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él*». JESÚS ALFARO ÁGUI-

LA-REAL se hace eco de este matiz y rechaza que el negocio cambiario sea un negocio abstracto en sentido material, esto es, que sea indiferente para la validez del mismo la validez o no del negocio causal. Partiendo de la contraposición entre los citados artículos 20 y 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en cuanto al régimen de las excepciones oponibles, este autor califica la obligación cambiaria como **causal *inter partes* y abstracta *inter tertios***.

III. §22. LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Señala DÍEZ PICAZO que todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, **deben tener una causa justa**.

El Código Civil **no contiene una regulación unitaria** del enriquecimiento sin causa, a diferencia de los Códigos de corte germánico y de las leyes 508 y 509 de la Com-

pilación Navarra. En particular, la ley 508 define el «*enriquecimiento sin causa general*» disponiendo que «*el que adquiere, retiene o se enriquece de cualquier otro modo por sí o por medio de un tercero sin que exista causa que lo justifique, y obtiene un lucro de otra persona o a su costa que empobrezca su patrimonio, queda obligado a restituir lo recibido o a abonar el valor de la ventaja patrimonial obtenida. Deberá también indemnizar el perjuicio causado al empobrecido cuando así se establezca legalmente o el juez lo considere procedente*». A continuación, este precepto diferencia el régimen de la «*adquisición por acto ilícito o inmoral*», por un lado, y la «*retención sin causa*», por otro. Por su parte, la ley 509 regula la prueba del pago de lo indebido.

Por lo que respecta al **Derecho Común**, el Código Civil solo menciona el enriquecimiento sin causa en el párrafo tercero del artículo **10.9**. Así, en sede de **Derecho Internacional Privado**, se establece como norma de conflicto que «*en el enriqueci-*

miento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido». Ahora bien, sin perjuicio de su aplicación en el ámbito interregional, lo cierto es que este precepto ha quedado desplazado por la normativa comunitaria, y, en particular, por el **Reglamento Roma II, 864/2007**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, cuya aplicación universal se proclama en el artículo 3. De acuerdo con el artículo 2 de esta norma, *«a los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «daños» todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la culpa in contrahendo».* Los puntos de conexión relativos al enriquecimiento injusto se enumeran en el artículo 10, que dispone:

Artículo 10 Enriquecimiento injusto

1. Cuando una obligación extracontractual que se derive de un enriquecimiento in-

justo, incluido el pago de sumas indebidamente percibidas, concierna a una relación existente entre las partes, como por ejemplo la derivada de un contrato o un hecho dañoso, estrechamente vinculada a ese enriquecimiento injusto, la ley aplicable será la ley que regule dicha relación.

2. Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada sobre la base del apartado 1 y las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produce el hecho que da lugar al enriquecimiento injusto, se aplicará la ley de dicho país.

3. Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada sobre la base de los apartados 1 o 2, será aplicable la ley del país en que se produjo el enriquecimiento injusto.

4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de un enriquecimiento injusto presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado

en los apartados 1, 2 y 3, se aplicará la ley de este otro país.

En cuanto a la regulación sustantiva de esta figura en el Código Civil, si bien no hallamos en él una normativa sistemática que lo reglamente, debe notarse que el concepto de enriquecimiento injusto late **implícito en los artículos 1895 a 1901, relativos al pago o cobro de lo indebido**. Ese último, en particular, establece que *«Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada»*.

Con base en la legislación histórica y en estos preceptos, el Tribunal Supremo ha afirmado que *«a nadie le es lícito enriquecerse torticeramente en perjuicio de otros»* y en su reciente **Sentencia de 1216/2023, de 7 de septiembre**, enumera los siguientes **requisitos** para que pueda prosperar la reclamación por enriquecimiento: (i) **un enriquecimiento del demandado**, que puede producirse por aumento de su patrimonio, o por su no disminución; (ii) **un correlativo empobreci-**

miento del actor, por un daño positivo o por un lucro frustrado; (iii) **un nexo causal** entre empobrecimiento y enriquecimiento; (iv) **que no haya causa alguna** que justifique el enriquecimiento, lo cual es compatible con la posible buena fe en el enriquecido; (v) **inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa**, como podría el artículo 455, en sede de posesión de mala fe, o los artículos 487 y 573, relativos a las mejoras introducidas por el usufructuario y el arrendatario, respectivamente.

Si bien ciertos autores, como el propio DÍEZ PICAZO, subrayan el carácter **subsidiario** de esta acción, la doctrina mayoritaria, como LACRUZ, y el mismo Tribunal Supremo lo rechazan, arguyendo que la acción de enriquecimiento tiene **sustantividad propia** y por ello puede coexistir con otras acciones diferentes, por ejemplo, la de resarcimiento de daños, interdicial, reivindicatoria, aquiliana, etc.

La acción, en cualquier caso, es **personal** y tiene por objeto la indemnización del perjuicio sufrido, con un doble **límite**: (i) no podrá exceder de la cuantía a que ascienda el empobrecimiento del actor; (ii) ni del enriquecimiento del demandado. **Si el enriquecimiento se ha producido de buena fe**, se debe restituir: la misma cosa específica, o, en su caso, otro tanto de la misma especie y calidad, las acciones y lucros de la cosa y todo lo que hubiera consumido de la misma. Pero **si el enriquecimiento se ha producido de mala fe**, en enriquecido queda obligado, además de lo anterior al abono del interés legal, a la indemnización de daños y perjuicios, así como a la responsabilidad por todos los riesgos, incluso en caso fortuito.

Recientemente, se ha planteado la posible aplicación la doctrina del enriquecimiento injusto en el ámbito de las **parejas de hecho**, en particular, respecto de los casos en que un miembro de la pareja ha invertido su trabajo y tiempo en beneficiar los negocios

o empresas del otro sin recibir contraprestación alguna. La aplica, por ejemplo, las **Sentencias del Tribunal Supremo 306/2011, de 6 de mayo y 17/2018, de 15 de enero**, y la rechaza, por existir una normativa específica que regula el supuesto concreto, la **Sentencia del Tribunal Supremo 927/2005, de 5 de diciembre**.

Para concluir, merece la pena mencionar el **artículo 1091 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos**, que prescinde de los clásicos cuasicontratos y cuasidelitos, para enumerar como *«Fuentes de las obligaciones 1. Las obligaciones nacen de los contratos, de los actos y omisiones causantes de daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto. 2. La promesa unilateral de una prestación solo obliga en los casos previstos por la ley»*.

IV. NEGOCIOS JURÍDICOS ANÓMALOS: SIMULADOS, INDIRECTOS, FIDUCIARIOS Y FRAUDULENTOS

Federico DE CASTRO define los negocios jurídicos anómalos como aquellos que suponen una deformación intencionada de la figura negocial con el fin de escapar de la regulación que el negocio en cuestión recibe en el Derecho objetivo.

§23. NEGOCIOS SIMULADOS

En los negocios simulados, las partes, de común acuerdo, emiten una declaración no **coincidente con la voluntad interna, a fin de engañar a terceros**. En el contrato simulado la **causa** del contrato es distinta de la que se expresa en el mismo, pudiendo suceder bien que exista una causa real y válida aunque distinta a la expresada, en cuyo caso se habla de simulación relativa, o bien que

no exista causa real alguna, en cuyo caso se habla de simulación absoluta.

Así, como señala Antonio MARTÍN LEÓN, la simulación relativa es un fenómeno más complejo que la simulación absoluta pues en ella concurren no sólo el contrato simulado, aparente o con causa falsa, sino también el contrato disimulado que subyace bajo tal apariencia. Doctrina y jurisprudencia han discutido desde antiguo sobre si la simulación supone una anomalía del consentimiento o de la causa. La postura tradicional defiende que la simulación implica una divergencia entre la voluntad interna y la declarada, de modo que se manifiesta querer algo cuando en realidad no se quiere nada (simulación absoluta) o se quiere algo distinto de lo declarado (simulación relativa). Por el contrario, la tesis más moderna califica la simulación como un supuesto de causa falsa; de modo que el contrato simulado se reputa causalmente defectuoso, lo que obliga a acudir, para su resolución, al precitado artículo **1276** Cód-

digo Civil (*La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*). Según se desprende de este precepto, si el negocio aparente y simulado encubre otro basado en una causa verdadera y lícita, este negocio disimulado será válido y eficaz. Sin embargo, el negocio disimulado debe para ser válido cumplir los requisitos esenciales de validez, entre los que se incluyen los requisitos formales cuando se trata de negocios solemnes.

En el caso común de **compraventas que encubren donaciones de inmuebles** se ha discutido la virtualidad de la escritura pública de compraventa para cumplir con el requisito formal que exige el artículo 633 Código Civil. La **Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2007**, fija como doctrina jurisprudencial que la escritura de compraventa no cumple el requisito exigido por el artículo 633 Código Civil, pues la escritura de compraventa no recoge el *animus donandi*, que no se presu-

me, ni la aceptación del donatario, por lo que no cumple el requisito exigido en el artículo 633.

En cuanto a la virtualidad *ad usucapionem* del contrato simulado, el artículo 1953 del Código Civil exige que el título para la **usucapión ordinaria** sea “verdadero y válido”. En el caso de simulación absoluta, es evidente que el negocio simulado no puede cumplir tales requisitos, dado que no es justo título, es decir, no es apto para producir la mutación jurídico real, ni verdadero, ni válido, porque dicha simulación absoluta implica que el negocio deba reputarse inexistente tanto en el plano material como en el jurídico. Ahora bien, como señala el mencionado MARTÍN LEÓN, la simulación relativa adolece de una complejidad mayor, pues en ella concurren el negocio aparente o simulado y el disimulado, oculto bajo la apariencia del primero. La doctrina mayoritaria considera que el título simulado, en los casos de simulación relativa, no es apto para la usucapión abreviada por las mismas razones que en la

simulación absoluta. Por lo que respecta al disimulado, explica el autor citado que este puede ser justo (si tiene naturaleza traslativa del dominio), es verdadero (aunque oculto) y puede ser válido (pues la simulación, de por sí, no hace nulo el negocio).

Además, en el caso de **prescripción extraordinaria**, que no requiere justo título, el contrato absolutamente simulado tampoco es apto para atribuir la posesión mediante la denominada *traditio ficta*. Por el contrario, en la simulación relativa, no faltan quienes consideran que el título disimulado radicalmente nulo por defecto de forma (si es traslativo del dominio) sí está dotado de virtualidad suficiente para configurar la posesión recibida como en concepto de dueño. En este sentido, traemos a colación la el Fundamento de Derecho Cuarto de **la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2019**: «*Una donación de inmueble sin escritura pública es inexistente jurídicamente por falta de un elemento esencial (artículo 633 del Código civil), por lo que no es justo título, pero sí*

puede ser base de usucapión extraordinaria, que se produce por mayor tiempo, sin necesidad de título (artículo 1959) y aquella donación no es un título, no es nada jurídicamente, pero su ausencia no impide la posesión que da lugar a la usucapión extraordinaria, ni tampoco obsta a que el poseedor sin título (porque la donación no lo es) lo sea a título de dueño». En el presente caso, la demandada carece de título, dado que el documento privado de donación no es título hábil, y dado que desde 1987 (documento privado de donación) hasta diciembre de 2014 (demanda) no transcurrieron los 30 años preceptuados en el art. 1959 del C. Civil, tampoco puede sustentarse la oposición en la existencia de usucapión extraordinaria».

Para el **ejercicio de la acción** de simulación, que es imprescriptible, la jurisprudencia exige interés legítimo. En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha admitido la legitimación del propio contratante, sin que quepa oponer la teoría de los actos propios.

§24. NEGOCIOS INDIRECTOS

El jurista italiano Tullio ASCARELLI define el negocio indirecto como aquel que **busca una finalidad distinta a la que le es típica**. La utilidad de esta figura en la práctica jurídica actual ha sido muy discutida. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación particular de esta teoría en supuestos como las **compraventas amistosas o negocios mixtos de compraventa y donación**, en los que las partes conscientemente fijan un precio inferior al de mercado con la finalidad de beneficiar al comprador. Se entiende que en este caso, sin dejar de estar ante una compraventa, la finalidad o causa concreta perseguida posibilita la aplicación de las normas relativas a la protección de terceros en el ámbito de la donación. En el mismo sentido, la Dirección General ha aplicado la **prohibición de pacto comisorio impuesta por el artículo 1859 del Código Civil**, incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios

jurídicos indirectos, tal y como estudiamos en el siguiente epígrafe.

§25. NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Los negocios fiduciarios se caracterizan por la **desproporción entre el fin económico perseguido y el medio jurídico utilizado**. En ellos, una persona (fiduciante) transmite a otra (fiduciario) la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho para lograr una finalidad práctica (de garantía o administración) para la cual no es jurídicamente necesaria dicha transmisión. Se funda en la confianza o fiducia en que el fiduciario cumplirá el “*pactum fiduciae*”, en virtud del cual se debe retransmitir la cosa o el derecho una vez cumplida la finalidad del negocio. Ya el Derecho Romano se distinguía dos figuras:

Por un lado, la **fiducia cum amico**, en la que se transmitían los bienes a una persona de confianza para sustraerlos de la acción de terceros. Se celebra, por tanto, en provecho

del fiduciante. Por otro lado, la **fiducia cum creditore**, en la que los bienes se transmitían a los acreedores con una función de garantía. En consecuencia, se celebra en provecho del fiduciario.

Inicialmente se estudió el negocio fiduciario sobre la base de la **existencia de un doble negocio o un doble efecto**: un efecto real, por el cual el fiduciario adquiriría un verdadero derecho real sobre la cosa transmitida, y otro obligacional, por el cual el fiduciario se comprometía, como obligación meramente personal, a retransmitir la cosa al fiduciante cuando se cumpliese el supuesto previsto en el contrato. Sin embargo, **desde la obra de DE CASTRO, doctrina y jurisprudencia tienden a analizar el negocio fiduciario desde la perspectiva de su causa**. Según DE CASTRO, el negocio fiduciario es asimilable al simulado, en cuanto existe un negocio aparente que las partes simulan celebrar y que encubre otro verdadero, basado en una causa distinta.

La jurisprudencia recoge esta tesis al considerar la causa fiduciae como causa verdadera en el negocio fiduciario. La consecuencia de esta teoría es que el negocio fiduciario no llegaría a producir una verdadera transmisión del derecho a favor del fiduciario. Este solo sería un titular aparente (así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994), pues el titular real sería el fiduciante, sin perjuicio de que la titularidad aparente del fiduciario produzca efectos en relación a terceros adquirentes, siempre que lo sean a título oneroso y de buena fe. Cumplidos los fines de la fiducia, el fiduciante tiene derecho a exigir la retransmisión de lo cedido, incluso mediante la acción reivindicatoria. En consecuencia, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2001** señala que el fiduciario **no puede tampoco adquirir por usucapión**, ya que no posee en concepto de dueño.

No puede concluirse el estudio del negocio fiduciario sin hacer una especial referencia a la **doctrina jurisprudencial relativa a la**

prohibición del pacto comisorio. El pacto comisorio surge cuando el acreedor se reserva el derecho de apropiarse de la cosa dada en garantía en caso de incumplimiento de la obligación. La **Resolución de 21 de febrero de 2013** explica que la prohibición del pacto comisorio pretende, en primer lugar, impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado, pues dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, es posible cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada; y, adicionalmente, asegurar el respeto de los procedimientos de ejecución, que permiten al acreedor ejercitar su «*ius distraendi*» y, a la vez, protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2008**, encontramos una síntesis de la doctrina jurisprudencial con-

solidada desde la sentencia de **26 de julio de 2004**, a partir de los precedentes ya indicados en otras tan antiguas como la de **2 de junio de 1982**. Reproducimos a continuación un fragmento del Fundamento Jurídico Cuarto de la citada sentencia del año 2008:

«1.º La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia cum creditore. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario –si son terceros de buena fe– protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

2.º El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegu-

ra al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

3.º El fiduciario no se hace dueño real -propietario- del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

4.º La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

5.º El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse sobre el que le corresponde una especie de derecho

de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

*6.º La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía» es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa **simulada**, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la «venta en garantía» como un negocio en fraude de ley (art. 6.4 Cód. Civ.).»*

A mayor abundamiento, la **Resolución de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública de 18 de septiembre de 2023** expone una argumentación semejante a la recién expuesta y clarifica la cuestión relativa a la **determinación del negocio fiduciario y la operatividad del pacto comisorio en el mismo**, en los siguientes términos:

«Esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero y 27 de octubre de 2020, así como otras citadas en los «Vistos» de la presente) que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil).

En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), ‘el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante

de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este centro directivo'. El Tribunal Supremo, Sala Primera, ha declarado reiteradamente (vid. entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquéllos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

Y como añade la **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de julio de 2012:**

*«En otras ocasiones, la jurisprudencia ha acudido no a la figura del negocio fiduciario, sino a la del negocio **simulado** a fin de evitar el fraude a la prohibición del pacto comisorio. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999, haciéndose eco de las posiciones que en la doctrina española cuestionan la autonomía del negocio fiduciario, en su consideración de generador del doble efecto real y obligacional, que fue importado de la doctrina alemana, considerando que no existe la denominada «causa fiduciae», y que lo asimilan al negocio simulado, hace una síntesis de los distintos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal bajo ese enfoque y que conduce en todo caso a salvaguardar la eficacia de la reiterada prohibición legal del comiso, y así ha declarado la existencia de simulación, entre otros en los siguientes casos: la Sentencia de 6 de abril de 1992 dice que «la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finali-*

dad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender»; la de 5 de abril de 1993 dice: «lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia»; la de 22 de febrero de 1995 dice, refiriéndose a un negocio fiduciario, que «no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante» y añade: «el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia...»; la de 2 de diciembre de 1996 se refiere expresamente a la «simulación de la compraventa referente a los recurrentes...»; la de 19 de junio de 1997, tras exponer la doctrina del contrato fiduciario, declara «ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo.

También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios

jurídicos indirectos. En este sentido la Resolución de 18 de octubre de 1994 aplica la prohibición en un supuesto de venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, que faculta al comprador para requerir de pago al vendedor, de forma que la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia, lo que vulnera la prohibición del pacto comisorio. En el mismo sentido, las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, de 26 de marzo de 1999 y de 26 de noviembre de 2008, concluyeron que la opción de compra examinada se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de ésta), entendiendo que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

Como dijo la ya mencionada Resolución de 18 de octubre de 1994, el Código Civil

rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, puede apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor».

En consecuencia, la tesis imperante en la actualidad defiende que todos los negocios en los que exista un pacto comisorio no pueden operar en el tráfico jurídico por ser nulo dicho pacto. Y considera, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que son válidos los **negocios fiduciarios, ya que en cuanto encierran pacto comisorio, no han de ser calificados como tales, sino como negocios simulados.**

Para concluir, advertimos que las resoluciones más recientes de la Dirección General parecen mostrarse más flexibles, admitiendo la controvertida figura de «**pacto marciano**». En efecto, pese a la tradicional prohibición de pacto comisorio, se acepta el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la ga-

rantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. Buen ejemplo de ello son las **Resoluciones de 15 de marzo de 2021 y 13 de julio de 2022**, la primera de las cuales alude expresamente al denominado pacto marciano, y subraya que, en el caso concreto, es precisamente la intervención notarial, en las diversas fases del ejercicio de la opción de compra (tanto de los presupuestos de tal ejercicio, como su puesta en ejecución), la que sirve para dotarla no solo de autenticidad, sino de adecuación a derecho, dado el deber genérico que se impone al notario de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza. La flexibilidad y rapidez que resultan de las previsiones negociales adoptadas por las partes –ya reseñadas y con el soporte y exigibilidad de una rigurosa actuación notarial– permiten acreditar la liquidación de la deuda y el ejercicio de la opción con las máximas garantías jurídicas, así como la realización de una justa valoración del bien en evitación de un posible enriquecimiento injusto.

§26. NEGOCIOS FRAUDULENTOS

Federico DE CASTRO define el fraude de ley como el acto o conjunto de actos que originan un resultado prohibido por una norma jurídica, amparándose en otra dictada con distinta finalidad. Los negocios fraudulentos pertenecen, por tanto, a la categoría de los **actos fraudulentos**, sancionados por el artículo 6.4 del Código Civil: *«Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»*. El fraude de ley también tiene especial transcendencia en Derecho Internacional Privado, pues, de acuerdo con el artículo 12.4, *«se considerará como fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española»*

Aunque ha sido muy discutido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero

de 1999 afirma que el fraude **no requiere prueba de intencionalidad**.

Un supuesto clásico es el de la **venta con pacto de retro**, al amparo del artículo 507 del Código Civil, en la que el comprador es realmente un acreedor que presta el supuesto precio de la compraventa, bien para recuperarlo a través del retracto que ejercite el deudor-vendedor, bien para adquirir definitivamente la propiedad de la cosa objeto de la compraventa en caso de que tal retracto no se ejercite, con lo que lograría eludirse la prohibición del pacto comisorio, tal y como se ha analizado en el epígrafe anterior. Como particularidad foral, sin embargo, debe hacerse referencia una vez más a la **Compilación de Navarra**, cuya ley 536 admite expresamente la «*venta con pacto de retro*», disponiendo que «*en la venta con pacto de retro o a carta de gracia, cuando, conforme a la ley 583, deba presumirse su fin de garantía, se entenderá haber un préstamo de la cantidad que figura como precio, con la garantía de retener la propiedad del objeto*

que figura como vendido y adquirir la propiedad definitiva del mismo si no se restituye la cantidad dentro del plazo pactado.»

Especial referencia merece la calificación del fraude, muy limitada en el ámbito registral debido a la rigidez de la prueba en el procedimiento calificador, tal y como se desprende de los artículos 18, 65, 99 y 100 de la Ley Hipotecaria y 98, 99 y 100 del Reglamento Hipotecario. La Dirección General sostiene que el Registrador solo puede apreciar el fraude de Ley cuando este resulte evidente de los documentos presentados. Podrá hacerlo, por ejemplo, **en el caso de los títulos prefabricados, que implican la creación artificiosa de un antetítulo dispositivo para posibilitar la inmatriculación de la finca por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria**, tal y como señala la Resolución de 3 de noviembre de 2021, según la cual la objetividad y publicidad de dicho procedimiento requiere *«que de las circunstancias concurrentes no resulte que la documentación se haya creado artificialmente con el objetivo de producir la*

inmatriculación». Y añade que este es un extremo que puede y debe apreciar el registrador con apoyo en una pluralidad de factores (tales como la simultaneidad de fechas de los títulos, transmisiones circulares, ausencia de función económica, neutralidad o bajo coste fiscal de los negocios traslativos, etc.) que ofrezcan indicios suficientes de que la documentación ha sido creada o concebida *ad hoc*.

La inmatriculación de fincas por la vía del doble título exige el encadenamiento de dos adquisiciones sucesivas o directamente coordinadas con la finalidad de lograr cierta certidumbre de que el inmatriculante es su verdadero dueño. Se busca así que sean dos transmisiones efectivas y reales. Por ello, y aun admitiendo el Centro Directivo que **la función registral no pueda equipararse a la judicial, que es la que generalmente corresponderá enjuiciar el posible fraude, no se excluye que el registrador pueda apreciar tal fraude cuando de la documentación presentada resulte objetivamente un resultado antijurídico**, con

arreglo a lo declarado por el presentante y de los libros del Registro. Se arguye que la tarea de calificación no se limita a una pura operación mecánica de aplicación formal de determinados preceptos, ni al registrador le está vedado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual. De este modo se ha reiterado por este Centro Directivo que el registrador puede detener la inmatriculación cuando estime la instrumentalidad de los títulos, si bien ésta no puede derivar de simples sospechas, debiendo estar suficientemente fundadas, con arreglo a las particulares circunstancias del caso concreto.

Otro supuesto de valoración registral del posible fraude es el de la declaración de obra nueva de un edificio destinado a locales a la que no se aporta, por no ser necesario, el certificado de haber constituido **seguro decenal**, pero posteriormente se presenta otra escritura en la que se cambia el destino de los locales a vivienda en los que sí es necesario, según los artículos 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por

el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y los artículos 19 y 20 de la Ley Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, como señalan las Resoluciones de 19 de julio de 2005 y 30 de mayo de 2022.

No obstante, existen casos en que se instrumentaliza al Registrador imponiéndole el **deber de controlar la concurrencia de unos requisitos específicos, de carácter objetivo**, en los que se presume la existencia de fraude, como ocurre con la existencia de licencia o declaración de innecesariedad para inscribir escrituras de segregación u obras nuevas, ex artículos 78 y 45 Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística y 26 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Esta cuestión ha planteado cierta problemática en el caso de figuras limítrofes, como la **Propiedad Horizontal tumbada**.

Siguiendo a Lanzas Martín, destacamos que, en **una primera fase**, la DG distingue, por un lado, aquellos supuestos en que **los elementos privativos no son superficies de suelo, sino solo “las edificaciones independientes entre sí”**, de modo que el suelo permanece como elemento común. Es el caso de Propiedad Horizontal Tumbada, para el cual (inicialmente) **no se requirió licencia (salvo disposición autonómica en contrario)**; y, por otro lado, aquellos otros supuestos en que **los elementos privativos son superficies del suelo, que se divide en varias “parcelas independientes entre sí”**. Este caso es el de Complejo Inmobiliario en sentido estricto, que sí requiere licencia en todo caso.

Esta distinción se recoge en las **Resoluciones de 10 de diciembre de 2003 y 14 de enero de 2010**. Sin embargo, tales resoluciones se anularon por las **Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 2007 y 30 de octubre de 2008**, conforme a las cuales: aunque el suelo sea elemento común, debe exigirse la licencia de parcelación

siempre que se delimiten espacios de suelo de uso exclusivo a favor de los titulares de elementos privativos. En el mismo sentido se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2013**, y la posterior **Resolución de la Dirección General de 21 de enero de 2014**, que exige licencia siempre que exista asignación de uso exclusivo u otro indicio de parcelación, aunque se trate de una Propiedad Horizontal tumbada. Por último, la **Resolución de 3 de junio de 2019** parece ir incluso más allá, y exige autorización administrativa (o declaración de innecesariedad) en cualquier supuesto de Propiedad Horizontal tumbada, incluso aunque no exista asignación de uso exclusivo de parte de suelo a elementos privativos.

Otro supuesto de especial transcendencia práctica es la **identificación de los medios de pago** para inscribir escrituras públicas relativas a actos o contratos realizados a título oneroso relativos al dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o

en parte, en dinero o signo que lo represente, conforme a la **normativa reguladora de la prevención del fraude fiscal y el blanqueo de capitales**, así, los artículos 21.1 y 254 de la Ley Hipotecaria, 166 del Reglamento Notarial, 24 de la Ley del Notariado, la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164.

Fuera de estos supuestos excepcionales, sin embargo, lo cierto es que la apreciación del fraude suele quedar limitada al ámbito judicial, tal y como subraya la **Resolución de 29 de marzo de 2022**. Recuerda el Centro Directivo en la citada resolución que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo - como medio fraudulento o defraudatorio - requiere ineludiblemente la existencia de una decisión judicial firme que así lo declare, en el procedimiento y con las garantías procesales en cada caso previstas, «*sin que tal intervención judi-*

cial pueda ser suplida en sede registral o en el estrecho margen de este recurso».

5. BIBLOGRAFÍA

- CASTRO Y BRAVO, Federico de (2008): *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas.
- DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de (1929-1932): *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, Juan Pueyo.
- DÍEZ PICAZO, Luis (2012): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2017): *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier (2005): “La ‘consideration’ del Derecho Anglosajón y el sistema de negocio causal español”, *Revista de estudios jurídicos*, 2025-6, pp. 235-248.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio Pacelli (2020): “El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal”, *Revista Crítica De Derecho Inmobiliario*, 779, pp. 1925 a 1946.
- LÓPEZ ALARCÓN, M. el al. (2012) *Derecho eclesiástico del Estado español*. 6ª Edición. EUNSA, Pamplona.

- MARTÍN LEÓN, Antonio (2013): “Negocios fiduciarios y usucapión”, *Anuario de Derecho Civil*, 2011, LXIV-II, pp. 653-681.
- TUDELA CHORDÁ, Sergio (2015): “La prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios cum creditore”, *Revista de Derecho UNED*, 2015-7.

CAPÍTULO 3

**CUESTIONES PRÁCTICAS
RELACIONADAS CON LA
CAUSA DE LOS NEGOCIOS**

Luis Arnáez Fernández
Registrador de la Propiedad

SUMARIO: §27. Introducción.—§28. La causa onerosa y la causa gratuita. Una primera aproximación a la causa.—Ejemplos prácticos.—§29. La causa en la sociedad de gananciales. Un juego entre la voluntad y la prueba.—§29bis. Atribución de privatividad.—Ejemplos prácticos.—§29ter. Atribución de ganancialidad. La causa matrimoni. Una construcción doctrinal para solventar un problema práctico.—Ejemplos prácticos.—§29quater. Otras cuestiones relacionadas con la causa y el matrimonio.—a) El acrecimiento de cuota frente a la subrogación real.—Ejemplo práctico.—b) La rectificación del Registro basada en la incorrecta apreciación, en su día, del carácter del bien.—Ejemplo práctico.—c) La inclusión en la liquidación de gananciales de un bien privativo.—Ejemplo práctico.—§30. La causa en las particiones hereditarias. La puerta de entrada a la calificación registral de las herencias.—§31. La causa en los negocios de

garantía. La accesoriedad como criterio esencial de nuestro sistema.—Ejemplo práctico.—§31bis. Supuesto especial. Los negocios de garantía y la vulneración de la prohibición del pacto comisorio.—Ejemplo práctico.—§32. La cancelación formal de asientos. ¿Una excepción a nuestro sistema causalista?—§33. Conclusión.—Bibliografía.

§27. INTRODUCCIÓN

En este capítulo abordaremos las cuestiones prácticas que, indudablemente, se relacionan con la causa de los negocios y que tienen una extraordinaria relevancia cuando hablamos de la calificación de los negocios jurídicos que pretenden tener acceso al Registro de la Propiedad.

Es casi paradigmático cómo un concepto tan teórico como el de la causa, y que presenta tantas complicaciones a la hora de definir, deslindar y concretar, puede tener tanta relevancia en la práctica registral.

Podríamos incluso afirmar que la aplicación práctica de la causa facilita la labor de

definir la propia causa, a la que hemos aludido antes. Es la práctica registral la que dota de importancia a la causa, la que acude a la causa como refugio de la legalidad, inscribibilidad y justicia en una transmisión inmobiliaria que quiere tener acceso al Registro.

La causa, cuando hablamos del principio de legalidad como aplicación del derecho a través de la calificación del Registrador, es un cajón de sastre, que parece que funciona siempre cuando al Registrador no le quedan más argumentos jurídicos para suspender la inscripción de un contrato que aparentemente cumple los requisitos de legalidad pero que la experiencia del Registrador le dice que no puede tener acceso registral.

Pues bien, como cajón de sastre, facilita aún más la labor registral el debate doctrinal acerca de la definición, naturaleza jurídica y efectos de la causa, puesto que podremos acogernos, cuando así convenga a la calificación, a la causa definida como finalidad de las partes en el negocio y rechazar la inscripción cuando esta

causa sea ilícita o contraria a los principios generales del derecho, y en otras ocasiones será la causa considerada como el porqué de la atribución jurídica patrimonial la que se esgrima como argumento de la suspensión o denegación del acceso del contrato al Registro.

Además, la determinación de la causa se relaciona con otros principios hipotecarios tales como el de legalidad, especialidad, fe pública registral... afectando de manera transversal a los diferentes preceptos de la ley y reglamento hipotecarios.

Antes de entrar en estas cuestiones prácticas en concreto debemos hacer una precisión en cuanto a la causa que valora el Registrador en la calificación.

La causa se configura como un elemento esencial del contrato, de todos los contratos que aparecen regulados en nuestro Código Civil. Cuando este contrato causal tiene por finalidad la constitución, transmisión o extinción de un derecho real, surge, además de

esta causa negocial, una causa de la atribución patrimonial.

Solamente los contratos que incorporan un efecto jurídico-real inmobiliario serán sometidos a la calificación del Registrador de la Propiedad, por lo que todos estos casos tendrán una doble causa que tiene que ser calificada.

1. La causa del negocio jurídico en si mismo considerado^[75], como supuesto de validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas a los que se refiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

2. La causa de la creación, transmisión, modificación y extinción del derecho real que, como efecto propio de la tradición, se produce con el negocio jurídico calificado.

^[75] Artículo 1261 *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 3.º Causa de la obligación que se establezca.*

En cuanto a esta última, solamente un efecto jurídico real causalizado puede producir una modificación de titularidades en el Registro de la Propiedad, en aplicación de la teoría clásica del título y el modo.

A esta dualidad hace referencia el profesor Díez Picazo^[76] cuando afirma:

“La causa de la atribución es para nosotros, aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, el atributario para recibir el desplazamiento patrimonial. En otras palabras, el atributario está jurídicamente facultado para recibir la atribución. Tiene derecho a ello. Ahora bien, este derecho le puede venir por un negocio jurídico o de una expresa disposición legal. En el primer caso, la causa de la atribución es todo negocio jurídico anterior que, a su vez, tiene también su causa (causa del negocio). Recordemos

[76] “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” Tomo 1 Sexta Edición, Luis Díez Picazo, pág. 289.

los casos que antes mencionábamos de la causa de la traditio o de la causa de una letra de cambio. La causa de la atribución es el negocio jurídico válidamente celebrado. Una atribución puede hacerse, por ejemplo, donandi causa, o solvendi causa, pero entonces la causa de la atribución es la donación o un negocio respecto del cual la atribución sea solutio (v.gr. compraventa). A su vez, estos negocios tendrán su propia causa y esta causa del negocio repercute, si es irregular, en la irregularidad del negocio, de tal manera que si el negocio se hace nulo, la atribución no tendrá causa. Pero la nulidad del negocio puede provenir de otras muchas razones”.

Por lo tanto, a la hora de abordar las cuestiones prácticas de la causa debemos precisar a qué causa de estas nos referimos. Para ello intentaremos sistematizar las grandes categorías de estos problemas prácticos de la causa en los siguientes grupos:

§28. LA CAUSA ONEROSA Y LA CAUSA GRATUITA. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA CAUSA

Un primer problema que se plantea cuando nos acercamos al análisis de la causa, es la determinación del carácter oneroso o gratuito de la transmisión.

Esta consideración tiene dos aspectos fundamentales: La protección de los terceros y las consideraciones fiscales de la transmisión:

a) La protección de los terceros

Anteriormente hemos señalado que la causa es una cuestión que afecta transversalmente a los diferentes principios hipotecarios.

En este caso, la determinación de la causa onerosa o gratuita de un negocio jurídico tiene especial relación con el principio de la Fe Pública Registral, y ello en tanto que el

artículo 34 de la Ley Hipotecaria que lo consagra^[77] exige que la transmisión que debe quedar bajo su protección es la onerosa, no así la gratuita, cuando dispone en su párrafo tercero que *“los adquirentes a título gratuito no gozaran de mas protección registral que la que tuviera su causante o transferente”*.

Por lo tanto, en toda inscripción en el Registro de cualquier derecho real deberá constar con total claridad si la transmisión se realiza o no bajo contraprestación, porque solamente de ahí se deducirá o no, la protección del tercer adquirente

^[77] **Artículo 34.** El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

b) El aspecto fiscal de la transmisión

La determinación de la onerosidad o no de la causa del negocio no puede ser entendida registralmente sin poner el ojo en el aspecto fiscal de la transmisión.

Cuando existe una causa onerosa el hecho imponible quedara sujeto a la tributación por el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas (ITP)^[78] o cuando se trate de primeras transmisiones de inmuebles al impuesto sobre el valor añadido (IVA)^[79].

[78] Artículo 7 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.

1. Son transmisiones patrimoniales sujetas:

A) Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

B) La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos.

[79] Artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Cuando la causa es gratuita la tributación se realizara a través de la sujeción al impuesto de sucesiones y donaciones (ISD)^[80]

Es necesario recordar, en este punto, la labor registral en la determinación del hecho imponible desde la perspectiva de liquidador como responsable de la oficina liquidadora de distrito hipotecario, en aquellas comunidades que aún se conservan, así como en la obligación de suspender la calificación en caso de falta de pago del impuesto que impone el artículo 254 LH^[81].

Uno. Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

^[80] **Artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.**

1. Constituye el hecho imponible:

a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio.

b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, «intervivos».

^[81] Artículo 254.

1. Ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos

Avanzando en la determinación de la causa podemos plantear la siguiente cuestión: ¿Es necesario probar este carácter oneroso o gratuito de la causa, o basta la mera manifestación?

Para contestar a esta pregunta debemos distinguir el plano civil tradicional de los requisitos adicionales que se han impuesto en los negocios jurídicos sobre transmisión de

establecidos o que se establecieron por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir.

2. No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen.

3. No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, si el fedatario público hubiere hecho constar en la Escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados.

derechos reales inmobiliarios para que puedan tener acceso al Registro.

Una solución clásica al problema, abordada desde una perspectiva estrictamente civil, la encontramos en el artículo 1277 del CC cuando dispone: *“aunque la causa no se exprese en el contrato, se presumirá que existe y que es lícita, mientras no se pruebe lo contrario”*.

Algunos autores han querido ver en este precepto una admisibilidad de los negocios abstractos, los que no tienen causa, si bien, como pone de manifiesto el mismo Díez Picazo^[82]: *“el sistema del artículo 1277 lo que hace es invertir la carga de la prueba, pero no da eficacia al contrato abstracto”*.

En este punto, el derecho hipotecario, en su necesaria condición de derecho pensado en la protección de los terceros, exige la ma-

[82] “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” Tomo 1 Sexta Edición, Luis Díez Picazo, pág. 289.

nifestación de la causa por consecuencia de otro principio, el de especialidad, que ayuda a clarificar la atribución patrimonial y que opera eliminando cualquier género de duda en cuanto a los efectos que se despliegan de esa transmisión patrimonial.

Es por ello que la identificación de la causa en el negocio jurídico se exige en preceptos relacionados con este principio de especialidad, y más concretamente en el artículo 21 de la LH.

“2. Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el apartado anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los térmi-

nos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862”.

Y es precisamente este artículo el que enlaza las funciones atribuidas al Registrador de prevención de fraude fiscal y blanqueo de capitales impuestas en los párrafos 2 y 3 del precitado artículo 254 y que conectan indudablemente con la causa.

Así, la respuesta a esta cuestión queda de la siguiente manera:

1. Toda transmisión patrimonial que produzca una modificación jurídico real debe identificar la causa onerosa o gratuita que le sirve de base.

2. Desde un plano estrictamente civil, basta la mera manifestación de la causa, sin necesidad de prueba.

3. La acreditación de los medios de pago se impone, pero no por el Derecho civil clásico, sino por las exigencias actuales de co-

laboración registral para la prevención del fraude fiscal y el blanqueo de capitales.

Ejemplos prácticos

1. A vende una finca a B por un precio de 100.000 euros que declara entregados previamente al contrato de compra. Este contrato se formaliza en Escritura Pública.

En este sencillo ejemplo, observamos una causa negocial, la compraventa, que produce una transmisión jurídico real, siempre que el título de compraventa lleve aparejada la tradición, que al tratarse de escritura pública será una tradición instrumental amparada en el artículo 1463 del CC.

Estudiando esta transmisión desde la óptica civil, el contrato no plantea problemas, en tanto que la causa onerosa se ha manifestado, al establecer un precio a la transmisión, sin necesidad de probar nada en cuanto a la entrega de este precio, puesto que como he-

mos señalado antes, la causa del contrato se presume.

Ahora bien, esta transmisión patrimonial no resulta inscribible, ya que no cumple con el principio de especialidad relacionado con esta causa onerosa.

El defecto a señalar sería una incorrecta identificación de los medios de pago que produce un incumplimiento del artículo 21 y 254. 3 de la LH.

2. A transmite a B una finca por un precio de 100.000 euros, manifestando que A debía a B una cantidad igual a la del precio derivadas de relaciones comerciales entre ambos.

Una vez más, nos encontramos ante una disociación entre la causa civil y la identificación de los medios de pago.

Ya hemos visto al analizar los aspectos teóricos de la causa como el reconocimiento

de deuda siempre plantea un punto de fricción que se presta a un posible fraude comercial en cuanto a la causa

En el plano estrictamente civil, todo reconocimiento de deuda tiene una causa anterior que la justifica y explica. En este caso, A hace un reconocimiento expreso de esta causa anterior, la existencia de relaciones comerciales con B, que han generado una deuda con este que ahora este satisface mediante un contrato de compraventa.

Aquí nos encontramos con un problema distinto del caso anterior. La compraventa sin identificación de medios de pago no deja de ser una compraventa, en la que la causa de la entrega del bien es el pago del precio.

En este caso, hay una disociación entre la causa alegada y la causa verdaderamente querida por las partes. La causa de la atribución patrimonial es una causa onerosa, pero la entrega de la cosa no es el pago de un

precio, sino el pago de una deuda. Es por ello que aquí, el elemento causal se relaciona con el principio de especialidad desde otra perspectiva. En este caso es la especialidad en la calificación del negocio, que deja de ser compraventa para ser considerado una dación en pago^{[83][84]}

Además, no debemos olvidar la exigencia de la identificación de la causa por la obligación de control de prevención de fraude fiscal y prevención de blanqueo.

^[83] Debemos recordar en este punto que la dación en pago de deuda parece tener reconocimiento legal en aplicación del artículo **1166 CC** a sensu contrario: *El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.*

^[84] Cuestión distinta sería el caso de que la deuda alegada no cubra la totalidad del precio. En este caso podría acudir a la causa alegada y querida por las partes, en aplicación analógica del artículo 1446 del CC: *Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario.*

En este caso, cabe plantearse una nueva cuestión: ¿Es necesario acreditar esa relación contractual previa, con todos los requisitos de existencia y validez, o basta la identificación de los elementos que la constituyen?

Esta pregunta está íntimamente relacionada con la función del registrador y su ámbito de competencia.

La existencia de una manifestación en documento público, produce efectos frente a terceros, pero no en el sentido de prueba de la veracidad de la manifestación en sí, sino de que esa manifestación se ha producido^[85].

El Registrador, como tercero frente al documento, debe pasar por la manifestación, sin necesidad de que se acredite la realidad de la misma. En caso de falsedad en el con-

^[85] Estos argumentos serán esgrimidos más tarde cuando valoremos la relación la calificación registral y los negocios fraudulentos y fiduciarios.

tenido de la manifestación, se plantea un posible ilícito penal por falsedad en documento público.

Ahora bien, es precisamente el principio de especialidad el que exige la identificación de la deuda pendiente y del negocio jurídico del que se deriva, pues solamente así existirá una perfecta identificación de la causa onerosa en el asiento registral.

Es por ello que en el supuesto planteado se presentan dos defectos:

- 1 Incorrecta identificación de la causa de la atribución patrimonial, ya que no es compraventa sino dación en pago

2. Falta de identificación de los negocios jurídicos de los que derivan estas deudas, siendo preciso identificar los negocios jurídicos previos, sin necesidad de prueba documental alguna que lo justifique.

§29. LA CAUSA EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. UN JUEGO ENTRE LA VOLUNTAD Y LA PRUEBA

La inscripción de los bienes de la sociedad de gananciales en el Registro están sometidos a un régimen muy especial que se deriva de la propia naturaleza de la sociedad de gananciales: una comunidad germánica o en mano común que se produce entre los cónyuges por los bienes adquiridos con causa onerosa durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

La relación entre los cónyuges y la sociedad de gananciales no es una relación equiparable a la de los socios con la sociedad puesto que en el primer caso la sociedad de gananciales carece de una personalidad jurídica propia independiente de la de cada uno de los socios.

La relación de los cónyuges y la sociedad de gananciales es una relación de patrimonios

de una misma titularidad pero de distinto carácter. La adquisición se realizara con carácter privativo si se causaliza una adquisición para el patrimonio de uno solo de los cónyuges, o bien una adquisición con carácter ganancial si se causaliza una adquisición con este carácter.

En un primer acercamiento diremos que existirá una causalización de una adquisición privativa cuando el bien se adquiera con dinero privativo o en sustitución de un bien privativo de un cónyuge. Puede darse incluso el supuesto en el que dos cónyuges casados en régimen de gananciales adquieran un bien por cuotas indivisas en aquel caso en el que se causalice la adquisición privativa de cada patrimonio

Por otro lado, existirá una causalización de ganancialidad en aquellas adquisiciones jurídico-reales onerosas realizadas durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

Este marco se mantiene en el caso de los denominados negocios entre los cónyuges,

admitidos en nuestro derecho por el artículo 1323 del CC *Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.*

En principio, estos negocios jurídicos quedan sometidos a las mismas reglas de causalización que se dan entre personas no relacionadas entre sí, de tal forma que un contrato oneroso celebrado por un cónyuge con el otro, sólo podrá ser privativo cuando el dinero comparta esta misma naturaleza.

Estas reglas básicas se distorsionan cuando la voluntad de los cónyuges se contraponen al efecto general que se ha descrito anteriormente. Así, podemos distinguir:

§29BIS. ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD

La atribución de privatividad está reconocida, por la vía de la confesión del cónyuge perjudicado, en nuestro artículo 1324 del CC

cuando dispone: *Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.*

Esta especialidad tiene su reflejo registral, exigiendo que se inscriba la adquisición como privativa por confesión, en el art. 95 del RH: **4.** *Si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla.*

El efecto fundamental de la confesión de privatividad es que, para disponer libremente el cónyuge beneficiado, será necesario acreditar que el otro cónyuge no ha fallecido, pues en tal caso sería de aplicación el segundo inciso del art. 95.4 RH: *Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a*

cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia.

El juego de la causa en este caso se plantea con sutileza, ya que será exigencia de la atribución de privatividad la manifestación de la privatividad del precio pagado por el cónyuge a cuyo favor se hace la confesión.

En este punto nos planteamos una nueva cuestión: En el caso de que no se haga manifestación de privatividad, pero se alegue el carácter privativo del bien, ¿es necesaria la prueba de la causa de esta privatividad?^[86]

^[86] En el código foral aragonés, se da una especialidad en esta materia, estableciendo una especie de prueba legal de esta circunstancia, en su artículo 213 cuando dispone:

1. Adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura

A diferencia de la línea seguida anteriormente, en cuando a la innecesidad de prueba ante el Registrador de las causas alegadas, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ha sostenido un criterio tradicional muy estricto en cuanto a la prueba de la causa de la atribución de privatividad.

Así, analiza esta cuestión en resoluciones tales como la de 13 de octubre de 2003 cuando dispone:

“la justificación del carácter privativo del dinero empleado en la compra requiere prueba documental pública.- Inscrita una finca a favor de un señor, para su sociedad conyugal (por haberla adquirido en tal forma), se presenta ahora acta de manifestaciones en la que dicho señor declara que el dinero en la compra era privativo, por provenir: en parte, de la venta, verbal, de

que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras.

2. La presunción admite en juicio prueba en contrario.

una finca privativa (comparece en el acta el comprador, y se acompaña escritura de formalización de dicha venta)); y, en el resto, de dinero privativo, origen que conocían los vendedores de la finca (quienes igualmente comparecen en el acta). Rechaza el Centro Directivo que pueda reflejarse en el Registro la privatividad de la finca pues, razona, para ello sería preciso que se aportara prueba documental pública; no basta al efecto la simple manifestación del adquirente de que empleó dinero propio, dado el carácter fungible del dinero, y sin que esta exigencia quede desvirtuada por el hecho de haberse hecho la manifestación en acta notarial, pues la fe pública del notario no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones de los otorgantes. Además, al tiempo de la compra el adquirente manifestó que compraba para su sociedad conyugal, por lo que su declaración actual va contra sus propios actos y su consignación registral sería contraria al art. 95.6 RH. Esta doctrina no queda desvirtuada por el hecho de que algunas sentencias del Tribunal Supremo pue-

dan fundamentar la postura del recurrente, pues los tribunales disponen de una serie de medios para valorar pruebas de los que no dispone el registrador^[87]”.

No obstante, recientes resoluciones han flexibilizado el criterio de esta prueba, y así, declara el centro directivo que *para justificar el carácter privativo del dinero empleado en la compra, si bien en principio no basta con que el comprador manifieste que dicho dinero proviene de una previa donación o de la venta anterior de bienes privativos, sí puede ser suficiente que, además de dicha manifestación en documento público, exista algún dato adicional que la corrobore, como sería el documento bancario del que resulte la correspondencia entre el pago ahora efectuado y el previo ingreso en una cuenta de titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública. Razona la Dirección General que la rigidez con la que hasta ahora ha sido interpretado*

[87] Comentarios del Fichero electrónico Constancio Villaplana.

el art. 95.2 RH ha de ser flexibilizada atendiendo a la realidad social (art. 3.1 CC)^[88].

Parece por lo tanto que se adopta un criterio mucho más parecido al seguido en otras cuestiones relacionadas con la causa, en las que la labor registral se basa en la constatación de la manifestación de una causa adecuada al negocio y a la atribución patrimonial, pero sin necesidad de exigencia de una prueba que lo acredite.

Ejemplos prácticos

1. A y B casados en régimen de gananciales adquieren conjuntamente un bien por mitades indivisas, una mitad para la comunidad de gananciales y la otra mitad con carácter privativo de B por haber satisfecho esta parte de la contraprestación con dinero privativo de este.

^[88] Comentarios del Fichero Constancio Villaplana a la resolución de 30 de mayo de 2022

En este caso nos encontramos con una adquisición por mitades de una finca por un matrimonio sujeto al régimen económico matrimonial de gananciales.

La causa en la adquisición de la mitad ganancial se deriva de la propia naturaleza de la sociedad de gananciales, ya que precisamente una adquisición con carácter privativo de un bien, constante la sociedad de gananciales, tendrá carácter ganancial.

Mayores problemas plantea el caso de la mitad adquirida por el cónyuge B con carácter privativo.

En este caso se manifiesta que la adquisición de la mitad indivisa se corresponde con una aportación de numerario privativo de este mismo cónyuge, de forma que la adquisición adquiere este carácter.

El problema radica en concretar la causa de la atribución de esta privatividad, o en su caso, que esta se hace por confesión.

Por lo tanto, se deberá precisar en la escritura una de estas dos opciones:

a) El bien se adquiere con dinero privativo de B, en cuyo caso será defecto que impida la inscripción, la falta de acreditación documental de la procedencia de los fondos privativos, en los términos que hemos descrito anteriormente.

b) No existiendo prueba documental pública, el cónyuge no adquirente, confiesa la privatividad de la mitad adquirida por su consorte, en cuyo caso el bien se inscribirá con carácter privativo. Falta en este caso tal confesión de privatividad.

2 Realización de obras gananciales sobre suelo privativo.

A y B, casados en régimen de gananciales realizan una declaración de obra nueva, relativa a una construcción realizada sobre suelo inscrito con carácter ganancial. Los cónyuges manifiestan que la

construcción se ha realizado con fondos privados de B, por lo que solicitan la inscripción con este carácter.

En este caso se plantea un supuesto de manifestación de una causa de atribución patrimonial que contradice la regla general prevista en el art. 1359 CC cuando dispone: *Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privados tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.*

Por lo tanto, aquí reviste aun más fuerza la regla general de prueba documental pública de la procedencia de los fondos comunes, en términos semejante a los vistos en el punto 3.2 antes visto.

Además, se plantea la cuestión relativa a la ruptura del principio de unidad de dominio en sentido vertical, proclamada en el

art. 350 del CC^[89] y que tiene una especial relevancia en el plano registral.

Es por ello que debemos acudir a alguna figura prevista en el ordenamiento que permita mantener temporalmente esta disociación de titularidades, como en este caso, un derecho de superficie.

§29TER. ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD. LA CAUSA MATRIMONI. UNA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL PARA SOLVENTAR UN PROBLEMA PRÁCTICO

Como efecto contrario al estudiado en el punto anterior, se plantea la posibilidad de admitir los negocios entre los cónyuges

^[89] Artículo 350 *El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía.*

y la sociedad de gananciales, en los que se incrementa el patrimonio de la sociedad de gananciales.

En este punto, debemos recordar que la ampliación de la comunidad de gananciales, mediante la aportación a ella de bienes pertenecientes privativamente a uno de los dos cónyuges, favorecerá, en todo caso, a los acreedores y terceros, puesto que los bienes de la sociedad de gananciales responderán frente a los acreedores en los términos previstos en los artículos 1362 y siguientes de nuestro CC.

Por otro lado, el examen del artículo 1355 CC parece circunscribir la voluntad de los cónyuges en la atribución de ganancialidad de un bien adquirido por cualquiera de los cónyuges, en el momento de la adquisición, sin que pueda producirse en un momento ulterior, cuando dispone:

Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los

bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.

Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes.

La literalidad del precepto nos lleva a distinguir entre dos negocios jurídicos distintos: el de la atribución de ganancialidad a un bien que se adquiere de terceros para la sociedad conyugal y el de la aportación a la sociedad de gananciales de un bien perteneciente privativamente a uno de los dos cónyuges.

En el primer caso, la atribución de ganancialidad no requiere la expresión de causa, siendo la voluntad de los cónyuges suficiente para producir esta adquisición directa por parte de la sociedad de gananciales

En el segundo caso, existe un nuevo negocio jurídico que tiene por objeto un desplazamiento patrimonial de un patrimonio privativo a otro ganancial, de forma que debe estar amparado en una causa autónoma, como elemento esencial del negocio y que debe ser calificado por el Registrador

En un momento inicial, la actual DGS-JFP adoptó un criterio estricto en cuanto a la determinación de la causa, ya que considerado este negocio de aportación como un negocio autónomo, se deberá determinar la causa onerosa o gratuita de la adquisición. Sin esta expresión, el negocio no podría inscribirse.^[90]

Las consecuencias de este criterio son claras: toda aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, como cualquier otro negocio, deberá expresar la causa onerosa o gratuita de aportación.

^[90] Resoluciones de DGSJFP de 11 de junio de 1993, reiteradas en otras como 4 de julio de 2022 y de 30 de noviembre de 2022.

No obstante, el rigor de este criterio se ha matizado en aras a una interpretación sistemática del juego de la sociedad de gananciales y los patrimonios de los cónyuges, en tanto que frente a esa dualidad de causa onerosa o de causa gratuita del negocio de atribución, aparece una tercera posibilidad, más conforme a la realidad práctica de la sociedad de gananciales, y que ha venido a denominarse la *causa matrimoni*.

Esta *causa matrimoni* establece una nueva causalización para los negocios jurídicos de aportación a la sociedad de gananciales y que no es otra que la posibilidad de aumentar el patrimonio ganancial para el mejor sostenimiento de los gastos de la familia, en ejecución del artículo 1319 CC^[91]

Esta causa *matrimoni* se encuentra, entre otras, en la *ratio decidendi* de la sentencia

^[91] **Artículo 1319** *Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.*

del TS de 3 de diciembre de 2015, cuando distingue entre los negocios de atribución de carácter gratuito, de aquellos tendentes al sostenimiento de las cargas familiares

“Puede decirse que no todo acto de liberalidad comporta una donación en sentido estricto; en estos casos no se trata de una transmisión patrimonial de la propiedad realizada de forma gratuita por un cónyuge a otro, sino, incluso descartada la causa onerosa, de la aportación por uno de los cónyuges a la sociedad ganancial (que es una comunidad de tipo germánico y sin distribución por cuotas) de un bien de su propiedad por razón de liberalidad, que ha de insertarse en las especiales relaciones del derecho de familia, y en concreto de las nacidas de la institución matrimonial. La nota predominante no es tanto la mera liberalidad como ampliar el patrimonio separado (la sociedad de gananciales) para procurar más satisfactoriamente las necesidades familiares”.^[92]

^[92] Comentarios a la sentencia en el Fichero de Constancio Villaplana.

Finalmente, la DGSJFP ha admitido la manifestación de la *causa matrimoni* como una causa válida para la inscripción, con carácter ganancial de un bien que se aporta a la sociedad, en resolución de 9 de octubre de 2023, en la que se refiere a una permuta de un bien que se pretende aportar a la sociedad de consorciales típica del Régimen económico matrimonial aragonés.

Ejemplo práctico

A casado bajo el régimen de sociedad de gananciales con B, permuta un bien privativo de su patrimonio con otro perteneciente a la sociedad de gananciales de C.

En la permuta, el bien adquirido por A se solicita que se inscriba con carácter ganancial, mientras que el bien adquirido por C, se solicita que se inscriba con carácter privativo.

Nos encontramos ante un negocio jurídico que pone de manifiesto la necesidad de la expresión de la causa en materia de negocios entre los cónyuges y la sociedad de gananciales.

En cuanto a la adquisición que realiza A debemos hacer dos precisiones:

- A pretende inscribir un bien con carácter ganancial sin que conste el consentimiento del otro cónyuge.

Sin entrar ahora a valorar si es posible una atribución de ganancialidad como ésta, lo cierto es que se pretende la inscripción de un bien a nombre de la sociedad de gananciales sin que conste el consentimiento de los dos cónyuges que la integran.

En este caso, no es la causa la razón de la suspensión, sino el principio de rogación, en tanto que el otro cónyuge, B, como miembro de la socie-

dad de gananciales, deberá consentir esta adquisición, puesto que en caso contrario solo podríamos inscribir a nombre de A para su sociedad de gananciales.

- La ausencia de causa en la atribución de ganancialidad al bien adquirido por subrogación real.

En este caso, se trata de una permuta de bien privativo, de forma que, en aplicación del principio de subrogación real de los artículos 1346 y 1347, el bien adquirido en contraprestación tiene carácter privativo.

Por lo tanto, se plantea en este caso, además del negocio jurídico de permuta, el de atribución de bien privativo a la sociedad de gananciales.

Este negocio jurídico independiente, tiene su propia causa que debe ser expresada para dar por cumplidos todos

los elementos esenciales del negocio jurídico.

Esta causa podrá ser gratuita, onerosa o *causa matrimonii*, pero en todo caso deberá ser expresada en el negocio para que pueda tener acceso registral.

En cuanto a la adquisición de C se plantean las siguientes cuestiones:

- Se trata de una permuta de un bien ganancial en el que se pretende la atribución del carácter privativo sin contar con el consentimiento del otro cónyuge, miembro de la sociedad de gananciales.

El consentimiento en este caso, se exige, no por el principio de rogación, sino por el de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 LH, de forma que solo con el consentimiento de ambos cónyuges se puede disponer de un bien ganancial.

- Por otro lado, no se expresa la causa de la atribución de privatividad, que en este caso opera con más rigor, tal y como hemos tenido ocasión de examinar en el apartado anterior.

§29QUATER. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA CAUSA Y EL MATRIMONIO

Además de las dos cuestiones principales analizadas, surgen otras manifestaciones de la importancia de la causa cuando tratamos las cuestiones matrimoniales.

Podemos citar:

a) El acrecimiento de cuota frente a la subrogación real

Los principios civiles de atribución de ganancialidad o privatividad a un bien, de conformidad con las reglas previstas en los artículos 1346 y siguientes del Código civil,

funcionan muy bien cuando se trata de la adquisición de la totalidad del bien.

Sin embargo, cuando lo que se adquieren son cuotas indivisas de algunos bienes, dando lugar a una comunidad ordinaria, surgen algunos problemas prácticos que deben resolverse.

Cuando la adquisición de una cuota indivisa se produce *ex novo*, es decir, sin que previamente pertenezca a uno de los cónyuges o a la sociedad de gananciales una participación sobre ese mismo bien, se aplican las mismas reglas que para la adquisición de la totalidad del bien.

Ahora bien, cuando la adquisición de una cuota indivisa se realiza como consecuencia de la previa titularidad de una cuota sobre el mismo bien surge una colisión entre dos principios fundamentales: el de la subrogación real por un lado, y el del acrecimiento de cuota por el otro.

El código civil no resuelve del todo esta cuestión, ya que por un lado manifiesta a favor del agrandamiento de la cuota:

Artículo 1352. *Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.*

Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.

Y por otro, establece la posibilidad de adquisición por cuotas indivisas con distinto carácter a favor del cónyuge o de la sociedad de gananciales dependiendo del carácter de la contraprestación satisfecha, cuando dispone:

Artículo 1354. *Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte*

ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

La discusión está servida y debemos atender a la finalidad de cada uno de estos preceptos para poder llegar a una conclusión lógica.

En principio, toda adquisición onerosa de un bien o de cuota indivisa del mismo debería considerarse, a falta de manifestación o, en su caso, prueba en contrario, una adquisición ganancial, puesto que parece más conforme con las reglas de protección de los terceros y legitimarios que impregna toda la regulación de la sociedad de gananciales.

Es necesario, por lo tanto, que la ruptura de este sentido lógico venga amparado en el ejercicio de un derecho o la consecución de una finalidad distinta que permita establecer la excepción.

Así, son dos los casos en los que la adquisición puede realizarse bajo un carácter privativo:

- La adquisición se produce como consecuencia del ejercicio de un derecho de adquisición preferente entre comuneros.

En este caso, la aplicación del principio de subrogación real se realiza por el hecho de pertenecer este derecho de adquisición preferente al cónyuge con carácter privativo, al ser la cuota privativa.

De esta forma, hay una aplicación directa del artículo 1346. 4 cuando dispone *que serán privativos de cada cónyuge: 4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.*

- La adquisición se produce como acto necesario para la disolución de la comunidad.

Estamos en el caso previsto en el artículo **Artículo 404** *Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.*

En estos casos la causa de la adquisición no es otra que un acto debido para la disolución de la comunidad. Es por lo tanto de esencia de este negocio que el bien adquiera el mismo carácter que la cuota indivisa.

Ahora bien, fuera de estas excepciones, no podrá romperse el principio general de presunción de ganancialidad y de protección de los terceros, por lo que dicha cuota tendrá carácter ganancial cuando la contraprestación sea ganancial o privativa cuando la contraprestación sea de esta naturaleza, en aplicación estricta del principio de subrogación real y del citado artículo 1354 CC.

La DGSJFP ha acogido este criterio en resoluciones tales como la de 30 de junio de 2017, que resumidamente viene a establecer:

“la cuota comprada será privativa si la compra es reflejo del ejercicio del derecho de retracto de comuneros por el comprador. Razona la Dirección General que, dado que si el retracto se ejerciera judicialmente la cuota adquirida sería privativa, nada obsta a que se aplique el mismo criterio en el caso de que, no deseando llegar a la vía judicial, se evita ésta mediante el ejercicio extrajudicial del retracto (plasmado formalmente en una compra). Y el mismo efecto se produciría si se llega a la conclusión de que a través de la compra lo que se está realizando es un acto extintivo por el que se pone fin a una situación de condominio.”^[93]”

^[93] Comentarios a la Resolución por el Fichero Constancio Villaplana.

Ejemplo practico

Se presenta escritura de partición hereditaria en la que A, casado en régimen de sociedad de gananciales con B, comparece en su propio nombre y además como titular de la cuota indivisa de su hermano C.

En ella se adjudica una finca de la herencia, dándose por pagado de sus derechos hereditarios.

En este supuesto se plantea una colisión entre los principios que acabamos de examinar.

En cuanto a la cuota hereditaria de A, es evidente que esta tiene carácter privativo, por ser de este carácter las adquisiciones mortis causa.

El problema se plantea en el caso de la cuota hereditaria de su hermano C.

En este caso, podemos distinguir dos cuestiones:

1. ¿Cuál es la causa de la adquisición de esta cuota por parte de A?

2. ¿Qué naturaleza ostenta esta cuota?

En cuanto a la primera cuestión, es necesario manifestar el negocio jurídico causal que ha llevado a A a ostentar la cuota hereditaria de C.

En el caso de tratarse de una renuncia traslativa de la herencia, por parte de C a A, o bien una donación de su cuota, nos encontraríamos nuevamente con una cuota privativa de A.

Si por el contrario se tratara de una adquisición onerosa, surge la cuestión antes debatida, de forma que solamente se podría considerar cuota privativa en el caso de que la causa de esta adquisición fuera el ejercicio judicial o extrajudicial del derecho de adqui-

sición preferente reconocido en el artículo 1067 CC.^[94]

Si la adquisición no es consecuencia de este derecho, que en todo caso deberá manifestarse en la escritura, la cuota adquirida será ganancial.

La consecuencia última de todo esto, será la necesaria comparecencia del cónyuge B en la partición en el caso de que la cuota sea finalmente considerada como ganancial.

b) La rectificación del Registro basada en la incorrecta apreciación, en su día, del carácter del bien

Como consecuencia de los negocios entre los cónyuges y las dificultades que pueden

^[94] **Artículo 1067** *Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber.*

plantearse en materia de determinación y prueba del Régimen Económico Matrimonial de un matrimonio, es posible que las inscripciones de bienes pertenecientes a un matrimonio se hayan realizado con un carácter distinto del efectivamente previsto en el Régimen Matrimonial aplicable a ese matrimonio en el momento de la contratación.

Es por ello que, es frecuente la solicitud de datos registrales relativos al carácter de la adquisición de un determinado bien. Es decir, que en su día se inscribió como privativo siendo ganancial o, al contrario, se inscribió como ganancial siendo privativo.

En uno y otro caso, resulta esencial la expresión de la causa de esta rectificación registral determinando el Régimen Económico Matrimonial vigente entre los cónyuges en el momento de la adquisición.

Esta determinación se regirá por las reglas ordinarias de manifestación, en el caso de tratarse de un régimen legal supletorio, o

bien mediante las capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro Civil, en el caso de tratarse de un régimen paccionado.

Pero la expresión de la causa, por sí sola, no es suficiente por sí misma para practicar la rectificación, ya que es necesario además contar con el consentimiento de ambos cónyuges por exigencias del principio de tracto sucesivo antes visto y, en caso de existir acreedores intermedios, estos no podrán verse perjudicados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 LH.^[95]

Ejemplo práctico

Se presenta escritura de partición de herencia de A, fallecido en estado de casado con B en régimen económico matrimonial de separación de bienes del CC.

^[95] **Artículo 40 in fine LH** “En ningún caso la rectificación del registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto”.

Los hijos de A manifiestan que la finca X se inscribió como ganancial cuando en realidad se trataba de una finca privativa del causante, al estar casados en aquel momento bajo REM de separación de bienes y no bajo el REM de sociedad de gananciales, solicitando la previa rectificación del Registro.

Nos encontramos con un caso de rectificación del Registro sobre la base de un error de concepto, en tanto que supone una alteración del carácter de la adquisición de un bien, por incorrecta apreciación del REM de los cónyuges en el momento del fallecimiento.

En este caso se plantean dos problemas fundamentales:

1. La causa de la rectificación, esto es, la existencia de un REM paccionado en el momento de la adquisición, debe acreditarse mediante la aportación de capitulaciones matrimoniales otorgadas con fecha anterior

por ambos cónyuges y debidamente inscrita en el Registro civil.

2. Se precisa el consentimiento del cónyuge B, que no comparece en la escritura de partición, para consentir por su parte la rectificación del registro, sin perjuicio de que como legitimario debe comparecer a los efectos de adquirir los derechos que le correspondan en la herencia.

Además, no basta el consentimiento de los hijos, sino que será necesaria la intervención de quienes resulten herederos en virtud del título sucesorio, además de los legitimarios ya citados.

c) La inclusión en la liquidación de gananciales de un bien privativo

La liquidación de gananciales no está exenta de problemas prácticos en relación con la causa.

Al igual que durante la vigencia de la sociedad de gananciales, durante la liquidación se admiten ciertas operaciones de transmisión de bienes, de un patrimonio a otro, que en todo caso deberán estar causalizados.

Hablamos de aquellos supuestos en los que, bajo el negocio jurídico de liquidación de gananciales, en realidad se encubren transmisiones de bienes privativos de un cónyuge a otro o de bienes privativos a la sociedad de gananciales.

Lo cierto es que los cónyuges tienen plena libertad de disposición de sus bienes privativos en tanto que el artículo 1323 CC^[96] admite la libertad de contratación entre ellos.

Ahora bien, una vez más, todo movimiento patrimonial, como negocio jurídico independiente, debe tener su propia causa y esta

^[96] **Artículo 1323** *Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.*

causa debe ser correctamente expresada en el negocio.

En definitiva, se podrán aceptar negocios jurídicos de atribución patrimonial o de disolución de comunidades ordinarias, en el contexto de la liquidación de gananciales, siempre que se exprese su causa autónoma, independiente de la de la propia liquidación.

Así, la causa podrá ser:

- d) La transmisión de un bien privativo de un cónyuge a otro se produce como contraprestación a la cesión de derechos que el otro cónyuge hace al primero.

- e) La citada transmisión se realiza como elemento necesario para facilitar la liquidación de los gananciales.

En este sentido se pronuncia la DGSJ-FP en resoluciones tales como la de 26 de noviembre de 2020, cuando en un caso de

liquidación de bienes con disposición de bienes privativos, comenta:^[97]

“Si bien es incuestionable en nuestro Derecho (art. 1323 CC) la libertad que tienen los cónyuges para transmitirse bienes por cualquier título, ello no justifica que en una escritura de capitulaciones matrimoniales en que se liquida la sociedad ganancial se incluyan bienes privativos cuya titularidad, a consecuencia de la liquidación, pasa de un cónyuge a otro. Siendo el objeto de la liquidación, exclusivamente, el reparto del haber existente después de pagados los acreedores consorciales, la inclusión en aquélla de transmisiones adicionales afectantes a bienes privativos de los cónyuges no puede entenderse que tenga su causa en la liquidación consorcial: antes al contrario, será preciso el adecuado reflejo documental de dicha causa (ya onerosa, ya gratuita), a fin de que queden nítidamente plasmados los

^[97] Comentario de esta resolución por el *Fichero registral inmobiliario* de Constancio Villaplana.

contratos y negocios realizados con todos sus elementos. Así se desprende de la exigencia de una causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo, de cuya exacta determinación dependerá un diferente régimen del derecho adquirido y una diferente protección del titular adquirente”.

Ejemplo práctico

Se presenta sentencia de divorcio en la que A y B casados en régimen de gananciales, ponen fin a su matrimonio y liquidan la sociedad conyugal existente entre ellos, de forma que, entre otros bienes, A se adjudica uno que en el registro aparece inscrito a nombre de B con carácter privativo.

En este caso nos encontramos ante un negocio jurídico de liquidación de gananciales formalizado en un documento judicial, más concretamente en un convenio regulador aprobado por sentencia.

La posibilidad de admitir esta forma documental, parte de la base de que el artículo 90 del CC^[98] permite que se formalice en convenio regulador debidamente aprobado, las operaciones concernientes a la liquidación del régimen económico matrimonial.

Esta liquidación es manifiesta, cuando la adjudicación se hace de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, en tanto que como patrimonio común tiene que ser liquidado.

Esto no obstante, mayores cuestiones se plantean en el caso de que el bien sea privativo. Si se trata de bienes privativos de ambos cónyuges en proindiviso ordinario, parece lógico aceptar también la liquidación de esta comunidad en el convenio re-

^[98] **Artículo 90** *El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:*

c) *La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.*

e) *La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.*

gulador, toda vez que, en el caso contrario, únicamente cabría liquidar, en el convenio regulador, el régimen económico matrimonial de comunidad, nunca el de separación de bienes, cuestión no querida por nuestra legislación.

Ahora bien, más controversia se plantea en el caso que ahora nos ocupa, ya que lo que se adjudica es un bien perteneciente a uno solo de los cónyuges.

En este caso, se ha admitido por la DGS-JFP que se realicen estas operaciones liquidatorias, siempre que, precisamente, sea la causa de liquidación del REM la que impere. Causa que, en todo caso, debe ser manifestada en el negocio.

Por lo tanto, en este caso, no entramos a prejuzgar la causa de la adjudicación, sino que esta no se manifiesta, siendo preciso para admitir este negocio de atribución patrimonial, que esta adjudicación se realiza como negocio indispensable para la liquida-

ción del Régimen Económico Matrimonial de los ex cónyuges.

Además, siguiendo las reglas generales de la causa ya estudiadas, se deberá expresar la contraprestación a esa causa, determinando si se realiza con contraprestación económica, en cuyo caso deberán identificarse los medios de pago, o como contrapartida de la adjudicación de otros bienes, que también deberán ser identificados.

§30. LA CAUSA EN LAS PARTICIONES HEREDITARIAS. LA PUERTA DE ENTRADA A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS HERENCIAS

Uno de los negocios jurídicos de atribución patrimonial en el que la causa como elemento de calificación se hace indispensable es el de la partición hereditaria, especialmente la que se realiza con el consenso

de todos los miembros de la comunidad hereditaria.

Es bien sabido que en nuestro sistema sucesorio la voluntad del testador es ley de la sucesión^[99], de forma que existiendo testamento queda desplazado el sistema de sucesión legal^[100], sin perjuicio de los límites impuestos por respeto a las legítimas^[101]. Además, por este mismo principio, la voluntad del testador manifestada en testamento debe ser respetada siempre interpretando las disposiciones testamentarias en el sentido que aparezca más conforme al testador.

^[99] **Artículo 675** *Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.*

^[100] **Artículo 658** *La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley.*

^[101] **Artículo 763** *El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos.*

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo.

La voluntad del testador es la que determina quiénes deben comparecer en el negocio de partición, puesto que en ella se realiza la designación de los miembros de la comunidad hereditaria, herederos y legatarios, y la designación de las porciones en que hayan de suceder, con respeto, como hemos señalado, a la porción legitimaria de cada uno.

Es por lo tanto un elemento esencial de la calificación por el Registrador del documento particional que concurren a la partición todos los miembros de la comunidad hereditaria designados por el testador y, en aquellas legislaciones en las que la naturaleza de la legítima así lo exija, deberán concurrir también los legitimarios^[102].

^[102]De ahí la importancia de estudiar la naturaleza de la legítima en los diferentes sistemas jurídico civiles que coexisten en el territorio nacional y que van desde el mayor grado de protección (legítima como *pars hereditatis*) al menor grado de protección (legítima simbólica navarra) pasando por la consideración de los legitimarios de la herencia como meros acreedores de la misma (legítima *pars valoris* catalana).

Ahora bien, nuestro sistema sucesorio intenta conciliar esta máxima con el hecho de que los herederos pueden pactar, en sede de partición, lo que a bien les convenga, siempre que sean mayores de edad y tengan la libre disposición de los bienes, como una aplicación concreta del principio de libertad de pacto del artículo 1255 CC.^[103]

En este sentido se manifiestan los artículos 1052 y 1058 del CC cuando disponen:

Artículo 1052 *Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Lo harán sus representantes legales si el coheredero está en situación de ausencia. Si el coheredero contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en estas.*

^[103] **Artículo 1255** *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

Artículo 1058 *Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.*

De ambos preceptos resulta que, los herederos pueden disponer de los bienes que conforman la masa hereditaria a su voluntad, sin necesidad de respetar la voluntad del causante.

Ahora bien, en cuanto se aparten a lo querido por el testador, bien sea porque se adjudiquen más o menos de lo que corresponde a su cuota hereditaria, bien sea porque e adjudiquen bienes distintos a lo específicamente legado, la causa de dicha atribución ya no será por sí sola la sucesión hereditaria, sino que entrará en juego un negocio jurídico nuevo que deberá tener, como negocio autónomo, una nueva causa, independiente de la del negocio particional.

Es en este juego de la causa donde reside la fuerza de la calificación registral del negocio jurídico de partición, ya que, gracias a ella, se podrán calificar desheredaciones injustas, excesos y defectos de adjudicación, atribución de legados *ex novo*...

Es decir, la calificación del registrador en materia sucesoria se circunscribe a dos grandes grupos:

- (i) La falta de intervención de un miembro de la comunidad hereditaria que necesariamente deba comparecer, o falta de una representación o asistencia válida del mismo.
- (ii) Existencia de adjudicaciones que no se corresponden estrictamente con el título hereditario y que no están suficientemente causalizados.

En cuanto a la doctrina de la DGSJFP, debemos analizar la resolución de 29 de oc-

tubre de 2012, que se refiere a un caso de adjudicación de usufructo no causalizado. En síntesis establece que: *En una partición de herencia no se puede practicar la inscripción cuando no se expresa la causa de la adjudicación de la mitad indivisa en pleno dominio a la hija de modo completo, pues solo tiene justificación expresa la adquisición por herencia de la mitad indivisa en nuda propiedad, porque la adquisición en cuanto al pleno dominio, tiene que completarse con la expresión de la causa correspondiente al usufructo perteneciente a la madre, ya que al no resultar ninguna causa de extinción ni de adquisición del mismo, debe expresarse la que corresponda, bien sea la renuncia de la madre usufructuaria, o la transmisión del derecho a la hija por la causa que proceda. En todo caso, la renuncia no se presume sino que ha de ser expresa y lo mismo cualquier otra causa de adquisición o extinción del derecho de usufructo, pues, a efectos re-*

gistrales, la causa es de constancia necesaria y no se presume.^[104]

Ejemplos prácticos

1º Se presenta escritura de partición de herencia en la que comparecen A y B como únicos herederos por mitades, en la herencia de C, existiendo cónyuge viudo D, que no comparece para aceptar el usufructo que le corresponde por legítima.

En la Escritura se adjudican A un bien valorado en 100.000 euros en pleno dominio y B un bien valorado en 50.000 euros en pleno dominio. Ambos se dan por pagados de sus respectivos derechos en la herencia.

En este caso nos encontramos con dos cuestiones hereditarias que se relacionan

^[104]Comentario de esta resolución por el *Fichero registral inmobiliario* de Constancio Villaplana.

directamente con la causa de la atribución patrimonial.

La primera se refiere a la no adjudicación del usufructo por parte del cónyuge viudo.

En este caso, el cónyuge tiene un derecho legal al usufructo. Ese derecho debe ser aceptado o renunciado en la escritura pública de partición, pero en todo caso deberá manifestarse esta causa en la escritura para que pueda adjudicarse de esta manera a los herederos.

Así, el cónyuge debe comparecer, a los efectos de renunciar al usufructo, o bien presentar una escritura previa de renuncia en la que se haga constar que ya este usufructo no le corresponde.

La segunda cuestión se refiere a la adjudicación de los bienes a los herederos en pago de sus respectivos derechos en la herencia.

La cuestión radica en la diferencia de valor existente entre las dos fincas que se adjudican.

En este caso, debemos señalar que al ser herederos por mitades, ambos deberán obtener los mismos derechos de la partición de la herencia. Por lo tanto, la diferencia de valor entre las fincas implica la existencia de un exceso de adjudicación a favor de A y un correlativo defecto de adjudicación en contra de B.

Este exceso de adjudicación, desde una perspectiva general, es admisible, ya que A y B, como únicos herederos, pueden distribuir los bienes de la herencia de la forma que tengan por conveniente. Ahora bien, esta diferencia de valor no puede traer su causa de la herencia, ya que esta exigiría atribución equitativa, sino que deberá tener su propia causa.

Esta causa deberá ser manifestada por ambos herederos y podrá ser, o bien gratuita como acto de liberalidad de B a A, o bien con causa onerosa, bien mediante entrega de contraprestación económica o bien mediante un reconocimiento de deuda previa.

2º Se presenta instancia de heredero único en la que A, único heredero de B, se adjudica la totalidad de la herencia. En el título testamentario, se designa heredero único a A, desheredando expresamente a su otro hijo C, por haber contraído matrimonio con una persona que no era de su agrado.

Nos encontramos con un título sucesorio distinto de la Escritura Pública de partición.

Este documento privado esta admitido por el artículo 14.3 de la LH^[105], exigiendo que se trate de heredero único y que no existan otros interesados en la herencia.

Por otro lado, nos encontramos con una situación especial en la herencia, ya que uno

^[105]**Artículo 14.3 LH** *Cuando se tratare de heredero único, y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco Comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el artículo 16 de esta Ley, bastará, para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante.*

de los legitimarios ha sido desheredado en virtud de una causa que no figura como causa de desheredación en los preceptos dedicados a ellos en nuestro CC.^[106]

Por lo tanto, se trata de una desheredación injusta, de las reguladas en el art. 851 CC^[107], que debe ser apreciada por el registrador, a los efectos de exigir la comparecencia del desheredado, quien deberá aceptar esa desheredación.

Al existir, por lo tanto, un legitimario que debe prestar el consentimiento, la partición

^[106]**Artículo 852** *Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos ochocientos cincuenta y tres, ochocientos cincuenta y cuatro y ochocientos cincuenta y cinco, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo setecientos cincuenta y seis con los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º.*

^[107]**Artículo 851 CC** *La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima.*

ya no puede hacerse vía instancia de heredero único, puesto que ya no cumple los requisitos antes citados. Se precisa por lo tanto escritura pública de partición.

Por otro lado, C podrá optar entre aceptar la desheredación o adjudicarse los derechos que por su legítima le corresponden en la herencia.

En el primer caso, la verdadera causa de la no adquisición de derechos, no será la desheredación, puesto que como ya hemos señalado, esta es una causa injusta, sino la renuncia de C a los derechos que le corresponden por legítima.

En el segundo caso deberá adquirir sus derechos legitimarios, adjudicándose bienes en pago de estos, con el consentimiento de A en todo caso.

§31. LA CAUSA EN LOS NEGOCIOS DE GARANTÍA. LA ACCESORIEDAD COMO CRITERIO ESENCIAL DE NUESTRO SISTEMA

El Registro de la Propiedad está íntimamente ligado con los negocios jurídicos de garantía, y más concretamente, con aquellos que generan una garantía real, en tanto que recae sobre bienes inmuebles y producen eficacia *erga omnes*.

Esta relación se produce hasta el punto de que en ocasiones, la garantía real no se constituye hasta el momento en el que queda inscrita en el Registro. Esta circunstancia es la que ha venido a denominarse inscripción constitutiva^[108].

^[108] Así, nos encontramos con la inscripción constitutiva de la hipoteca, establecida por el artículo 145 LH *Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:*

- 1.º *Que se hayan constituido en escritura pública.*
- 2.º *Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.*

Pues bien, es de esencia de las garantías reales que, como garantías de una obligación principal, tienen que estar causalizadas en un negocio jurídico generador de obligaciones que sirve de soporte a esta garantía real que se inscribe.

El caso típico es el de los negocios jurídicos de préstamo garantizados con una hipoteca que, como derecho real que es, recae sobre un bien inmueble y es susceptible de inscripción en el folio abierto al mismo en el Registro. Lo que se presenta es el negocio jurídico de préstamo hipotecario, en el que el préstamo es el negocio jurídico principal y la hipoteca es el derecho real de garantía que se apoya en él.

La calificación del Registrador en la configuración del derecho real de hipoteca se basa fundamentalmente en el control de dos elementos^[109]:

^[109]Esto sin perjuicio de la calificación que debe realizar el Registrador del prestamos en cuestión, como consecuencia de

- (i) La perfecta determinación de la obligación garantizada y del derecho real de hipoteca, respetando los límites que en el caso de la hipoteca por intereses se establecen en los artículos 114. 1 y 2LH^[110].

- (ii) El control de la causa que sirve de base a la hipoteca como garantía real, que en el ámbito de los negocios jurídicos de garantía se conoce como accesoriedad^[111].

la función que le concede la ley de contratos de crédito inmobiliario 5/2019, de 15 de marzo, de protección del consumidor en su relación comercial con las entidades de crédito.

^[110]**Artículo 114** *Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.*

En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

^[111]**Artículo 1857** *Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:*

1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Centrándonos en la necesaria causalización de los negocios de constitución de derechos reales, debemos entender que, en ningún caso, podrán existir inscripciones de garantías sobre bienes inmuebles sin que pueda observarse una obligación subyacente que sirva de causa a la existencia de esta garantía.

Las implicaciones de este principio son dos:

- No puede existir garantía sin obligación subyacente.
- No puede cancelarse la garantía real ya inscrita sino por la existencia de una nueva causa autónoma que justifique la desaparición de esta obligación subyacente.

Pues bien, en cuanto a la primera cuestión, es necesario que el Registrador compruebe la existencia de esta causa basada en el negocio jurídico subyacente, y esta com-

probación debe realizarse tanto en el caso de creación *ex novo* del derecho real, que se da cuando el derecho accede por primera vez al Registro, como en el caso de que se produzca una modificación de la obligación subyacente que conlleve o no una modificación de la garantía, que se da en los negocios de novación y subrogación de los préstamos hipotecarios.

El Tribunal Supremo ha interpretado en este mismo las exigencias a las que nos hemos referido en sentencias tales como la del 3 de julio de 1997, que en síntesis de doctrina establece: *La hipoteca voluntaria se constituye por negocio jurídico, que puede ser bilateral o unilateral. Dicho negocio requiere los elementos esenciales de todo negocio jurídico, es decir, consentimiento, objeto y causa. Viene constituida ésta en la hipoteca por la creación de un derecho real en función de garantía de una obligación, por lo que si ésta no existe tam-*

poco hay causa, y en consecuencia el negocio constitutivo de la hipoteca es inexistente.^[112]

Y es precisamente esta accesoriadad la que nos separa del sistema germánico de parcelas de valor, en el que el propietario se podrá reservar parcelas de valor de la finca para garantizar obligaciones que aun no han nacido.

Ejemplo práctico

Se presenta escritura de novación de préstamo hipotecario en la que se pacta la modificación del tipo de interés ordinario, que pasa a ser de un 2% fijo. Anteriormente el tipo de interés era un interés variable referenciado al Euribor más un diferencial del 1%.

En el Registro, la hipoteca aparece inscrita de la siguiente manera: Garantía por intereses ordinarios de 2 años al tipo del 3%.

^[112]Villaplana García, C. *Fichero registral inmobiliario*. Edición electrónica Regispro.es, voz Causa.

Nos encontramos con un caso de novación de hipoteca por modificación de la cláusula del préstamo relacionada con los intereses ordinarios.

Más concretamente, se realiza un cambio del tipo de interés, pasando de un interés variable a un tipo fijo. Estas operaciones suelen ser habituales en un ciclo alcista de tipos de interés, de forma que la novación del interés favorece al deudor ya que seguramente pagando un intereses variable resultan tipos superiores.

Siempre que se produzca una modificación del tipo de interés como ésta, se deben controlar dos extremos:

- Que la nueva cláusula de interés cumpla con la normativa de protección del consumidor propia de la ley que según el préstamo de que se trate resulte aplicable.
- Que se adapte, en caso de ser necesario, la cláusula relativa a la garan-

tía real hipotecaria para que en todo caso exista accesoriedad entre la obligación resultante de la novación y el tipo garantizado.

En cuanto a esta segunda cuestión, debemos analizar la cláusula ahora resultante: Una garantía de dos años al tipo del 3% para garantizar unos intereses ordinarios que se devengan conforme a un tipo fijo del 2%.

En este caso, observamos que la cantidad garantizada, esto es, el 3%, excede de la cantidad que va a poder devengarse, esto es, 2%, de forma que existe una garantía no causalizada por el importe que va del 2% al 3%.

Podemos afirmar, por lo tanto, que se ha generado una parcela de valor no admitida en nuestro sistema de garantías reales, que como hemos visto, exige en todo caso causalización o accesoriedad.

Por todo ello, la novación no puede admitirse en la forma que se ha plantado, siendo

necesaria la modificación de la responsabilidad real adaptándola al nuevo tipo fijo. Es decir, la nueva cláusula será del 2% o inferior, pero nunca superior.

§31BIS. SUPUESTO ESPECIAL. LOS NEGOCIOS DE GARANTÍA Y LA VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

Nuestro sistema de garantías reales exige, como mecanismo de protección al deudor, que llegado el caso de incumplirse la obligación, la garantía deba ser enajenada en subasta pública, de forma que la realización del valor económico con el que se dará satisfacción al acreedor alcanza los más altos niveles de objetividad y previsiblemente se obtendrá un mayor valor que supone en todo caso una mejora para la posición económica del deudor.

Este principio se traduce en nuestro sistema en la denominada prohibición de pacto comisorio o *lex commisoria* que supone la prohibición de pactar, entre el acreedor y el deudor la posibilidad de que aquel se haga dueño de la cosa dada en garantía en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Así, se introduce este principio en nuestro sistema en los artículos 1859 y 1884 CC.

Artículo 1859 *El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.*

Artículo 1884 *El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.*

Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

Es compleja la calificación que se plantea en relación con la prohibición del pacto comisorio, porque en general se plantea como un negocio indirecto en la que bajo la apariencia de un negocio jurídico de finalidad traslativa, se documenta un negocio jurídico de garantía.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un caso en el que la causa alegada por las partes es conforme a la naturaleza del negocio celebrado, pero un análisis más exhaustivo de esta causa comercial nos lleva a la determinación de una simulación contractual que implica una vulneración de estos preceptos legales.

Es complicada la defensa de la calificación de un fraude comercial de esta naturaleza, ya que en ocasiones se requieren elementos de prueba de los que carece el registrador.

En el último capítulo del libro tendremos ocasión de analizar los aspectos más impor-

tantes de la calificación del pacto comisorio y la doctrina seguida por la DGSJFP y TS al respecto.

Ejemplo práctico

Se presenta una escritura de compraventa en la que A vende a B una finca por precio aplazado de 100.000 euros. Se pacta una condición resolutoria del precio aplazado, de forma que en caso de impago de cualquiera de las cuotas se podrá ejercitar la condición resolutoria, devolviendo la cosa al vendedor sin necesidad de devolución de ninguna cantidad y de manera automática.

Se trata del caso típico de posible vulneración de pacto comisorio. Este análisis se realiza sobre los siguientes extremos:

- Se realiza un pago cuya devolución queda aplazada.

- Se realiza la transmisión de un bien con la posibilidad de recuperación en caso de incumplimiento de la obligación aplazada de devolver el precio.
- No se establece moderación de la pena.

En estos casos, se podría plantear la existencia de un posible pacto comisorio, ya que bajo la apariencia de un negocio traslativo del dominio, la compraventa, puede encubrirse un desplazamiento patrimonial con finalidad de garantía, y con vulneración de pacto comisorio, ya que se le permite al acreedor la recuperación del bien en caso de incumplimiento de la obligación sin intermediación judicial.

Ahora bien, como se verá en el próximo capítulo, es difícil deslindar la línea entre el negocio válido y el fraudulento, y en ocasiones las circunstancias que pueden llevar a la apreciación de estas circunstancias no resultan exclusivamente de la escritura.

§32. LA CANCELACIÓN FORMAL DE ASIENTOS. ¿UNA EXCEPCIÓN A NUESTRO SISTEMA CAUSALISTA?

Como última cuestión, con la que cerramos el análisis de los problemas prácticos derivados de la causa en los negocios jurídicos sobre inmuebles, nos encontramos con el denominado consentimiento formal cancelatorio.

La cuestión que ahora se somete a nuestro análisis es el hecho de si, para cancelar un derecho real en el Registro, es necesaria la expresión de una causa de pérdida o extinción del derecho real o, si por el contrario, nos encontramos ante un supuesto excepcional de nuestro sistema en el que la expresión de la causa no es necesario y basta el mero consentimiento del titular de la carga.

La cuestión parece resolverse en el artículo 82.1 de la LH cuando, en sede de asiento de cancelación, dispone:

Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico en la cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos.

Este precepto, en su interpretación literal, parece establecer la cancelación del derecho real por el mero consentimiento de su titular sin que parezca necesaria la expresión de causa alguna más allá que el mero consentimiento.

La doctrina y la DGSJFP han tratado de matizar el rigor literal del precepto toda vez que si se admite la cancelación por el mero consentimiento parece introducir una importante excepción al sistema causalista en sede de cancelación, lo cual parece extrañamente compatible con el sistema causalista de ins-

cripción que hemos tenido ocasión de examinar a lo largo de este capítulo.

Esta matización se hace poniendo el énfasis en la expresión *o por otra escritura o documento auténtico* más que en la frase *en la cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos*.

Es decir, lo que se interpreta es que el precepto viene a establecer una lista de títulos formales que sirven de base a la cancelación del derecho, como vehículo de acceso al registro, sin prejuzgar una cuestión tan importante como la de la cancelación por el mero consentimiento.

Ahora bien, no debemos olvidar que la voluntad, como elemento de extinción de los derechos reales, tiene reconocida su figura en las instituciones de la renuncia y el abandono de los derechos reales. Es por ello que, en los casos en los que se manifieste el con-

sentimiento a la cancelación y pueda identificarse este consentimiento como renuncia, debe ser admitido, no como consentimiento formal, sino como cancelación causalizada en la renuncia al derecho real manifestada en el correspondiente título formal de escritura.

Esta doctrina se sintetiza, entre otras en la Resolución de la DGSJFP de fecha 2 de noviembre de 1992 cuando viene a establecer:

Del art. 82.1 LH se desprende que la admisión del puro consentimiento formal para la cancelación no se aviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden, a su vez, a nuestro sistema civil causalista. Su finalidad, por tanto, no es la de introducir un disonante y excepcional consentimiento formal, sino otra mucho más modesta que resulta de su contexto: la de señalar qué título es necesario en cada caso para obtener una cancelación. Ahora bien, en el caso resuelto la Dirección revoca la nota del registrador y entiende inscribible la escritura en que el acreedor dispone uni-

lateralmente que una finca quede «liberada de toda responsabilidad derivada de la hipoteca», interpretando que se está ante una renuncia de derechos, acto por sí suficiente para producir la extinción y, consiguientemente, para dar causa a la cancelación.^[113]

Ejemplo práctico

Se presenta escritura de cancelación de hipoteca en la que A, en representación de la entidad de crédito acreedora, consiente la cancelación de la hipoteca que grava la finca X, por haberse satisfecho la deuda de 100.000 euros que servía de base a la hipoteca.

En la inscripción del derecho real en el Registro, consta que la hipoteca garantiza un principal de 200.000 euros.

^[113]Comentario de esta resolución por el *Fichero registral inmobiliario* de Constancio Villaplana.

En este caso nos encontramos ante una solicitud de cancelación en la que la causa alegada solo cubre una parte de la responsabilidad hipotecaria.

Se plantea por lo tanto una disociación de la causa cancelatoria, de forma que:

- Hasta los primeros 100.000 euros, la cancelación de la garantía se causaliza en la extinción por pago de la obligación subyacente garantizada con la hipoteca. Así resulta del principio de accesoriadad que hemos analizado en el capítulo anterior.
- Los segundos 100.000 euros ya no pueden apoyarse en esa causa cancelatoria, puesto que la obligación subyacente que le sirve de base no ha sido satisfecha.

Por lo tanto para este segundo importe, será necesaria la expresión de una nueva

causa cancelatoria, que podrá ser la renuncia al derecho de hipoteca por el titular.

Como efecto colateral de la expresión de esta causa de renuncia, debemos controlar la suficiencia del poder alegado por el representante de la entidad de crédito, ya que en el juicio de suficiencia notarial deberán reseñar, como una facultad concedida por el poder, la de renunciar a derechos de hipoteca por importe, al menos, de hasta 100.000 euros.

§33. CONCLUSIÓN

En este capítulo hemos tenido la ocasión de examinar la importancia de la causa como elemento esencial a controlar por el registrador.

Como regla general, podremos afirmar que toda inscripción de derechos en el Registro deberá llevar una causa del negocio

traslativo, acompañado de una causa de la atribución patrimonial que se inscribe

Esta causa podrá tener distintas manifestaciones, resultando en ocasiones una manifestación de voluntad, como la que se deriva de la atribución de ganancialidad, y en otras ocasiones en una necesidad de prueba, como en el hecho especial de la atribución de privatividad.

Además, permite al Registrador calificar en profundidad negocios jurídicos que, de otra manera, no podría calificar, como el caso visto de los excesos y defectos de adjudicación no causalizados en las particiones hereditarias.

Finalmente, esta exigencia de la expresión de la causa se manifiesta también en el asiento de cancelación, sin que se pueda considerar, en este punto, el artículo 82.1 LH como un supuesto de consentimiento formal que opera al margen de los principios generales de la causa.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I Sexta Edición. Civitas, Madrid 2008.

ROCA SASTRE, R.M.

- *Derecho Hipotecario*, Tomo I. 5ª Edición. Bosch, Barcelona 1954.
- *Derecho hipotecario*. 7ª Ed. 1978.
- *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 9ª edición, Barcelona 2009.

GARCÍA GARCÍA, J.M.

- *Derecho Inmobiliario registral o Hipotecario*, tomo I. Civitas: Cizur Menor 1988.
- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid, 1988 – 2
- *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo III. Civitas, Madrid 2002.
- *Código de la legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*. Civitas, Cizur menor 2023.

VILLAPLANA GARCÍA, C.

- *Fichero registral inmobiliario*. Tirant lo blanch, Valencia 2021.
- *Fichero registral inmobiliario. Edición digital*. 2024. Regispro.es y ficheroconstancio.es

LA CAUSA EN LA
CALIFICACIÓN DE LOS
NEGOCIOS FIDUCIARIOS DE
GARANTÍA: NOVEDADES EN
LA OPCIÓN DE COMPRA

Juan José García Núñez

Registrador de la Propiedad

SUMARIO: I. La causa en la fiducia cum creditore: venta en garantía y venta simulada.—§34. La calificación de la causa en la venta en garantía.—§35. La prohibición del pacto comisorio.—§36. La venta fiduciaria frente a la venta simulada: una diferencia causal.—II. La opción de compra en garantía: estado de la cuestión.—§37. Opción de compra en garantía: concepto y configuraciones usuales.—§38. Evolución de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.—Bibliografía.

I. LA CAUSA EN LA FIDUCIA *CUM CREDITORE*: VENTA EN GARANTÍA Y VENTA SIMULADA

§34. LA CALIFICACIÓN DE LA CAUSA EN LA VENTA EN GARANTÍA

La extensión de la calificación registral a la causa de los negocios jurídicos encuentra su fundamento en la condición de ésta como elemento esencial para la validez de los mismos. Así nos lo recuerda el art. 1261.3º del Código Civil:

«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1.º Consentimiento de los contratantes.

2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3.º Causa de la obligación que se establezca».

Estos elementos esenciales **deben** ser examinados por el Registrador al calificar puesto que la **falta, ilicitud o falsedad** de la causa afectará a la validez del negocio al no admitirse la categoría de los contratos abstractos en nuestro ordenamiento jurídico (en relación a éstos nos remitimos al Capítulo 2).

La trascendencia jurídica de la causa como elemento de control de la licitud de las atribuciones patrimoniales adquiere especial relevancia en el ámbito de los negocios fiduciarios de garantía.

En esta clase negocios jurídicos se produce un aparente debilitamiento del vínculo entre la causa objetiva, entendida como el porqué jurídico-objetivo de cada tipo negocial, y la finalidad perseguida por las partes en dicho negocio. Así, en la fiducia *cum creditore* una de las partes (fiduciante) transmite un bien o derecho a la otra (fiduciario) para garantizar el pago de una deuda. El fiduciario, por su parte, se obliga a devolver el bien al fiduciante una vez que la deuda sea pagada.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un desplazamiento patrimonial que no persigue la transmisión plena y definitiva del bien o derecho al adquirente, sino como garantía para la restitución de una deuda preexistente entre las partes. Como podemos observar, la configuración jurídica de este tipo de negocios refleja una evidente tirantez en el elemento causal que no ha sido desatendida por la doctrina.

En un primer momento, la postura tradicional se inclinó por la llamada **teoría del doble efecto**. Parte de la doctrina, para salvar la tirantez antes referida, entendía que el negocio fiduciario está integrado por dos negocios de índole y efectos diferentes:

- (i) Un primer negocio de trascendencia **real** que lleva consigo la plena y efectiva transmisión del dominio al adquirente.
- (ii) Y un segundo de índole **obligacional**, válido *inter partes*, que cons-

triñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido devolviendo el bien al transmitente una vez cumplida la obligación garantizada.

Sin embargo, autores como DE CASTRO criticaron duramente esta interpretación de la venta en garantía (i) por ser contraria a la voluntad de las partes, puesto que el fiduciante no pretende transmitir el pleno dominio al fiduciario haciendo su posición inatacable, y (ii) por resultar contraria a nuestro sistema causalista en el que no es admisible la abstracción de la causa. En pocas palabras, sostenía el autor que en el negocio fiduciario existe **“un caballo de papel que soporta un caballero de plomo”**, puesto que la transmisión del dominio exige una causa adecuada y ésta no existe cuando el desplazamiento patrimonial únicamente persigue una función de garantía.

Ante este desequilibrio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1995, entre otras posteriores, vino a salvar la via-

bilidad jurídica y comercial de la venta en garantía al considerar que la causa *fiduciae* es la verdadera causa del negocio fiduciario. En consecuencia, la transmisión de un bien con efectos de garantía es admisible teniendo en consideración que el acreedor fiduciario en ningún momento será titular pleno y definitivo, sino únicamente un **titular formal obligado a restituir el bien una vez saldada la deuda**.

El acceso al Registro de la Propiedad de estas titularidades fiduciarias se encuentra consagrado en el apartado 3º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria:

«En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: (...) Tercero. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado».

En estos casos la inscripción se practica a favor del **titular fiduciario** expresando este carácter, que determinará el alcance de la legitimación para el otorgamiento de actos dispositivos susceptibles de inscripción. Sin embargo, salvado el escollo de la calificación de la causa en los negocios fiduciarios de garantía, nos encontramos ante un segundo límite imperativo para la inscripción: la **prohibición de pacto comisorio** (artículos 1859 y 1884 del Código Civil).

§35. LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

El **pacto comisorio** puede definirse como el acuerdo entre acreedor y deudor en virtud de la cual el acreedor puede apropiarse directamente de los bienes dados en garantía en caso de incumplimiento de la obligación. En consecuencia, ante el incumplimiento el acreedor pasará a convertirse en el titular pleno y definitivo del bien dado en garantía.

De acuerdo con la Resolución de la DGRN de 21 de febrero de 2013, la prohibición de este tipo de pactos encuentra su fundamento en dos importantes pilares:

- (i) **Proteger al deudor** frente a un perjuicio desproporcionado en los casos en los que el valor del bien sea superior al importe de la deuda pendiente, lo que implicaría un enriquecimiento injusto del acreedor.

- (ii) La **necesidad de observar los procedimientos de ejecución** que otorgan una mayor protección al deudor y a los terceros acreedores de éste al asegurar la obtención del mejor precio de venta.

En el ordenamiento jurídico común este pacto está expresamente prohibido en el artículo 1859 del Código civil con carácter general:

«El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»; y en el artículo 1884, en sede de anticresis: *«El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.*

Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

No ocurre lo mismo, sin embargo, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En concreto, el artículo 2373 del Code francés, modificado en 2005 en este punto, admite la cesión de la propiedad en garantía al acreedor. Y, en este mismo sentido, el BGB alemán admite la venta en garantía al acreedor para los bienes muebles, discutiéndose por la doctrina la extensión de su aplicación a los bienes inmuebles.

§36. LA VENTA FIDUCIARIA FRENTE A LA VENTA SIMULADA: UNA DIFERENCIA CAUSAL

El Tribunal Supremo tiene señalado que la prohibición del pacto comisorio no sólo es aplicable a los contratos de garantía típicos, sino también a los **negocios indirectos de garantía o cualquier otra estructura negocial** que pretenda eludir la prohibición del pacto comisorio.

Y ello es así pues de lo contrario el principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255 del Código Civil permitiría la creación de negocios fraudulentos, y en tal caso, descubierto el fraude, habría de aplicarse igualmente la prohibición tratada de eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (artículo 6.4 del Código civil).

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero de 2020**, en la que fue ponente el Registrador de la Propie-

dad y Magistrado **DÍAZ FRAILE**, establece una importante distinción entre la “**venta simulada**”, que sería nula, y la **venta fiduciaria** o “*fiducia cum creditore*”, que sería admisible.

Así, el Alto Tribunal considera que la “**venta simulada**”, además de **carecer de una causa adecuada a la verdadera intencionalidad de las partes**, integra la estructura negocial de un pacto comisorio nulo. De acuerdo con la sentencia, la estructura típica de este tipo de negocios es

«una compraventa simulada (que disimula el préstamo) en que una persona (el supuesto vendedor, realmente el prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con el pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero, que se fijó como precio) el comprador (prestamista) adquiere la propiedad de la cosa. Estructura negocial que integra un clásico pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, ad-

quiere la cosa si no se le devuelve mediante el retracto la cantidad prestada».

Consecuencias de la nulidad de tal pacto serán la obligación del vendedor (prestatario) de devolver el dinero y la imposibilidad del comprador (prestamista) de adquirir la cosa por el sólo incumplimiento de aquella obligación.

Frente al rechazo de la venta simulada, el Tribunal Supremo analiza las diferencias con la **venta fiduciaria o venta en garantía**, que será admisible siempre que cumpla los requisitos sistematizados en su Sentencia de 26 de abril de 2001:

- 1). El fiduciante transmite al fiduciario la **propiedad formal** del bien con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación.

- 2). El **fiduciario no se hace dueño real** del bien transmitido sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

- 3). La falta de cumplimiento de la obligación garantizada por el fiduciante no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía. El **fiduciario ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor**, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

No obstante, pese a esta distinción, **la jurisprudencia** alcanza resultados prácticos similares en ambos supuestos puesto que **acude preferentemente a la calificación de la “venta en garantía” como un negocio simulado en lugar de fiduciario** al efecto de evitar un posible fraude a la prohibición

del pacto comisorio, como el propio Tribunal reconoce en su STS 34/2012, de 27 de enero.

Ahora bien, desde el punto estrictamente registral es necesario hacer dos puntualizaciones esenciales:

- (i) Si nos encontramos ante una venta simulada en la que existe una causa falsa normalmente será difícil poder apreciar dicha falsedad a menos que se desprenda con toda claridad de los documentos presentados, por lo que se practicará la inscripción conforme a la causa expresada; todo ello sin perjuicio de su posible impugnación en la vía judicial, pues los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

- (ii) En el caso de que las partes configuren el negocio jurídico como

una venta fiduciaria será posible practicar la inscripción a favor del fiduciario al amparo del artículo 2.3º de la Ley Hipotecaria previa calificación de los requisitos exigidos para este tipo de figuras por el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 4 de mayo de 2020, entre otras anteriores.

II. LA OPCIÓN DE COMPRA EN GARANTÍA: ESTADO DE LA CUESTIÓN

§37. OPCIÓN DE COMPRA EN GARANTÍA: CONCEPTO Y CONFIGURACIONES USUALES

En el ámbito de los negocios fiduciarios de garantía resulta obligado hacer referencia a la opción de compra en garantía, la cual se encuentra de actualidad al haber sido objeto de recientes pronunciamientos por la DGS-

JYFP sobre de su admisibilidad como mecanismo de financiación.

Aunque es cierto que este tipo de fórmulas de ingeniería jurídico-financiera persiguen permitir el acceso a la financiación a quienes se vería excluidos del mercado bancario, la ausencia de una regulación específica y la posibilidad de que se produzcan abusos ha abierto un debate acerca de las condiciones en las que sería admisible.

En primer lugar, como punto de partida para nuestro análisis, es necesario hacer una aproximación a las diferentes fórmulas a través de las cuáles se manifiesta este mecanismo de garantía. En este sentido, la **opción en garantía “encubierta o disimulada”** se articula a través de los siguientes pactos:

- 1). El concedente-deudor constituye un derecho opción de compra a favor del acreedor-optante, generalmente por una **prima elevada**, de manera que por la concesión de la opción el con-

cedente-deudor recibe una cantidad que constituye realmente una fuente de financiación.

- 2). Se establece un **periodo de tiempo inicial durante el cual el acreedor-optante no podrá ejercitar el derecho de opción**, periodo en el que el deudor-concedente podrá dejar sin efecto la opción en caso de encontrar un comprador que pague un precio mayor.

De esta manera, si el concedente desea dejar sin efecto la opción puede alegar que ha encontrado un comprador (aunque no se le exige acreditar este extremo) y devolver todo lo recibido junto con una penalización (que encubre los intereses del préstamo).

- 3). Ante un incumplimiento del deudor-concedente el acreedor podrá ejercitar el derecho de opción haciendo suya la finca en contraprestación

del crédito insatisfecho. Ahora bien, **descontando el importe de las cantidades entregadas** al deudor en concepto de prima, así como reteniendo las necesarias para el pago de cargas o deudas preexistentes.

Tal y como ha manifestado la doctrina de la DGSJYFP en múltiples resoluciones, la configuración de la opción de compra como un mecanismo de garantía encubierto resulta del todo incompatible con la prohibición del pacto comisorio. En este sentido, las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008 concluyeron que “la opción de compra examinada se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de ésta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil”.

No obstante, de nuevo debemos diferenciar la opción en garantía encubierta o disimulada, que no resulta admisible, de la **opción en garantía como negocio fiduciario configurado explícitamente como tal**, cuya admisibilidad ha generado gran debate y que pasamos a analizar. De nuevo, la causa se manifiesta como el eje central para la diferenciación entre una y otra figura, puesto que la consideración de la causa *fiduciae* como verdadera causa del negocio de opción de compra en garantía nos permitiría, en principio, admitirla siempre que se cumplan los requisitos de protección derivados de la prohibición del pacto comisorio.

§38. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

El desarrollo de figuras como la descrita es resultado de una clara corriente de apertura de nuestro ordenamiento jurídico hacia

nuevas vías de ejecución de las garantías que resulten más eficientes que los sistemas ordinarios de ejecución, a menudo aquejados de cierta ineficiencia por el tiempo, por los costes del procedimiento y por la baja cuantía que con frecuencia presentan las ofertas.

Fruto de esta tendencia y en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 21 de julio de 2017), la DGSJYFP (en sus Resoluciones de 21 de julio de 2021, 10 de marzo de 2022, 13 de julio de 2022 y 18 de septiembre de 2023) ha venido reconociendo que **la prohibición del pacto comisorio “no es absoluta en nuestro Derecho**, de modo que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía – cualquiera que haya sido la vía seguida– se efectúe en condiciones determinantes de **la fijación objetiva del valor del bien**, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor”. Esto es, cuando se configura como un **“pacto marciano”** en el que el acreedor podrá adjudicarse el bien con **previa estimación objetiva** de su valor,

de manera que si el valor excede de la deuda garantizada e impagada el acreedor debe abonar la diferencia al comprador.^[114]

Sin embargo, la **Resolución de 9 de septiembre de 2024** ha supuesto un punto de inflexión en la línea doctrinal antes expuesta, que ha venido a ser consagrado por la reciente Resolución de 26 de marzo de 2025. En ellas la Dirección, tras hacer una exposición de su propia doctrina acerca de la opción de compra en garantía, da un giro en la postura que hasta ahora mantenía y rechaza este tipo de configuraciones **basando su argumentación no en la prohibición del pacto comisorio, sino**

^[114]En sede de bienes muebles el **art. 16.2 de la Ley 28/1998**, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles permite al acreedor optar por la adjudicación directa del bien en su favor en pago de la deuda sin necesidad de venderla en subasta pública.

En este caso el riesgo de un enriquecimiento injustificado se minimiza porque «**la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan**, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada».

en la desnaturalización de la causa que en ellas se produce. Así, mantiene que:

«no ha de olvidarse que la esencia del derecho de opción consiste en la concesión a su titular de la facultad de decisión respecto a la eficacia de un contrato o una adquisición y, por lo tanto, el concedente queda a expensas de la voluntad del optante, quien podrá decidir entre dar eficacia o no al derecho de opción.

No obstante, si existe un plazo en el que la opción no puede ejercitarse; y una vez transcurrido éste sí que se puede, pero ajustando contablemente lo que habría de deducir del teórico precio a pagar, lo que haya entregado antes al concedente (por una serie de conceptos más que heterogéneos y que se alejan de la operativa propia y función económico social de una opción de compra), es que la opción queda desactivada si, antes del «dies a quo» para ejercitar la opción (pues antes el ejercicio queda en suspenso), el optante ha sido resarcido de lo que haya

anticipado al concedente. Un claro indicio, por tanto, de una financiación que se garantiza con la opción pactada».

En este mismo sentido, ante una configuración jurídica simular, el **fundamento 6º de la Resolución de 26 de marzo de 2025** sostiene que:

«Por consiguiente, no es aventurado llegar a la conclusión de que la verdadera voluntad de las partes no es conceder una opción sino un derecho en función de garantía, pues, al fijar el precio de la compraventa, se establece, entre otras consideraciones, que «(...) la finca no podrá tener cargas posteriores a la que constan en la presente escritura. Suponiendo la existencia de posteriores cargas la resolución de la opción de compra con devolución del duplo de la opción de compra y las cantidades entregadas en concepto de señal (...)». Pacto, cabría apostillar, totalmente extraño para la dinámica de un derecho de opción inscrito y, por

supuesto, contrario a preceptos capitales como el artículo 26 de la Ley Hipotecaria».

Observamos cómo la argumentación del Centro Directivo deja atrás la justificación basada en el pacto comisorio como límite a estas figuras y vuelve a centrarse en el problema de la causa. Concretamente, frente a su postura anterior, en la que admitía la opción en garantía como negocio fiduciario, ahora **parece rechazarla por considerarla como un negocio simulado con causa falsa.**

Mayor problemática plantea esta figura si la ponemos en conexión con otros ordenamientos jurídico-civiles de nuestro país, como el catalán o el navarro, que tienen recogida la venta a carta de gracia en sus cuerpos normativos.

En el caso de **Cataluña**, además de carecer de una prohibición general del comiso, la venta a carta de gracia se encuentra regulada en el artículo 621-55 de la Ley 3/2017,

de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, en íntima conexión con el derecho a redimir. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 28 de febrero de 2019 ya admitió la opción de compra en garantía cuando no existe enriquecimiento injusto y se evita un perjuicio para el deudor.

A pesar de ello, dadas las gravosas consecuencias que pueden acarrear para el deudor este tipo de figuras (desde la falta de transparencia en su constitución hasta la posibilidad de que encubra verdaderas estafas en las que las víctimas piensan que están obteniendo un préstamo de escasa cuantía cuando en realidad están perdiendo su vivienda a cambio de nada), la DGDEJ de Cataluña tiende a exigir el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; dado que ésta resulta aplicable a la constitución de cualquier derecho real de garantía, no sólo a la garantía hipotecaria.

BIBLIOGRAFÍA

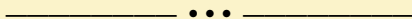
- CASTRO Y BRAVO, Federico de (2008): *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2017): *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier (2005): “La ‘consideration’ del Derecho Anglosajón y el sistema de negocio causal español”, *Revista de estudios jurídicos*, 2025-6, pp. 235-248.
- MARTÍN LEÓN, Antonio (2013): “Negocios fiduciarios y usucapión”, *Anuario de Derecho Civil*, 2011, LXIV-II, pp. 653-681.
- TUDELA CHORDÁ, Sergio (2015): “La prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios cum creditore”, *Revista de Derecho UNED*, 2015-7.

Luis Arnáez Fernández. Registrador (2018) y Graduado en Farmacia, y postgrado en Derecho de la tecnología blockchain. Miembro de la comisión de innovación del CORPME y colaborador del European Law Institute. Preparador de oposiciones, ha impulsado un nuevo método de preparación en la academia Arnáez, contando con casi medio centenar de aprobados.

Juan José García Núñez. Graduado en Derecho y ADE (E-3) por la UPC- ICADE (2021) con doble Premio Extraordinario de fin de carrera. Registrador y preparador de la Academia de Madrid desde 2025.

Diego Vigil de Quiñones Otero. Registrador (2008) y Doctor en Derecho (2016), ha sido profesor asociado de Universidad, preparador y es autor de más de medio centenar de publicaciones.

Beatriz Zamora Rodríguez. Graduada en Derecho y Economía con premio extraordinario (UC3M, 2020), Notario (2022) y Registradora (2023) y preparadora, ha impartido clases en la IE University y la UCM. Colabora en el Área de Recursos Gubernativos de la DGSJyFP y en notariosyregistradores.com.



La causa es el instrumento fundamental de la calificación registral para impedir la inscripción de atribuciones patrimoniales imperfectas o ilícitas. Las recientes resoluciones sobre el derecho de opción eludiendo la prohibición de pacto comisorio son el mejor ejemplo. Sin embargo, los proyectos de reforma de Código civil prescinden de la causa como elemento del contrato, lo cual podría dificultar en el futuro el papel preventivo registral. A fin de ofrecer una reflexión sobre dicho tema, estas páginas un pequeño ensayo sobre la importancia registral de la causa, un tratado breve y sistemático de la institución (ajustado al programa de las oposiciones), un prontuario las principales aplicaciones prácticas del tema, y una nota práctica sobre los negocios fiduciarios con pacto comisorio.