

- OBJETO** Retracto arrendaticio urbano en caso de dación en pago del inmueble arrendado. Inscripción sin notificación al arrendatario. Competencia del Registrador para apreciar la simulación en el procedimiento registral.
- PARTES** Recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Sevilla don Antonio Ojeda Escobar, autorizante de la escritura, frente a la calificación del Registrador de la Propiedad de Sevilla (Registro número ocho), don Manuel Martín Trincoortas-Bernat, denegatoria de la inscripción solicitada.
- ACUERDO** La DGRN estima el recurso planteado y revoca la calificación del Registrador, estimando que la dación en pago es inscribible a pesar de la ausencia de notificación fehaciente a la arrendataria.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Ley de Arrendamientos Urbanos 1994, artículos 9, 10, 14 y 25; Código Civil, artículos 3, 4, 1158, 1166, 1520, 1521; Ley Hipotecaria, artículos 2 y 18.

DOCTRINA:

La dación en pago es «una forma especial de pago por el que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, realiza con finalidad solutoria una prestación distinta de la debida (“aliud pro alio”). Y, aunque puedan aplicarse por analogía algunas de las normas de la compraventa, no por ello pueden ser identificados a todos los efectos ambos negocios jurídicos».

«El artículo 25.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (...) al referirse (...) únicamente a la “venta”, a diferencia del texto anteriormente vigente (...), indica inequívocamente la intención del legislador de limitar el derecho de adquisición preferente sólo y exclusivamente al supuesto de compraventa.»

Debe «reconocerse al arrendatario el derecho de adquisición preferente en casos en que la adjudicación en pago constituya un negocio simulado o se trate de un negocio indirecto», pero «la apreciación de tales circunstancias excede del ámbito de competencias del Registrador en el reducido marco del procedimiento registral».

HECHOS:

En escritura autorizada por el Notario de Sevilla don Antonio Ojeda Escobar el 29 de marzo de 2007 se expone que determinada sociedad civil, integrada por los socios doña Isabel R. B. S., don José R. B. C. y doña María de Gracia S. C., adeuda la cantidad que se indica a determinada sociedad de responsabilidad limitada (en cuya representación interviene como administradora solidaria la misma señora citada doña Isabel R. B. S.). Y en pago de dicha deuda esas tres personas físicas transmiten a la referida sociedad mercantil una finca urbana y una participación indivisa de otra que les pertenece. En la misma escritura se expresa que la finca y participación de finca descritas están arrendadas a determinada Fundación, según contrato celebrado el 12 de marzo de 2005.

El Registrador deniega la inscripción de la escritura por faltar constancia de notificación fehaciente a la Fundación arrendataria. El Notario autorizante recurre invocando que la LAU 1994 no concede retracto en casos de dación en pago. La Dirección General estima el recurso y revoca la nota recurrida con base en el carácter excepcional y restrictivo del retracto y en la falta de mención de la dación en pago en el texto legal vigente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 3, 4, 1158, 1166 y 1520 del Código Civil (LEG 1889, 27); la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (RCL 1994, 3272 y RCL 1995, 1141), de Arrendamientos Urbanos, especialmente los artículos 9, 10, 14 y 25; 47 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre (RCL 1964, 2885 y RCL 1965, 86); 22.2 de Ley 49/2003, de 26 de noviembre (RCL 2003, 2755), de arrendamientos rústicos; 2 y 18 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886); las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985 (RJ 1985, 1679), 6 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1148), 30 de junio de 1994, 8 de junio de 1995, 27 de mayo de 2000 y 21 de abril de 2004 (RJ 2004, 2546) (ésta de la Sala Tercera); y las Resoluciones de 17 de enero de 1989, 5 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6081), 24 julio 1995 (RJ 1995, 5582), 18 de enero de 1999 y 16 de octubre 1999 (RJ 1999, 7673), 22

de junio de 2006 y 9 (RJ 2007, 5287), 10 (RJ 2007, 6162), 11 (RJ 2007, 3904) y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 3905).

PRIMERO.—En el supuesto al que se refiere este recurso el Registrador de la Propiedad suspende la inscripción de la transmisión de inmuebles urbanos arrendados porque, a su juicio, habida cuenta del negocio traslativo formalizado —una dación en pago de deuda—, cabe la posibilidad de que el arrendatario ejercite el derecho de adquisición preferente conforme a los artículos 1521 del Código Civil (LEG 1889, 27) y 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (RCL 1994, 3272 y RCL 1995, 1141), por lo que considera necesaria la justificación de que dicha transmisión ha sido notificada fehacientemente al arrendatario.

SEGUNDO.—La cuestión debatida debe resolverse atendiendo a las siguientes consideraciones:

a) Como ya ha puesto de relieve este Centro Directivo en alguna ocasión anterior (cfr. la Resoluciones de 18 de enero de 1999 y 9 [RJ 2007, 5287], 10 [RJ 2007, 6162], 11 [RJ 2007, 3904] y 12 de julio de 2007 [RJ 2007, 3905]), la dación en pago es un contrato por virtud del cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos y que éste acepta voluntariamente como pago de su crédito (artículo 1166 del Código Civil [LEG 1889, 27]), transmisión que en cuanto forma de pago puede realizar tanto el deudor como un tercero (artículo 1158 del mismo Código).

Se trata de una forma especial de pago por el que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, realiza con finalidad solutoria una prestación distinta de la debida («aliud pro alio»). Y, aunque puedan aplicarse por analogía algunas de las normas de la compraventa, no por ello pueden ser identificados a todos los efectos ambos negocios jurídicos (cfr., por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005 [RJ 2005, 1689] y 19 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8978]).

b) Las normas que regulan el derecho de adquisición preferente del arrendatario en materia de arrendamientos urbanos han de ser objeto de interpretación estricta en cuanto limitan las facultades dispositivas inherentes al dominio de los bienes arrendados (vid. artículo 4 del Código Civil; y las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 febrero 1991 [RJ 1991, 1148], 8 de junio de 1995 y 27 de mayo de 2000; así como las Resoluciones de esta Dirección General de 5 septiembre 1991 [RJ 1991, 6081], 24 de julio de 1995 [RJ 1995, 5582] y 16 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7673]).

El artículo 25.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (RCL 1994, 3272 y RCL 1995, 1141) establece el derecho de adquisición preferente únicamente para el caso de venta de la vivienda

arrendada, por lo que, al no extenderlo el legislador a supuestos distintos al de la venta (como, por el contrario, hace el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos [RCL 2003, 2755]), no cabe aplicar dicha limitación legal del dominio

c) Aunque el Preámbulo de la propia Ley expresa que se atribuye al arrendatario el derecho de adquisición preferente para el supuesto de «enajenación» de la vivienda arrendada, lo cierto es que al referirse el articulado únicamente a la «venta», a diferencia del texto anteriormente vigente (el artículo 47 de la Ley de 1964 [RCL 1964, 2885 y RCL 1965, 86] lo establecía también para el caso de cesión solutoria), indica inequívocamente la intención del legislador de limitar el derecho de adquisición preferente sólo y exclusivamente al supuesto de compraventa.

En la regulación vigente queda patente que la Ley especial no se propone tanto que los inquilinos lleguen a ser propietarios, como la defensa de su condición de arrendatarios (el mismo Preámbulo expresa que el derecho de adquisición preferente «constituye un instrumento que sin suponer una grave onerosidad para el arrendador incrementa las posibilidades de permanencia del arrendatario en la vivienda»), lo que, por lo demás, resulta coherente con la posición jurídica que en la Ley se atribuye al arrendatario respecto del plazo de duración mínimo y prórroga del contrato (cfr. artículos 9 y 10, frente a la mayor duración y posibilidades de prórroga forzosa contemplados en la Ley de 1964), así como con el mantenimiento del arrendamiento en caso de enajenación de la vivienda, conforme al artículo 14 de la Ley.

d) Cuestión distinta es que, no obstante la literalidad de la norma del artículo 25.1 de la Ley, deba reconocerse al arrendatario el derecho de adquisición preferente en casos en que la ad-

judicación en pago constituya un negocio simulado o se trate de un negocio indirecto con propósito de aparentar externamente una realidad jurídica distinta a la venta realmente perseguida por la partes. Pero la apreciación de tales circunstancias excede del ámbito de competencias del Regis-

trador en el reducido marco del procedimiento registral (cfr., por todas, la Resolución de 22 de junio de 2006).

Por todo ello, habrá de concluirse en la improcedencia del defecto que el Registrador achaca a la escritura calificada en el presente caso.

COMENTARIO:

1.—Nos encontramos ante la primera Resolución de la DGRN que se plantea directamente si la LAU/1994 concede retracto arrendaticio en caso de dación en pago o no. La Dirección General cita seis Sentencias del Tribunal Supremo (una de ellas de la sala 3ª) y diez Resoluciones, pero son casos en que: a) no concurría el supuesto de hecho del retracto por otros motivos (RRDGRN 17-1-1989 [RJ 1989, 186], 5-9-1991 [RJ 1991, 6081], 24-7-1995 [RJ 1995, 5582], 16-10-1999 [RJ 1999, 7673] y SSTS 2-4-1985 [RJ 1985, 1679], 6-2-1991 [RJ 1991, 1148], 30-6-1994 [RJ 1994, 5994], 27-5-2000 [RJ 2000, 3499], [S. 3ª] 27-4-2004 [RJ 2004, 2546]), b) se cuestionaban los requisitos para inscribir una dación en pago sin ninguna relación con arrendamientos (RRDGRN 9 [RJ 2007, 5287], 10 [RJ 2007, 6162], 11 [RJ 2007, 3904] y 12-7-2007 [RJ 2007, 3905]) lo cuestionado era la competencia del Registrador para apreciar y declarar la simulación (RDGRN 22-6-2006 [Anuario DGRN, 2006, I, pg. 833]). Aunque la Resolución ya ha sido comentada anteriormente (Rosana PÉREZ GUERRA, «No cabe retracto arrendaticio urbano en la dación en pago de deuda: Reflexiones acerca de la RDGRN de 10 de diciembre de 2007», *RCDI*, 707, mayo-junio 2008, pgs. 1385-1388), creo que todavía se pueden añadir algunas cosas.

2.—Antes de la LAU/1994 estaba muy claro que en casos de dación en pago el arrendatario urbano tenía derecho a retraer, pues lo permitían expresamente («cesión solutoria») las sucesivas Leyes arrendaticias de 1947 (arts. 63 y 64), 1956 (arts. 47 y 48) y 1964 (arts. 47 y 48). La duda surge con el art. 25.1 LAU/1994, que en este punto rompe con las redacciones anteriores y habla sólo de «venta». Gran parte de la doctrina entiende que la LAU/1994 ha derogado el derecho del arrendatario a retraer en caso de dación en pago (por todos, COCA PAYERAS / MUNAR BERNAT, «Comentario al art. 25», en LASARTE ÁLVAREZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Tecnos, 1996, pgs. 686-687).

Creo que el dato del silencio legal debe relativizarse. La dación en pago no fue mencionada en el texto articulado ni en la Exposición de motivos, pero tampoco en los debates parlamentarios (cfr. *Ley de Arrendamientos Urbanos. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1996). Simplemente, no se pensó en ella. Lo cual es comprensible si tenemos en cuenta que lo que estaba en juego en aquel momento era la pervivencia misma del retracto arrendaticio, sobre cuya justicia y utilidad social la

mayoría de la doctrina tenía (y sigue teniendo hoy) serias dudas. Quitar del texto la dación en pago era más bien un intento de aligerar la redacción legal y reducir los supuestos en que se podría retraer; en el fondo, largar lastre para que el retracto pudiera mantenerse a flote. Por supuesto, nada de esto cambia el dato fundamental (es decir, que la Ley no recoge el supuesto de la dación en pago), pero creo que sí ayuda a matizarlo. La exclusión de la dación en pago respondió a una voluntad del legislador consciente, pero también poco meditada.

3.—El argumento empleado por el Registrador para denegar la inscripción es que la dación en pago es equiparable a la compraventa, y por tanto no hace falta que el texto legal la mencione expresamente (así también RODRÍGUEZ MORATA, «Comentario al art. 25 LAU», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la LAU*, Aranzadi, Cizur Menor, 4ª ed., 2005, pgs. 598-599). La Dirección General, por el contrario, afirma que «la tesis clásica que equiparaba la dación en pago a la compraventa está hoy totalmente superada tanto en la doctrina como en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo». La naturaleza de la dación en pago es distinta de la compraventa y «aunque puedan aplicarse por analogía algunas de las normas de la compraventa, no por ello pueden ser identificados a todos los efectos ambos negocios jurídicos».

En principio, esto es correcto. Desde un punto de vista podríamos decir taxonómico, la dación en pago (*datio in solutum*, *datio pro soluto*) no es una compraventa, sino un modo de pago (un subrogado del cumplimiento en terminología alemana). Como dice la Resolución comentada, «se trata de una forma especial de pago por el que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, realiza con finalidad solutoria una prestación distinta de la debida (“aliud pro alio”)». Nada que objetar. Pero ¿por qué ambas calificaciones (compraventa y subrogado del pago) tienen que ser totalmente excluyentes? En realidad, la dación en pago es una compraventa en función de pago. Estructuralmente es una compraventa en sentido amplio (pues es un negocio transmisivo en que se cambia cosa por precio), y funcionalmente es un modo de extinción de las obligaciones (pues eso y no otra cosa es lo primero que se pretende cuando se perfecciona una dación en pago).

Esto no debería sorprendernos. Nadie duda que hay cesiones de créditos que cumplen un fin de intercambio, pero también cesiones para pago, cesiones para cobro y cesiones en garantía. El régimen que se aplica a cada una es una mezcla del régimen de la cesión y del que corresponda a la finalidad pretendida en cada caso. Lo mismo podemos decir de la compraventa: las hay con finalidad de intercambio (las que podríamos llamar «ventas normales»), pero también ventas para cobro, ventas en garantía, y ventas para pago (o daciones en pago). Admitido esto, y si se permite la metáfora, la dación en pago tiene cuerpo de compraventa y alma de modo de pago. Nunca la entenderemos bien si olvidamos uno de los dos aspectos. Según para qué parte de su regulación, tendremos que aplicar reglas de la compraventa o de los modos de extinción. Creo

que esto no necesita mucha más justificación. La taxonomía nos ayuda a comprender y a exponer de modo ordenado las cosas, pero no debe hacernos creer que dos instituciones son distintas sólo porque aparecen en distintos capítulos de un tratado o porque admiten varios nombres.

Por tanto, la dación en pago se distingue de la «compraventa normal» fundamentalmente en dos cosas: 1) en la compraventa normal la función es el intercambio de cosa por precio, mientras que en la dación en pago la función principal es la extinción de la deuda y el intercambio es más un medio para conseguirlo que un fin en sí mismo, y 2) en la compraventa normal el precio es una cantidad de dinero que se debe desde que nace el contrato, mientras que en la dación en pago esa cantidad se fija para que coincida con una deuda anterior del cedente con el cesionario que se extinguirá automáticamente por compensación aunque no cumpla alguno de los requisitos de los arts. 1195 y ss. CC. La dación en pago también es claramente distinta de los otros modos de extinción de las obligaciones. Por citar sólo uno de ellos, no debe confundirse con la dación *para pago o datio pro solvendo*. En este caso también hay un deudor-cedente que entrega un bien a su acreedor-cesionario con la finalidad de extinguir la deuda, pero la entrega no es transmisiva ni directamente extintiva, sino que va unida a un mandato de gestión de venta que permite al segundo vender la cosa, cobrarse y entregar el remanente al cedente, rindiendo después cuentas de su gestión (art. 1175 CC).

Entiendo que esta caracterización de la dación en pago como venta en función de pago no se ve en absoluto afectada porque el Tribunal Supremo haya dicho que dación en pago y venta «no (...) pueden ser identificados a todos los efectos». La Resolución comentada cita en este sentido dos sentencias: la STS 21-10-2005 (RJ 2006, 1965), que confirma la desestimación de una demanda de cumplimiento de un contrato complejo entre tres sociedades porque éste no llegó a perfeccionarse, y la STS 19-10-2006 (RJ 2006, 8978), que confirma la instancia condenando al cumplimiento de la prestación principal de un contrato —el pago de una cantidad— en lugar de considerar cumplida la prestación que el contrato establecía con carácter subsidiario —la dación en pago de un inmueble que nunca fue entregado y que posteriormente se transmitió a un tercero—. Como puede verse, la diferencia entre compraventa y dación en pago no es precisamente la *ratio decidendi* de ninguna de ellas (ni de otras muchas que podrían citarse en el mismo sentido). Lo interesante no es que dación y compraventa no sean *exactamente* lo mismo (es evidente que no lo son), sino entender en qué aspectos se le debe aplicar a la primera un régimen igual o distinto al de la segunda.

También se puede mantener la aplicabilidad del art. 25 LAU a la dación acudiendo al art. 1521 CC, que define el retracto legal como «el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». Toda norma que concede un retracto legal se remite supletoria e implícitamente a esta definición, y por tanto incluye la dación en pago en su

supuesto de hecho. Evidentemente, la Ley especial desplaza la aplicación de la general (*generi per speciem derogatur*), por lo que el legislador podría regular un supuesto en el que sólo se concediera el retracto en casos de compraventa con exclusión de los casos de dación en pago (aunque, como veremos, creo que sería una decisión un poco absurda). Ahora bien, para que ese desplazamiento tenga lugar la Ley especial debe decirlo claramente. ¿Ha ocurrido eso en el caso que nos ocupa? A juzgar por lo dicho anteriormente, tengo mis dudas.

4.—Otra razón que lleva a la Dirección General a denegar el retracto en caso de dación en pago es que «las normas que regulan el derecho de adquisición preferente del arrendatario en materia de arrendamientos urbanos han de ser objeto de interpretación estricta en cuanto limitan las facultades dispositivas inherentes al dominio de los bienes arrendados». Se trata de una doctrina enunciada por el TS al menos desde la STS 2-4-1985 (RJ 1985, 1679) y por la DGRN al menos desde la RDGRN 16-10-1999 (RJ 1999, 7673).

El criterio de la aplicación restrictiva del retracto me parece plenamente correcto, pero creo que no está bien traído aquí y que no es suficiente para privar del derecho a retraer a quien lo tenga de acuerdo con la Ley. Una cosa es la tendencia generalizada en contra del retracto arrendaticio, y otra muy distinta la aplicabilidad del retracto a la dación en pago. Son cuestiones que no deben mezclarse. De hecho, dos de los autores que más y mejor han atacado la pervivencia del retracto arrendaticio urbano en general no dudan que el art. 25.1 LAU debe seguir aplicándose a la dación en pago (CARRASCO PERERA, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, 5ª ed., 2005, pg. 685; RODRÍGUEZ MORATA, «Comentario al art. 25 LAU», pgs. 598-599).

Guste o no, la opción de política legislativa que tomó el legislador de 1994 fue conservar el retracto arrendaticio. Dado este presupuesto, la pregunta que debemos hacernos es *a quién se concede ese derecho, y no cómo podemos restringir* lo más posible su utilización. Si la *ratio* del retracto de compraventa se cumple también cuando hay dación en pago, no tiene sentido negar el retracto en esos casos simplemente para reducir el número de retractos exigibles. ¿Por qué deberíamos aplicar esa reducción *precisamente* por el lado de las daciones en pago? Son muy pocas cuantitativamente, como muestra el hecho de que haya habido que esperar casi 18 años para que se resuelva la primera Resolución en la materia. La dación en pago nunca podrá ser un «coladero de retractos», entre otras cosas porque no está en manos del arrendatario, sino del acreedor-cesionario. Si lo que se quiere es reducir el número de retractos, sería mucho más significativo (a la vez que mucho más sensato) conceder el derecho a retraer sólo a los arrendatarios que lleven más de cinco años en el inmueble. La decisión sobre si hay retracto en casos de dación no debe basarse en un criterio restrictivo general e indiscriminado de los retractos, sino en el análisis de por qué lo concede la Ley.

5.—Si atendemos a la *ratio legis* del retracto, con palabras de TIRSO CARRE-

TERO, la dación en pago «encaja (...) como anillo al dedo, pues el pagado no pensaba, y apenas quería, cobrar de esa manera» («Tanteo y retracto arrendatario urbano y Registro de la Propiedad», RCDI, 1957, pg. 787). En efecto, todos los motivos que pueden llevar a conceder el retracto de compraventa se dan en la dación en pago, y la mayor parte de las críticas que merece el primero apenas se pueden aplicar al segundo. Es más respetuoso con la autonomía de la voluntad. No perjudica al acreedor-cesionario retraído, antes bien le beneficia al permitir que cobre en dinero. No afecta al tráfico ni desincentiva la contratación.

Por otro lado, la dación en pago encaja perfectamente en los negocios traslativos mediante precio a los que la jurisprudencia aplica el retracto. La clave está en que la prestación del tercero (y la del retrayente en su caso) sea fungible y conmutativa, pues sólo entonces el retrayente puede pretender subrogarse en el lugar del adquirente sin que éste salga perjudicado. Por eso se concede el retracto en las ejecuciones forzosas judiciales o administrativas (RRDGRN 19 [RJ 1987, 8737] y 20-11-1987 [RJ 1987, 8738]) y en la resolución de compraventa por mutuo acuerdo (RDGRN 20-2-1992 [RJ 1992, 1532]), pero no en las aportaciones societarias (STS 12-6-1964 [RJ 1964, 3261]), en la renta vitalicia (STS 2-4-1985 [RJ 1985, 1679]) ni en las adjudicaciones a un socio al disolver la sociedad (STS 6-2-1991 [RJ 1991, 1148], RDGRN 18-4-1986 [RJ 1986, 2131]) o al disolver la comunidad (RDGRN 17-1-1989 [RJ 1989, 186]).

6.-Creo que esto nos permite cerrar la cuestión sobre el silencio del art. 25.1 LAU. El retracto de dación en pago se excluyó consciente pero precipitadamente, con base en una vaga intención de reducir al mínimo los supuestos en los que era aplicable el retracto más que en un análisis de la institución. Pero no está claro que dicho silencio haya derogado la posibilidad de retraer en caso de dación, porque el supuesto sigue encajando perfectamente en la *ratio* de la norma, en el art. 1521 CC (y con cierta flexibilidad también en el art. 25.1 LAU). Si se admite todo esto, habrá que reconocer que con la LAU/1994 el arrendatario sigue teniendo derecho de retracto en casos de dación en pago de la vivienda arrendada. En este sentido, me parece que la Resolución comentada no es acertada.

7.-Como he dicho antes, el retracto en casos de dación en pago no perjudica al acreedor-cesionario retraído, antes al contrario, le beneficia. Efectivamente, es muy comprensible que un comprador se resista al retracto desencadenado por una compraventa. A fin de cuentas, él quiere la cosa, y después de haberla buscado, encontrado y conseguido, no está dispuesto a perderla frente al retrayente. Nada de esto ocurre ante una dación en pago, en la que el acreedor-cesionario, simplemente, está dispuesto a renunciar al principio de identidad del pago como un mal menor para extinguir una deuda que de otro modo teme que no podrá cobrar. Por ello, esperaríamos de él que acogiera con agrado el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por parte del arrendatario.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa el acreedor-cesionario no reac-

ciona así. No cumple su obligación de notificar su adquisición (art. 25.3 LAU), y cuando el Registrador deniega la inscripción insiste en su negativa y (a través del Notario autorizante) recurre la nota. ¿Por qué se ha resistido al retracto el acreedor-cesionario en este caso? Dejando al margen posibles datos particulares que se nos escapan (enemistad con el arrendatario, litigante patológico, etc.), podemos apuntar dos hipótesis: a) porque la cosa dada en pago valía mucho más que la deuda, o b) porque en realidad la dación en pago estaba encubriendo otra cosa.

Respecto a lo primero, si la cosa valiera mucho más que el crédito la conducta del acreedor-cesionario sería fácilmente explicable, pero la Resolución no nos da ningún dato al respecto sobre este caso. Ahora bien, que sea explicable no significa que sea defendible. En cierto modo sería un abuso por parte del acreedor-cesionario en perjuicio del deudor-cedente, que vería injustamente disminuido su patrimonio. Es un peligro estructural de toda dación en pago y de otras instituciones cercanas como el pacto comisorio o la fiducia *cum creditore*. Por eso el Código la admite con ciertos reparos y ante la duda prefiere interpretar que lo pactado es una dación para pago (cfr. art. 1175 CC). De todos modos, en este caso no parece que haya un abuso de ese tipo. Acreedor y deudor parecen sociedades muy interrelacionadas. Conviene explorar la segunda posibilidad.

8.-Encubrir una compraventa disimulada bajo una dación en pago simulada resulta muy sencillo. Prácticamente no hay que cambiar más que el encabezamiento del contrato: el transmitente reconoce deber al adquirente la cantidad acordada como precio del inmueble, y el adquirente acepta la entrega de la cosa transmitida en concepto de pago que extingue la deuda anterior. Exteriormente casi no se diferencia de una compraventa con precio confesado recibido. Si nadie lo impugna, la apariencia de regularidad es total. Pero incluso aunque alguien llegue a impugnarlo judicialmente y probar la simulación, produce numerosos efectos. Como simulación parcial que es, la dación simulada es nula por falta de causa (la deuda que la fundamentaba no existía), pero la compraventa disimulada es perfectamente válida y genera tanto el efecto transmisivo como la acción para exigir el precio, si es que no se pagó. Con la diferencia de que de este modo se está burlando el derecho a retraer del arrendatario. Si en lugar de una simulación parcial entendemos que se trata de un negocio indirecto las consecuencias serán prácticamente las mismas.

¿Nos encontramos en este caso ante una simulación? Hay varios indicios: la oposición del acreedor a comunicar la cesión; la carencia de datos y documentación sobre la deuda previa; y la relación existente entre cedente y cesionaria que se adivina (la deudora-cedente es una sociedad civil formada por tres personas; tal vez familiares entre sí, una de las cuales es también la administradora solidaria de la sociedad limitada acreedora-cesionaria que acepta la dación en nombre de ésta). Pero no es fácil profundizar más en la finalidad de la operación. ¿Es la sociedad

limitada una sociedad pantalla de los cedentes? ¿Qué es lo que se disimula: una auténtica compraventa, o tal vez una simple transmisión fiduciaria en la que no ha mediado entrega de dinero? ¿O se encubre una aportación social de los cedentes a la sociedad limitada? No lo sabemos, y por tanto debemos detener ahí nuestras especulaciones. En cualquier caso, todo apunta a que tiene lugar en el marco de sociedades cerradas que actúan de común acuerdo con una finalidad indirecta opaca para terceros. Nada que objetar... siempre y cuando con ello no resulten defraudados los derechos de terceros (el derecho a retraer del arrendatario en este caso).

9.—La posible simulación fue uno de los argumentos empleados por el Registrador para denegar la inscripción. La Dirección General reconoció que una compraventa disimulada habría dado al arrendatario derecho de retracto, pero a la vez negó que el Registrador pudiera denegar la inscripción por ese motivo, pues «la apreciación de tales circunstancias excede del ámbito de competencias del Registrador en el reducido marco del procedimiento registral». La competencia del Registrador para denegar la inscripción podría parecer incluida en su función de calificar la «validez de los actos dispositivos» (art. 18.I LH), pero sus posibilidades de actuación están muy limitadas, y «lo que no está en los documentos presentados o en los asientos del Registro no puede ser tenido en cuenta a efectos de calificación» (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 4ª ed., 1995, III, pg. 386; para la abundante doctrina registral en el mismo sentido vid. DE PABLO CONTRERAS, «Comentario al artículo 18 LH», *Comentarios Edersa*, Madrid, 1999, VII-4ª, pg. 31). La Dirección General cita especialmente dos Resoluciones en materia de simulación: una de 12-9-1937 (que no he podido encontrar) y otra de 22-6-2006 (*Anuario DGRN*, 2006, I, pg. 833), un reconocimiento de ganancialidad de inmueble anteriormente calificado como privativo, seguido de adjudicación al otro cónyuge en concepto de liquidación de gananciales. La Dirección General reconoció que había motivos para sospechar que la escritura encubría un desplazamiento patrimonial del patrimonio privativo de un cónyuge al del otro, pero consideró tal declaración reservada al ámbito judicial. A mi entender, la analogía entre ambos casos no es total. En aquél la transmisión encubierta no perjudicaba (todavía) a nadie, mientras que en éste la simulación priva al arrendatario (ya) del derecho a retraer.

Por otro lado, sí que hay supuestos en los que el Registrador goza de amplias facultades para valorar una posible simulación: al menos cuando el título que sirve para inmatricular la finca parece haber sido elaborado *ad hoc* (RRDGRN 15-6-2007 [RJ 2007, 3241], 29-7-2005 [RJ 2005, 6878] y 11-3-2006 [RJ 2006, 1850]). Pero parece la excepción que confirma la regla. Aun así, la última de las Resoluciones citadas fue revocada por la SAP Pontevedra 14-3-2007 (JUR 2007, 192440) por entender que «la función calificadora incurrió en un exceso no amparable por los Tribunales» y que sólo debe proceder la denegación en caso de que el contenido de los títulos presentados «no evidencian una transmisión del dominio».

Por tanto, parece que, aunque en este caso pueda sospecharse la existencia de simulación, el Registrador no puede denegar la inscripción con ese fundamento.

10.—Si se niega el retracto por dación en pago y se permite la inscripción de la dación sin comunicarlo al arrendatario aunque presente indicios de simulación, se está dificultando más el ejercicio del retracto arrendaticio de compraventa.

Tampoco es que el arrendatario-retrayente esté hoy por hoy en una posición demasiado fuerte. Es frecuente que vendedor y comprador vendan el inmueble como «libre de arrendatarios» aunque ambos sepan perfectamente que está alquilado para poder inscribir sin notificarlo al arrendatario (art. 25.5 LAU). Y no parece que les asuste mucho la severa admonición del art. 25.5 II LAU sobre el delito de falsedad en documento público. De hecho, aunque su conducta sea reprobable, no encaja en el tipo del art. 392 CP; por si acaso, a veces los contratantes «corrigen el error» mediante anexo a la compraventa. Aunque estos trucos pueden dificultar el ejercicio del retracto, no bastan para acabar con él. Y en cierto modo ofrecen un arma nueva al retrayente, pues retrasan el momento en que empieza a contar el plazo para retraer: según se desprende de la jurisprudencia, mientras no se comunique la transmisión al arrendatario el plazo del retracto no comenzará a contar (siempre y cuando el arrendatario no haya actuado de mala fe).

Sin embargo, a partir de ahora, y gracias a la Resolución que nos ocupa, defraudar el derecho a retraer del arrendatario puede ser más fácil, porque basta con calificar la compraventa como una dación en pago para evitar el retracto. La transmisión podrá inscribirse sin necesidad de notificación al arrendatario, y cuando éste se entere no podrá retraer porque la dación en pago queda fuera del supuesto del art. 25 LAU. Y todo ello sin que vendedor y comprador tengan que hacer nada especial ni asumir ningún coste o riesgo mayor que el que habrían asumido llamando a su contrato «compraventa». Con otras palabras, la Dirección General está proporcionando un modo perfecto para defraudar el derecho de retracto arrendaticio. Por eso, si se consolida esta jurisprudencia, pronostico un inesperado y espectacular crecimiento de las daciones en pago de inmuebles arrendados. Francamente, si lo que se quiere es acabar con el retracto arrendaticio, me parece más digno derogar directamente el art. 25 LAU.

¿Se trata de un cambio muy radical para el arrendatario-retrayente? Hoy las compraventas (muchas de ellas) se inscriben eludiendo la notificación al arrendatario, y éste tiene que informarse y demandar el retracto. A partir de ahora el arrendatario seguirá teniendo que informarse y teniendo que demandar, sólo que junto con la demanda de retracto también tendrá que interponer (y probar convenientemente) la nulidad por simulación relativa de la dación en pago inscrita. El juicio declarativo de retracto puede acumularse al que insta la declaración de nulidad de la dación en pago simulada (cfr. SSTS 16-5-1960 [RJ 1960, 2042] y 20-6-

1980 [R] 1980, 3079]). Aunque el retracto por sí solo debe ejercitarse únicamente contra el comprador-retraído, la acción de nulidad exigirá que demande también al vendedor.

11.—Pero quizá haya otro modo de cohonestar de modo satisfactorio la protección frente a la simulación en fraude de terceros y las limitaciones del procedimiento registral: someter a la dación en pago a una especial exigencia de documentación.

No se trata de una mera sugerencia, sino de doctrina de la Dirección General en las Resoluciones casi gemelas de 9-7-2007 [R] 2007, 5287], 10-7-2007 [R] 2007, 6162], 11-7-2007 [R] 2007, 3904] y 12-7-2007 [R] 2007, 3905], respectivamente]. Todas ellas traen causa del mismo negocio jurídico: la dación de diversos inmuebles por parte de la Unión General de los Trabajadores (UGT) en favor del Estado en pago de deudas contraídas con la Seguridad Social. Las fincas cedidas, enumeradas en un anexo a la escritura pública de dación, procedían de una reintegración de bienes del patrimonio sindical aprobada en fecha muy cercana en el tiempo por el Consejo de Ministros. La Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, acreedor-cesionario de las fincas, instó que constara registralmente el cambio en la titularidad de las fincas cedidas, y varios Registradores lo denegaron por diversos motivos. En las cuatro Resoluciones citadas la Dirección General afirmó la necesidad de identificar debidamente la deuda que ocasiona la dación y dejar constancia de su importe porque es la causa de la transmisión, sin que pueda jugar en este ámbito la presunción del art. 1277 CC. Las Resoluciones de 9 y 11-7-2007 confirmaron la denegación de la inscripción por ese motivo: aunque la existencia, individuación y cuantía de la deuda estaban perfectamente documentadas y no había motivos para sospechar ninguna simulación, faltaba indicar la parte de deuda extinguida con cada una de las fincas: «la deuda que mediante la adjudicación se extingue ha de quedar perfectamente identificada en su cuantía en este caso, toda vez que ni en el título presentado ni en la copia del citado acuerdo del Consejo de Ministros figura dicho valor».

¿Por qué ese mayor control formal de las daciones en pago? Creo que en el fondo está la sospecha de que si la existencia y cuantía de la deuda no están bien probadas es muy fácil que sean instrumento del abuso o la simulación. Es verdad que la simulación y los negocios indirectos «son posibles en casi todos los actos jurídicos» (RDGRN 12-9-1937), pero hay algunos que por su propia estructura se prestan más a ello, y la dación en pago (como la venta con precio confesado recibido) están en ese grupo. Por otro lado, la justificación documental de la deuda es un requisito formal que el Registrador puede controlar correctamente sin necesidad de entrar en especulaciones sobre la intención de los otorgantes. En cuanto a qué documento debería exigirse para considerarla correctamente identificada y justificada, sugiero que no debe bastar un mero reconocimiento de deuda abstracto firmado por el cedente, sino que debería exigirse un justificante del negocio subyacente. No es que esto

vaya a evitar todas las simulaciones, pero por lo menos las puede dificultar un poco, y por ello me parece una doctrina plenamente acertada y justificada.

Apliquemos todo esto a la Resolución que nos ocupa. Con los datos que proporcionan los Antecedentes de hecho, lo único que sabemos de la deuda extinguida por la dación es su cuantía. No se dice cuál es su origen, ni se menciona la presentación o la existencia de ningún otro documento al respecto. Las Resoluciones de julio de 2007 desestimaron la inscripción por mucho menos. Parece que también en este caso debería haberse denegado, y al decir lo contrario la Dirección General se separó de su propia doctrina sin dar ninguna explicación. Otro motivo para discrepar de la Resolución comentada.

Javier Fajardo Fernández