

# REVISTA CRITICA DE DERECHO. INMOBILIARIO

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

Año XXIV

Octubre 1948

Núm. 245

## Precio aplazado

### Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento

Si espigar en campo recién segado fué siempre tarea ingrata y no muy productiva, intentar hacerlo cuando ya pasaron y volvieron a pasar sobre él los ojos buídos de un Roca y de un Sanz, anteriormente de Traviesas y recientemente los de Porcioles (1), resulta temeraria empresa, con riesgo de infructífera, cuando no de equivocada. Si a esto añadimos lo escaso de nuestra biblioteca, pobrísima en autores extranjeros, con cuya cita al menos se suele tomar fama de estudioso, se comprenderá el temor con que se aborda el tema y la necesidad de una benevolencia extraordinaria para el que, sin elementos sobrados de estudio y sin dotes de jurista, osa aventurarse por los caminos y vericuetos de una materia asaz trillada, con afanes de acierto, espíritu de crítica y anhelos de claridad.

#### PRIMER GRADO DE GARANTÍA.

##### *Facultad resolutoria implícita.*

De uso frecuente en la compraventa es la modalidad de que el comprador adquiera el dominio de la cosa y aplace el pago del precio, ya en su totalidad, ya parcialmente, para pagarlo en una o varias soluciones, con grantía o sin ella, y cosa al parecer tan sencilla dió lu-

(1) No hemos podido leer su conferencia, por no estar editada, y sentiríamos coincidir con él sin poderlo citar.

gar siempre a complejas situaciones en el orden civil e hipotecario, que tratamos de estudiar.

La consecuencia más natural y lógica, más conforme y esencial de la compraventa, es la transmisión del dominio de la cosa vendida al comprador y el pago de su precio al vendedor. Nuestro Código civil provee a ambos contratantes de las acciones pertinentes para el exacto cumplimiento de lo pactado.

En Derecho romano, el dominio de la cosa vendida con precio aplazado no se transmitía hasta que el precio era pagado en su totalidad, se garantizaba su pago (*eo nómīne fideiussor*) o se entregaba la cosa confiando en la fe del comprador sin caución alguna (*pactum fiduciae?*), es decir, mediante una *solutio*, una *satisfactio* o un *in fidem sequi* (1). Perfecto el contrato de venta, surgía una doble acción tendente a la ejecución de lo convenido: la *actio empti venditi*, por la que el comprador podía exigir la cosa y el vendedor su precio.

En nuestro Derecho, cabe la entrega de la cosa y transferencia del dominio, y entonces el vendedor ha cumplido sus obligaciones, y puede ocurrir, y frecuentemente ocurre, que el comprador quede simplemente obligado por la totalidad o por una parte del precio estipulado, sin otra garantía que la confianza depositada por aquél. Así el contrato, parece lógico que, respetando la voluntad concordada, sólo se concediera al vendedor una acción personal para exigir el precio, llegado el caso de su incumplimiento, a la manera del préstamo, donde sólo existe esta acción para, vencido el plazo, reclamar la devolución de lo prestado.

Mas no lo entendió así nuestro Código civil, y, saltando más allá de la voluntad concordada e invadiendo el campo de las garantías, quiso robustecer la posición del que, cumpliendo sus obligaciones, en este caso el vendedor, se encontraba en una situación de inferioridad frente al comprador que no pagaba. El art. 1.124 de nuestro Código

(1) *Corpus juris civilis*, t. I., cum nothis Dyonisii Gothofredi. Coloniae Munationae, 1781.

Dig., lib. XVIII. tit. I, Pomp. ad Quint. Mucium.

*Quod vendidī, no anliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem abuerimus emptori sine ulla satisfactione.*

Dig. 53 Cajus 28 ad Edictum

*Ut res emptori fiat nihil interest utrum solutum sit pretium, an eo nomine fideiussor datus sit. Quod autem de fideiussore diximus plenius acceptum est qualibet ratione si venditore de pretio satisfactum est, veluti expromisore, aut pignore dato, proinde sit ac si pretium solutum esset.*

civil concedió una facultad de resolver el contrato, facultad genérica a toda obligación recíproca.

Aplicando este artículo a la compraventa a plazos, con entrega de la cosa e impago del comprador, la Ley concede al vendedor, además de la acción propia para exigir el precio, una facultad de resolver el contrato, si bien esta facultad la condiciona fuertemente, ya que en principio lo interesante es que el contrato se cumpla.

Para explicar esta injerencia de la Ley en el campo de las *garaatías*, la doctrina científica ideó diversas teorías e hipótesis con que fundamentarla. Todas ellas están magníficamente expuestas por Roca Sastre (1), con menos acierto, quizá, por Traviesas (2), y no las hemos de repetir aquí; al objeto de nuestro trabajo sólo nos interesan las dos más generalizadas entre los juristas de ayer y por los de hoy acertadamente rebatidos.

Es la primera la llamada de la *Condición resolutoria tácita*. Tiene su origen en los artículos 1.184 del Código civil francés y 1.165 del Código civil italiano antiguo, en los cuales se dice: "Que la condición resolutoria se sobrentiende en las obligaciones recíprocas". Aunque no faltó civilista extranjero que negó el carácter de condición a esta facultad resolutoria, la mayoría aceptaron este criterio; de ellos pasó a nuestra patria, y el mismo Tribunal Supremo pareció aceptarlo en su sentencia de 19-1-904. La moderna doctrina rechaza hoy de consuno esta teoría, y los argumentos de Roca son harto convincentes. Sólo hemos de añadir que el nuevo Código civil italiano, en su artículo 1.453, se apartó ya de su análogo anterior para establecer que: "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, el otro puede a su voluntad exigir el cumplimiento o la resolución del contrato (*chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto*). Nuestros jurisconsultos, autores del Código civil, estuvieron acertados al no copiar a los Códigos civiles francés e italiano, y es justo reconocer su acierto, hoy confirmado por la doctrina moderna.

El examen de la resolución de 8 de enero de 1921, citada por Roca como un argumento más, contrario a la teoría expuesta, merecerá después nuestro comentario.

(1) Roca Sastre: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, págs. 226 y siguientes.

(2) Traviesas: *Revista de Derecho Privado*, 1929, pág. 273.

La segunda teoría, llamada del *pacto comisorio tácito*, tiene, a nuestro juicio aún menor consistencia, por su origen, por sus efectos, como dice Roca, y porque prohibido expresamente en nuestro Código civil para la prenda e hipoteca como contrario a la moral, no es presumible que de un modo subrepticio lo aceptase para la compraventa; más adelante insistiremos sobre este pacto.

El ejercicio de la facultad concedida por el artículo 1.124 en la compraventa a plazos, cuando no haya acuerdo de los interesados, se basa en los siguientes presupuestos:

1.º Que se pida judicialmente; es decir, que opera *ex officio judicis* y no *ipso jure*, como si fuera condición; en cierto modo, también *ope legis*.

2.º Que el incumplimiento sea imputable al comprador. Así lo reconocen diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la de 13 de marzo de 1930.

3.º Que no se haya ejercitado la acción de cumplimiento. Sentencia de 28 de noviembre de 1899. El Código italiano hace compatible el ejercicio de ambas acciones.

La resolución acordada lleva inherente la devolución de la cosa y sus frutos, así como del precio y sus intereses y el abono de daños y perjuicios. Artículo 1.295 del Código civil.

Aun cumplidos todos los requisitos sin que hayan prevalecido las excepciones legítimas opuestas por el comprador, el Juez, atendiendo a las circunstancias del caso, puede concederle un nuevo plazo para que, dentro de él, pague la parte de precio que adeudase.

Sanz (1) sostiene que esta acción es personal y produce sus efectos interpartes, sin que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 38, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria anterior, pudiera perjudicar a tercero que tuviese inscrito su derecho, aunque por el Registro conociera el aplazamiento del precio, puesto que nunca podía ser de peor condición el tercero hipotecario que el Civil, y Roca, por el contrario, afirma con argumentos muy dignos de tenerse en cuenta que antes de la reforma de la Ley el tercero hipotecario podía ser afectado por la resolución. Después de reformado el artículo 11 de la Ley, la cuestión ofrece escaso interés, y sólo para casos anteriores podría tenerlo una u otra interpretación. Entre ambos insignes juristas no nos sentimos con fuerza para intervenir, dirimiendo la disputa.

(1) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, págs. 74 y sigs.

## SEGUNDO GRADO DE GARANTÍA.

*Pacto resolutorio expreso.*

En el campo de las garantías, nuestro Código civil avanza un paso más y en su artículo 1.504, con referencia exclusiva a la venta de bienes inmuebles, prevé que se haya estipulado la resolución de pleno derecho por impago del precio aplazado en el tiempo convenido, y establece que en este caso el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial, y añade: "hecho el requerimiento, *el Juez no podrá concederle nuevo término*".

La jurisprudencia (sentencias de 3 de julio de 1917 y 13 de marzo de 1935) afirma que el requerimiento de este artículo no es un requerimiento de pago, sino simplemente la notificación de que el vendedor opta por la resolución. También se dice en alguna otra sentencia que si se le requirió de pago no procede la resolución. La de 30 de octubre de 1922 estima que no es necesario que el requerimiento se haga personalmente; basta el requerimiento notarial por cédula, conforme a E. C. 270.

En la interpretación de este artículo radica, a nuestro juicio, la clave del problema que planteamos y el acierto o desacierto de la reforma del artículo 11 de la nueva Ley Hipotecaria, en cuanto a la garantía que innova con el nombre de condición resolutoria explícita.

Para Traviesas, la doctrina del artículo 1.504 es la de una condición resolutoria expresa, que obra *ope legis*, mas no *ipso jure*, como en el caso del artículo 1.505 (1).

Pérez y Alguer la califican también de condición resolutoria (2).

Sanz, refiriéndose a este artículo, dice: "A los efectos hipotecarios solamente interesa esta última situación de condición resolutoria expresa" (3).

Roca (4) conjuga este artículo con el 97 del Reglamento anterior, hoy el 59 del Reglamento vigente, que permite la reinscripción a favor del vendedor, sólo cuando se hubiese estipulado expresamente el pacto

(1) Traviesas: *ibid.*, pág. 330.

(2) Ennecerus, t. II, 2.º, pág. 105.

(3) *Ibid.*, pág. 82.

(4) *Ibid.*, págs. 226, 241 y sigs.

de Ley comisoría, conforme al artículo 1.504 del Código civil, y más adelante dice: "Que se trata de una acción fulminante y de actuación automática como derivada del juego de la condición resolutoria cumplida." "Que para la efectucción registral del pacto comisorio o resolutorio es de aplicar el artículo 97 del Reglamento con el requerimiento impuesto por el artículo 1.504." "Por tanto, añade, el cumplimiento de la condición resolutoria se hace constar en el Registro de una manera automática, es decir, sin consentimiento de los interesados ni resolución judicial."

Para Roca, pues, el citado artículo comprende un pacto comisorio o de Ley comisoría, y además, para ser consecuente y poder aplicar la doctrina del artículo 97, hoy 59 del Reglamento, el juego de una condición resolutoria expresa.

Estos inteligentes civilistas han influido, sin duda alguna, en la reforma del artículo 11, y así con ellos, muestra su conformidad La Rica en breve comentario (1).

De la condición resolutoria implícita del artículo 1.124 se ha pasado a la condición resolutoria expresa del 1.504 y a la condición resolutoria explícita del artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Avalada esta doctrina por los juristas citados, bien sabe Dios con cuánto temor, y a la vez con cuánto respeto, hemos de consignar la opinión contraria, ya que en el mencionado artículo del Código civil no vemos de ningún modo ni una condición, ni un pacto comisorio; el automatismo de la reinscripción lo consideramos improcedente, innecesario y de muy arriesgada su aplicación.

Ha tenido que desorbitarse en su interpretación el artículo 1.504 del Código civil para hablarnos de condición resolutoria expresa, y los mismos argumentos empleados por Roca para rechazar la teoría de la condición resolutoria tácita, tienen perfecta aplicación en este caso para rechazar toda idea de condición resolutoria expresa. Veamos:

En este artículo, como en el 1.124, no se lee por ningún sitio la palabra *condición*; no funciona el plazo de una manera fatal, por cuanto permite que el comprador pague, y pague válidamente aun después de vencido el plazo; opera esta resolución *ope voluntatis* y *ex officio judicis*; si operase *ipso jure* como una condición estarían demás las palabras finales, en las que se dice que hecho el requerimiento,

(1) Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria, pág. 68.

el Juez no podrá conceder un nuevo término, de donde se deduce que hay que acudir al Juez, pues de lo contrario no tendrían sentido.

El argumento más sólido, a nuestro juicio, lo suministra el siguiente considerando de la Resolución de 8 de enero de 1921, que dice: "Las estipulaciones contractuales relativas a prestaciones esenciales, como es la *del precio en la compra-venta*, no producen los efectos de las condiciones propiamente dichas, y si bien se suelen denominar así, deben ser relegadas al campo de las *condiciones impuras* y producir en cada caso las *consecuencias específicas determinadas por los preceptos legales aplicables al tipo contractual*." Este notabilísimo considerando, citado por Roca al rechazar la teoría de la condición resolutoria implícita, encierra la verdadera doctrina y es de idéntica aplicación al artículo 1.504, para rechazar igualmente todo supuesto de condición.

En Derecho alemán, la facultad de resolver un contrato puede fundarse en la Ley o en un convenio. En virtud de cualquiera de estas dos clases de resolución se extingue la relación obligatoria como si nunca se hubiera concluido; por consiguiente, el total efecto del contrato se suprime con efecto retroactivo. Las partes vienen obligadas a restituirse las prestaciones contractuales ya recibidas, sólo a tenor de los principios sobre el enriquecimiento injusto. Los artículos 346 y siguientes del Código alemán regulan estos deberes recíprocos de restitución que han de cumplirse simultáneamente (1). Así, pues, en Derecho alemán se admite el pacto resolutorio, mas nunca como condición.

En el moderno Código civil italiano, el artículo 1.456 con referencia a los contratos en general, se expresa así: "Los contrayentes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida según la modalidad establecida. En este caso, la resolución se verifica de derecho cuando la parte interesada declara a la otra que *intenta valerse de la cláusula resolutoria*", y el artículo 1.493, con referencia a la compraventa, establece: "En caso de resolución del contrato el vendedor debe restituir el precio y reembolsar al comprador las expensas y pagos legítimamente hechos" (*le spese ei pagamenti legittimamente fatti per la vendita*). El comprador—añade—debe restituir la cosa si ésta no ha perecido *in conseguenza dei vizi*. El artículo siguiente determina la obligación de indemnizar.

(1) Ennecerus, t. II, 1.º, págs. 192 y sigs.

Nótese la identidad sustancial del artículo 1.456 con el 1.504 de nuestro Código. Así, pues, en Derecho italiano se admite el pacto resolutorio expreso, pero el incumplimiento no actúa como condición, ni se aplica pacto comisorio alguno.

A a la vista de todo ello hay que concluir que en nuestro Derecho tampoco el precio juega como condición resolutoria, tácita ni expresa, implícita ni explícita. Quizás Traviesas, en su documentado estudio ya citado, con las opiniones que inserta de juristas franceses e italianos, no será el menos culpable de haber introducido en nuestro Derecho confusión tan lamentable.

#### COMISO, PACTO COMISORIO, PACTO DE LEY COMISORIA.

Hay que detenerse un poco en el significado de estas palabras para precisar conceptos y deducir consecuencias.

Todas ellas tienen por denominador común el ser derivadas del verbo *committere*, cuyo significado, según Maynz, es el de incurrir en una pena, en una pérdida en virtud de un acto indebidamente hecho o dejado de hacer (1).

En Derecho romano, el comiso (*commissum*) tenía principalmente un sentido fiscal y su regulación más que al Derecho civil pertenece al Derecho público, como una emanación estatal del *Imperium*. El Fisco y los Publicanos adquirirían de pleno derecho los objetos que se intentaban pasar u ocultar sin el pago de los impuestos correspondientes. En Roma el fraude era un delito (*crimen est vectigal fraudare*) y su sanción (*poena*) era el *commissum*.

Ocupase de ello el Digesto en su libro XXXIX, 1, 7, 8 y 14, y el Codex, además, en el I, IV, Tit. 61, y más que reproducir los propios textos, consignaremos una de las notas de Dionisio Godofredo, que resume su sentido: "*Qui suis mercibus aliquid celare voluerit, ne vectigal pendat, et deprehensus fuerit, merces amittit.*" El que quisiera ocultar alguna parte de sus mercancías para no pagar el impuesto y fuere aprehendido pierde tales mercaderías. El rigor del Digesto parece un poco atenuado en el Codex, en el que se establece que el fraude, por error, da lugar al pago del doble del impuesto y pagado pueden rescatar las cosas. Este error, aclara otra nota, no era la ignorancia que

(1) Nota I Maynz, t. II, pág. 403.



no excusa, sino la creencia de que había sido satisfecho. "*Per errorem in causam sommissi incidit qui publicanum putabat jam satisfactum.*"

Con la doble palabra de *comiso* y *decomiso* ha pasado esta sanción a nuestro idioma y a nuestro Derecho fiscal, con idéntico significado de pena e incautación.

En otro sentido ha recogido nuestro Código civil la palabra *comiso*, y así, en su artículo 1.648 con referencia a la enfiteusis, dice que la finca caerá en *comiso* y el dueño directo podrá reclamar la finca: Primero, por falta de pago de la pensión durante tres años; segundo, si el enfiteuta no cumple la condición o deteriora gravemente la finca. En el caso primero, para que el dueño directo, añade el 1.469, *pueda pedir el comiso*, deberá requerir de pago al enfiteuta ya judicialmente o por medio de Notario, y si no paga dentro de los treinta días siguientes, quedará expedito el derecho de aquél. En todo caso—artículo 1.650—podrá el enfiteuta librarse del *comiso* redimiendo el censo y pagando dentro de los treinta días siguientes al requerimiento o al *emplazamiento de la demanda*.

Aquí el *comiso* implica la resolución del contrato enfiteútico y una pérdida de las pensiones satisfechas por el enfiteuta, pérdida mínima si se tiene en cuenta que éste sólo tenía el dominio útil, y que el impago de tres años consecutivos compensaría la diferencia entre la pensión pactada y la renta legítima. Tampoco aquí opera el *comiso ipso jure*, sino *ex officio judicis* y *ope legis*, y ello con tales limitaciones que más parece tratarse de un desistimiento del contrato que de una pena por incumplimiento. Sólo en estas condiciones ha podido admitir nuestro derecho esta figura de *comiso* que el Cristianismo rechazó por inmoral y que hoy rechaza la doctrina.

Otro artículo del Código civil, el 1.859, dice: "El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca." En esta prohibición ven diversos autores la repulsa del *comiso*, que en este caso consistiría en una apropiación de la cosa dada en prenda o hipoteca y en una pérdida para el deudor, consistente en la diferencia entre el valor económico de la misma y el débito garantido. Este *comiso*, que otros autores llaman pacto comisorio, obraría *ope voluntatis* y, al menos, en la hipoteca *ex officio judicis*. La Resolución de 25 de agosto de 1933 lo califica de pacto comisorio, rechazado por el Derecho romano y prohibido por Constantino.

En Derecho romano fué considerado este pacto como un pacto

de Ley comisoria, y el Código lo prohíbe con muy expresivas palabras en el libro VIII, Tít. XXXV, ley 3.<sup>a</sup>. "Supuesto que entre los fraudes y engaños se destaca principalmente por su dureza la Ley comisoria en materia de prenda, la derogamos y queda abolido para siempre su recuerdo" (1).

Más comúnmente se consideran como sinónimos el pacto comisorio y el pacto de Ley comisoria: (Roca, Alguer, Traviesas y otros.)

A este pacto de Ley comisoria le dedica el Digesto todo el Tít. III del libro XVIII, de cuyos textos sólo vamos a glosar la 1.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> Ley.

Por la primera se dice que la venta con pacto de Ley comisoria no se considera celebrada bajo condición, aunque bajo condición se resolviera (2). He aquí una verdadera sutileza del Derecho romano. Si la venta se hizo sin condición, no parece que pueda resolverse bajo condición, sino a lo sumo a manera de condición. Admite, pues, que el pacto resolutorio no implica condición. Tal vez, como dice Pelayo Hore (3), porque en Derecho romano no se admitían las condiciones resolutorias.

La Ley 8.<sup>a</sup>, Scaevola 1, séptimo *digestorum*, expresa el caso de una mujer que vendió unos fundos, pactando con el comprador que éste perdería cierta cantidad entregada a título de arras si no pagaba el resto del precio dentro de cierto plazo, considerándose la venta como no realizada (*inemptae villae essent*). El comprador, en el día señalado, no encontró a la vendedora para pagarle el precio, y para evitar que aquélla hiciera uso del pacto, depositó el precio en un saco, con los sellos de los selladores. Al día siguiente el Fisco citó al comprador para que no pagase a la mujer antes que a aquél. Entonces se pregunta al jurisconsulto si el fundo podía ser reivindicado (*vindicari*), por la vendedora. A lo que respondió que el comprador no había incurrido en el pacto comisorio.

Este texto ha suscitado una gran polémica entre los romanistas, girando toda ella, como dice Fuenmayor (4), alrededor de la palabra

(1) *Quoniam inter alias captiones precipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hae sanctione respiret, quae cum preteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet.*

(2) *Si fundum commissoriae lege venierit, magis est ut sub conditione resolvitur emptio, quam sub conditione contrahi videatur.*

(3) Pelayo Hore: «Sobre la condición resolutoria», en *Revista de Derecho Privado*, pág. 527, año 1948.

(4) Fuenmayor: *La revocación de la propiedad*, págs. 23 y 35.

*vindicari* para determinar si la revocación tenía el carácter de real o personal. Varios, entre ellos Maynz, niegan que este verbo se emplease aquí en sentido técnico de *rei vindicatio*, y otros, por el contrario, afirman que la revocación era real.

Fuenmayor concluye que en la época clásica no era dable tan siquiera proponer este problema, ya que la propiedad no pasaba al comprador y aún en la época justiniana sólo cabía plantearlo viendo en toda compraventa un *in fidem sequi*. Lo más probable es que no originase una *actio in rem*, como afirma Roca.

Pero el texto que comentamos tiene otros puntos de vista, que vamos a examinar. En esta venta se había entregado una cantidad cierta a título de arras y el resto debía abonarse en una sola solución; pero igualmente hubiera perdido tal cantidad si la hubiere entregado a cuenta del precio. "Commisoria electa a venditore, emptor, quod arrhae aut pretti nomine dedit, amittit." Elegida por el vendedor la acción comisorio, pierde el comprador lo que dió a título de arras o de precio (1).

Si por el pacto comisorio al resolverse la venta se perdiera solamente la cantidad entregada en concepto de arras o de cláusula penal, tal pacto sería lícito en nuestro Derecho. El Código civil regula aquéllas como una facultad de retractación en el artículo 1.454, siempre que se *allane* el comprador a perderlas o a devolverlas duplicadas el vendedor, y en cuanto a la cláusula penal la admiten los artículos 1.152 al 1.155, en sustitución de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. En uno y otro caso se trata de cantidad cierta y previamente determinada, mientras que los diversos plazos abonados por el comprador no tienen este carácter. En todo caso, el Juez puede moderar la pena si la juzga excesiva.

Otra consecuencia del texto que comentamos es que hay que tener en cuenta la imputabilidad del incumplimiento, pues no siendo culpable el comprador, como en el caso resuelto, no se cae en el pacto comisorio.

El Codex, en el libro II, Tít. III, 14, dispone, además, que cuando se haya establecido una cláusula penal se ejercite la acción *ex stipulatu*, pero no se pueden pedir los bienes, ni mucho menos hacerlos suyos por su propia autoridad sin las solemnidades del juicio (nota 40) (2).

(1) Nota a la L. 8.<sup>a</sup>

(2) *Ut merito possis hinc colligere, neque pacto, neque stipulatione fieri*

Todo ello indica que, aun admitido tal pacto, no puede ni debe recuperar el vendedor la finca de una manera automática, sino en todo caso con el ejercicio de las acciones resolutorias en el juicio, en el que el comprador podría alegar las excepciones correspondientes, tales como la *exceptio non adimpleti contractus*. Si la teoría del automatismo prosperase, ¿*Quid* en caso de moratoria estatal por circunstancias extraordinarias, o simplemente en el caso del artículo 1.502 del Código civil que consiente la suspensión del pago del precio por perturbación posesoria y hasta por fundado temor de acción reivindicatoria o hipotecaria? Si fuere de aplicación el artículo 59 del Reglamento podría darse el caso de resolución de una compra en aquellos casos en que según el Código no sólo no hay incumplimiento culpable, sino que el mismo Código concede el derecho de retener y no pagar al comprador. Y no se diga que en el acta de requerimiento ya constarían estas causas, pues puede hacerse sin la presencia del comprador, y hasta por cédula.

#### DOS MODALIDADES AFINES DE LA COMPRAVENTA

Existen dos modalidades de este contrato que pueden tener relación la una con la condición resolutoria, y la otra con el pacto comisorio y que brevemente vamos a examinar.

La primera es la venta con pacto de retro o retracto convencional, en la que la mayoría de los autores ven el juego de una condición resolutoria o, por lo menos, pretenden construir esta figura por la teoría de la condición. La Dirección General la acepta en sus Resoluciones de 5 de noviembre de 1919 y 26 de mayo de 1925. Fuenmayor (1) nos dice que se trata de una condición resolutoria de índole particular, de una condición potestativa. El retrayente recibe la propiedad que él transmitió, en virtud de una nueva declaración de voluntad. Roca (2) dice que el retracto nace de un pacto de reserva, y no se decide por la teoría de la condición resolutoria, porque ésta, en virtud de su automatismo, actuaría sin necesidad de otro negocio jurídico de retransmisión.

Lo cierto es que si se aceptase esta teoría, actuaría como condición

*posse, ut creditor propria auctoritate, bona debitoris in se transferat, citra solemnem juris observationem, idque ea de causa constitutum, ne via foeneratoribus pateat.*

(1) Fuenmayor: *ibid.*, pág. 111.

(2) Roca: *ibid.*, pág. 557.

resolutoria el pago del precio recibido, y este hecho positivo, de más fácil probación que el impago, hecho negativo, determinaría la reinscripción sin el consentimiento del titular, ni intervención judicial. Sin embargo, esto no sucede así, ni creemos deba suceder así, por las razones que llevamos apuntadas, ya que el precio no debe jugar como condición, o a lo sumo, sería una condición potestativa (así la llama también la Resolución de 27 de mayo de 1926), o una condición impura, cuyo juego es contrario a toda idea de automatismo hipotecario. A nuestro modesto entender, sólo hay un pacto resolutorio expreso que, consignado en el Registro, actúa contra terceros, como después se dirá.

Otra modalidad de la compraventa es el *pactum reservati dominii*, que ha tenido un especial desenvolvimiento en estos últimos tiempos, unido a un pacto comisorio más o menos disfrazado, para garantía de las ventas a plazos, singularmente de máquinas, autos, y, en general, de muebles de importancia. El Tribunal Supremo ha admitido la licitud del pacto de reserva de dominio, incluso para la venta de inmuebles, aunque no conocemos sentencias en que haya igualmente aceptado la licitud del pacto comisorio. Lorenzo de Benito se ocupa de esta cuestión, y dice que el pacto de reserva es contrario a la naturaleza misma de la compraventa (1). Sin llegar nosotros a ese extremo, hemos de consignar nuestro acuerdo absoluto con su clara repulsa y condenación del pacto comisorio, usual en tales ventas, por virtud del cual y *quia nominor leo* el vendedor se queda con la cosa y con los plazos satisfechos. Tal pacto es inmoral, y el Derecho no debe protegerlo, porque ello va contra el principio clásico del enriquecimiento torticero. La autonomía de la voluntad tiene sus límites en la moral y es principio de equidad proteger al económicamente débil frente a los abusos del poderoso.

En Alemania este pacto se reguló con equidad por la Ley de 16 de mayo de 1894, y el moderno Código civil italiano, en la sección 2.<sup>a</sup> de la venta de cosas muebles, apartado tercero, artículos 1.523 a 1.526, establece que, a pesar del pacto en contrario, la falta de pago de un solo plazo que no sea superior a la octava parte del precio, no da lugar a la resolución de la venta. Si ésta tuviese lugar—1.526—por incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir los plazos percibidos, salvo el derecho a una equitativa compensación por el uso

(1) L. de Benito: *Revista de Derecho Privado*, año 1929, págs. 121 y siguientes.

de la cosa y por resarcimiento de daños, y cualquiera que sea el convenio, el Juez tiene facultades moderadoras.

P. y Alguer (1), conformes con esta doctrina, dicen que cualquiera que sea la fórmula adoptada, arrendamiento o depósito, no surtirá más efectos que los propios de la reserva de dominio y deberá aplicarse en su caso el artículo 1.154 (facultad de moderación de los Tribunales), si con ello pretende encubrirse una pena convencional excesiva.

Si esto es lo moral y lo lógico, ¿cómo admitir la licitud del pacto comisorio en los inmuebles y su automatismo consiguiente con riesgo de que el comprador, que pudo haber pagado una gran cantidad, por el hecho de no pagar un último plazo, pierda la finca y el precio? Y no se arguya que pudiera reclamar ante los Tribunales, porque es de suponer que el que no pudo satisfacer un plazo, no se hallará en disposición económica de demandar con la posibilidad de una venta inmediata a tercero e insolvencia de su vendedor.

### TERCERA GARANTÍA.

#### *Hipoteca.*

El tercer grado de garantía es la hipoteca, verdadero derecho real de la finca vendida, garantizando el precio aplazado. En un orden inverso, de mayor a menor, la Resolución de 17 de enero de 1933 estudia las tres clases de garantía que acabamos de exponer:

- 1.º Derecho real de hipoteca.
- 2.º Pacto expreso de resolución.
- 3.º Precio aplazado sin garantía.

En cuanto al segundo, es muy interesante su doctrina y estaríamos de acuerdo con ella si no fuera por un inciso que, tanto Sanz al estudiarla como Roca, recogen. Dice así: "Considerando que en el segundo supuesto, si bien no surge aún la figura jurídica del Derecho real no es dable desconocer que el pacto resolutorio ocasiona una acción que alcanza a todo tercero, por constar claramente en el Registro y a tenor de lo establecido en la causa segunda del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, *pudiendo producirse como consecuencia una nueva inscripción a favor del vendedor o de sus causahabientes, sin más requisitos que el requerimiento judicial o notarial hecho al comprador, según dispone el artículo 97 del Reglamento*, de lo cual se infiere que la ce-

(1) Ennecerus, t. II, 2.º. pág. 108.

sión del derecho a percibir el precio aplazado, con todos sus efectos, constituye un contrato legítimo que modifica para lo futuro el ejercicio de las facultades del dominio inscrito con tanta mayor razón cuanto que es indispensable para los terceros al efecto de salvaguardar sus derechos, conocer quién es el titular de la acción resolutoria que puede afectar a la estabilidad y permanencia del dominio."

El párrafo subrayado, con el que no estamos conformes, nos lleva a la idea de automatismo incompatible con la de acción resolutoria y altera en esencia la eficacia de las garantías.

Si el automatismo jugase, ¿qué vendedor ni qué Notario aconsejaría la constitución de una hipoteca, que supone un mayor trabajo, un mayor gasto económico y una menor eficiencia, pues esta opera siempre a través de los Tribunales, cuando con la llamada condición resolutoria explícita, que como una simple cláusula de estilo, cabe consignar en toda escritura y un requerimiento o citación notarial podría reinscribirse a favor del vendedor con la añadidura de los plazos percibidos en su beneficio?

Suprimase el párrafo subrayado y la teoría es perfecta, ya que el pacto resolutorio expreso ingresa en el Registro, no como un derecho real, sino como una de aquellas titularidades *ob rem* o derechos subjetivamente reales que tienen trascendencia registral, porque, como decía Atar (1), "los terceros no ignoran que puede llegarse a producir, la resolución por impago, lo cual hace que no puedan creer en absoluto, con valor de creencia jurídica perfecta, que poseen con seguridad para sí".

### CONCLUSIONES.

Puede ocurrir, y es lo más frecuente, que las partes acuerden la resolución del contrato por falta del pago del precio convenido, sin dar a ésta el carácter de condición resolutoria explícita, y en este caso preguntamos: ¿Este pacto tendrá sólo efecto *inter partes*? ¿Tendrá trascendencia registral a terceros? ¿Se considerará como una condición resolutoria explícita? ¿Será de aplicación en este caso el artículo 59 del Reglamento hipotecario? Y si simplemente se da a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, ¿será inscribible tal condición? ¿Se considerará a ésta sólo como un pacto resolutorio expreso? ¿Ac-

(1) «Revista de revistas», *Revista de Derecho Privado*, año 1924, página 286.

tuará en este caso el artículo 59 del Reglamento, con su automatismo para reinscribir mediante el simple requerimiento del artículo 1.504 del Código civil?

He aquí algunas de las cuestiones que plantea la reforma del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que en este punto concreto nos atrevemos a calificar de poco meditada.

Después de la publicación de la vigente Ley, se pueden presentar en la venta a plazos las siguientes situaciones:

1.<sup>a</sup> Venta con precio aplazado sin pacto alguno de garantía. En este caso deberá hacerse constar en la inscripción el aplazamiento del precio en los términos que resulten de la escritura; pero tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria en su caso, sólo podrán ejercitarse contra el comprador; esta última, además, contra el tercero civil de mala fe; ni una ni otra procederán contra el tercero hipotecario, aunque por el Registro conozca el aplazamiento.

2.<sup>a</sup> Venta con precio aplazado y pacto de resolución expreso para caso de incumplimiento. Este pacto también deberá hacerse constar en la inscripción y afectará al tercero hipotecario a tenor de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 37 de la Ley Hipotecaria vigente. Vencido el plazo y practicado el requerimiento o notificación del artículo 1.504 del Código civil, quedará expedito el ejercicio de la acción resolutoria ante los Tribunales. Estos, después de oído el comprador, acordarán si procede o no la resolución por incumplimiento, no podrán conceder nuevos plazos y, caso de acordar la resolución, proveerán sobre la devolución de la cosa y frutos, precio e intereses, así como la indemnización que deba abonar el que incumplió sus compromisos. La reinscripción a favor del vendedor se hará mediante nueva declaración de voluntad en escritura otorgada por el titular del dominio o por el Juez en su caso.

3.<sup>a</sup> Venta con precio alzado en la que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. Aquí se presentan dos soluciones: o denegar la inscripción de tal condición por tratarse a lo sumo de una condición impropia, que no puede actuar como las demás condiciones e implica además un pacto comisorio prohibido por la Ley, o considerar a tal cláusula como un simple pacto de resolución convencional. Esto quizás sea lo más acertado, por ser el artículo 1.504 del Código civil el presupuesto y fundamento de esta reforma que, en otro caso, carecería de virtualidad. Cumplido el plazo, procedería el



requerimiento y el ejercicio de la acción ante los Tribunales, como en el caso anterior. Ni en uno ni en otro se podrá hacer la reinscripción automática. El artículo 96 del Reglamento anterior no tiene aplicación posible y el 59, que lo sustituye, tampoco puede tener eficacia real. Es, pues, éste un artículo inoperante, cuya aplicación pondría al comprador fuera de combate y al Registrador en trance de practicar una reinscripción nula y, en todo caso, contraria a la ética más elemental.

4.<sup>a</sup> Venta con precio aplazado e hipoteca en garantía del mismo. En éste caso, vencido el plazo sin que el comprador pague, queda expedito para el vendedor el ejercicio de la acción hipotecaria, por el camino del juicio ejecutivo, del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley o por la vía extrajudicial si se pactó y se cumplieron los requisitos exigidos por dicha Ley. Es de notar que La Rica (1) no es muy partidario de este procedimiento notarial y nos habla en su obra de cómo los artífices del Reglamento, para evitar el espectro del comiso, redoblaron las garantías y completaron los requisitos en los artículos 234 al 236 del mismo.

Puede que nuestra tesis sea indefendible, y ya apuntamos nuestros temores, ¿pero no resulta extrañamente paradójico este afán de taponar huecos y de rellenar grietas a fin de que no se deslice el temido fantasma a través de las hendiduras de un proceso de ejecución hipotecaria, mientras que por otro lado se dan las mayores facilidades para que se adentre con holgura y haga de las suyas, a través de la amplia brecha de una simple condición resolutoria explícita, convertida en anchurosa puerta por el artículo 59 del Reglamento?

Lo sensible es que la fórmula desdichada va ganando terreno rápidamente y aun se extiende a contratos como el de renta vitalicia, tan opuesto por prescripción legal a toda idea de recuperación del capital por falta de pago de las anteriores pensiones. En estos tiempos hay una gran disposición hacia lo fácil y cómodo, aunque no sea precisamente lo moral y lo justo.

Esperamos que la Dirección General, con su autoridad indiscutible cuando se presente ocasión nos sabrá dar las normas de inteligencia y aplicación de esta reforma.

FRANCISCO RUIZ MARTÍNEZ,  
Registrador de la Propiedad.

(1) La Rica Arenal: *Comentarios al nuevo Reglamento*, págs. 247 y siguientes.