

El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria

Por JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

Notario

Con mi agradecimiento a Juan Vallet

EL PACTO DE *LEX COMMISSORIA* DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL

Sobre el pacto de *lex commissoria*, pese a su antigüedad ya clásica, han recaído últimamente una serie de resoluciones de la Dirección General de los Registros, que han movido nuestra atención hacia un entorno que bien podría calificarse de auténtica campaña contra su actuación y cuyas avanzadillas constituyen ciertos estudios que no paran en barreras de ninguna especie, ni en los propios términos del artículo 1.504 —hecho el requerimiento el juez no podrá conceder nuevo término— porque cuando el artículo no es puesto en entredicho, en cuanto (1) «pudieran originarse situaciones y tratamientos no demasiado justos por una hermenéutica demasiado ortodoxa del precepto», resulta pura y simplemente orillado por no haber (2) «en el Código civil ningún precepto que regule los efectos del pacto comisorio y, por tanto, dichos efectos deberán regirse por los preceptos generales del código relativos a las obligaciones», es decir, «el artículo 1.124 en el que se exige la actuación judicial, y en consecuencia, en última instancia, en el pacto comisorio —con aplicación fundamental en el artículo 1.504—, el contrato deberá ser resuelto por el Juez una vez efectuadas las cancelaciones previstas en el artículo 59 del Régimen Hipotecario cuando las partes no han llegado a un acuerdo» por lo

(1) CARLOS-JAVIER RODRÍGUEZ GARCÍA: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Madrid, 1986, p. 65.

(2) AURORA GONZÁLEZ GONZÁLEZ: *La Resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, 1987, pp. 232 y 233.

que en definitiva, «el criterio imperante en la doctrina civil es que el tribunal podrá conceder un nuevo plazo al demandado para que cumpla su obligación antes de decretar la resolución del artículo 1.124». No es de extrañar que Beltrán de Heredia en el prólogo de la obra primeramente citada de Carlos-Javier Rodríguez García llegue a la conclusión de que la notificación notarial no es sólo un medio insuficiente para provocar la resolución, sino un trámite en cierto modo inoperante, dilatorio e innecesario. Efectivamente, si aislamos al antecedente de su consecuente, la exigencia del primero se convierte en superflua, lo que en el fondo no hace sino revelar una evidente distorsión del precepto comentado que lógicamente no hay por qué suponer absurdo ni recargado trámites innecesarios.

Sin embargo, no es nuestro propósito en estas líneas, defender la notificación notarial. La cuestión es bien otra: la oportunidad del pacto mismo excluido del campo de la llamada autotutela privada y el examen de alguna de las soluciones dadas por la Dirección General que, sin excluirle de dicho ámbito, prácticamente le arrojan a una situación de inoperancia, que postula la previsión en las escrituras de otras garantías como la hipoteca que cuenta con la indudable ventaja de un procedimiento judicial sumario.

1. EL CUESTIONADO AUTOMATISMO DEL ARTICULO 1.504

Las precedentes afirmaciones, dirigidas contra la letra del artículo 1.504, tratan de favorecer por intermedio del artículo 1.124, una posibilidad, la de otorgar nuevo plazo tras el requerimiento, que ha sido contundentemente rechazada en múltiples sentencias como en las recaídas en 1 de febrero de 1985 y 12 de marzo de ese mismo año.

Pero hay que reconocer igualmente que no surgen de la nada, preparan su advenimiento determinadas declaraciones jurisprudenciales; así, la Sentencia del 27 de abril de 1988 señala: «que el artículo 1.504 del Código civil se ha entendido tributario del 1.124 en el sentido de que ha de excluirse la resolución automática, aun habiendo sido expresamente estipulada, si la falta de pago no se ha denunciado previamente y se ha requerido al comprador judicial o notarialmente».

Las palabras precedentes revelan, lo que en mi opinión cabría denominar —dicho sea con todos los respetos— el síndrome del artículo 1.124, pues no se comprende bien, de otra manera, la insistencia en recurrir al mismo para explicar que sin requerimiento no hay resolución, cuando es precisamente esto último, lo que se cuida de precisar el artículo 1.504, sin otros aditamentos.

Porque, efectivamente, en toda esta materia planea continuamente el artículo 1.124; y que esto es así se encarga de recordárnoslo la resolución de 29 de diciembre de 1982, al considerar: «que es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo

de que para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del artículo 1.124 del Código civil, o de la resolución prevista en el artículo 1.504 del mismo cuerpo legal, es necesario el exacto cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones, así como la voluntad deliberadamente rebelde a dicho cumplimiento por parte del comprador».

Esta resolución ha sido la base sobre la que se han cimentado las que posteriormente ha dictado el Centro Directivo, y tiene como soporte primario de toda su doctrina, la reflejada en el considerando transcrito, acerca de la necesaria concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

Es imprescindible, en consecuencia, analizar el papel que cumple este requisito subjetivo. Ello exige primeramente resolver el interrogante consiguiente sobre su idoneidad, y para ello, no hay otro remedio que remontarse a la fuente originaria en el inevitable artículo 1.124, cual presupuesto de su pretendida aplicación extensiva al artículo 1.504, la cual no exenta de una obligada justificación, por otra parte, requiere un cuidadoso análisis a un doble nivel, teórico y práctico, con el objeto de averiguar no sólo su oportunidad sino su auténtica significación real.

El incumplimiento del artículo 1.124

A este respecto resulta absolutamente determinante el ponderado estudio de Díez Picazo sobre el retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos, especialmente en lo concerniente al examen de los requisitos necesarios para que el incumplimiento alcance a ser, lo que el insigne profesor denomina incumplimiento resolutorio.

El estudio meritado se inicia con una observación que claramente revela el camino a seguir por el intérprete (3): «Los autores, señaladamente en los manuales y en los tratados de Derecho civil, se limitan normalmente a reinscribir o a resumir esquemáticamente los razonamientos de las Sentencias del Tribunal Supremo, dándolos por buenos y generalizando unos dichos que históricamente aparecieron muy condicionados por el planteamiento de casos concretos.»

Se incurre así en un alejamiento de los hechos que no permite sino una visión superficial de la jurisprudencia, sin reparar en la estrecha conexión mediante, entre cada pronunciamiento y el caso resuelto; lo cual pone de relieve, algo que por evidente a las veces se olvida: la relatividad de las máximas jurisprudenciales, que frecuentemente obliga al Tribunal Supremo para mantener su pretendida generalidad a realizar —como tendremos ocasión de ver— auténtico encaje de bolillos.

(3) DÍEZ PICAZO: *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, «ADC», 1969, t. XXIII, f. II, p. 383.

Es con este espíritu como debe ser enfrentada la exigencia «de que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo o irreformable lo impida».

El referido requisito subjetivo se introduce en las Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941. El transfondo de la primera se encontraba en la aplicación del artículo 1.165 del Código civil, que impedía pagar a la cesionaria de un crédito su precio cuya retención judicial a instancias de un acreedor del cedente le había sido debidamente comunicada, pese a lo cual había abonado parte del mismo. En la segunda, la sociedad mutualista a la que pertenecía el actor había incurrido en *mora accipiendi* al negarse a cobrar las cuotas atrasadas, a raíz de una primera que no pudo abonar, incomunicada la población en que vivía en el tiempo en que precisamente aconteció el siniestro.

Es así, a través de un cuidadoso comentario de estas sentencias, como puede sentar Díez Picazo (4), que «las cosas, sin embargo, probablemente son mucho más sencillas». La máxima jurisprudencial que viene exigiendo reiteradamente que en el incumplimiento resolutorio se patentice al cumplimiento de lo convenido, no puede ni debe ser entendida de una manera literal. Probablemente, colocada en el concreto marco donde nació no enunciaba una exigencia positiva, sino trataba de formular o de englobar casos en que la acción de resolución debería ser desestimada».

Por lo que concierne al hecho obstativo que impide el cumplimiento, como supuesto alternativo con el anterior, señala Díez Picazo (5) que la hipótesis parece que puede ser englobada dentro de lo que la técnica moderna denomina imposibilidad sobrevenida de la prestación. De esta suerte —continúa— constituyen factores de la resolución del contrato una imposibilidad de la prestación causada dolosa o culposamente por el deudor, pero también una imposibilidad sobrevenida de la prestación que sea fortuita.

La imposibilidad sobrevenida fortuita, según esto, no pertenece a la doctrina de los riesgos como la mayor parte de nuestra doctrina tradicional cree, sino al ámbito del artículo 1.124 del Código civil.

En esta misma línea hay que referir la opinión de Albaladejo (6), que recoge jurisprudencia en tal sentido al igual que Pinto (7) en su penetrante artículo sobre la regla *Periculum est emptoris*.

Entre las Sentencias recientes que aplican el 1.124 a supuestos de imposibilidad sobrevenida, se encuentra la Sentencia de 28 de febrero de 1986 (Ponente señor de Castro García), relativa a la resolución

(4) *Op. y loc. cit.*, p. 391.

(5) *Op. y loc. cit.*, p. 393.

(6) Derecho civil II: *La obligación y el contrato en general*, VI, 7.ª ed., pp. 111 y 112.

(7) Revista Jurídica de Cataluña, octubre-diciembre 1975: *La resolución del contrato y la regla «Periculum est emptoris»*, p. 743.

de un contrato por el que la entidad Distribuidora Canaria de Ediciones, S. A., transmitía al actor derechos de distribución y venta exclusiva de 15.000 ejemplares de la obra «Historia General de las Islas Canarias», por un precio de cinco millones de pesetas. La empresa editora no llevó a cabo la edición, cosa que impidió a la distribuidora suministrar los ejemplares del actor, que consecuentemente reclamó la resolución del contrato, a lo que se opuso la citada distribuidora, aduciendo que el incumplimiento había sido del actor y que, en cualquier caso, en lo relativo a la propia omisión, no había habido infracción del artículo 1.124, al carecer por su parte de voluntad deliberadamente rebelde; a lo que el Tribunal Supremo repuso que: «si la gravedad del incumplimiento ha de ser relacionada con criterios de equidad y de buena fe y de otro lado es suficiente para basar el pedimento resolutorio la evidencia de la frustración del fin del contrato (SS de 18 de noviembre, 14 de diciembre de 1983 y 22 de marzo de 1984), eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada sin que pueda ponerse en tela de juicio la resolución decretada, si se tiene en cuenta, que el negocio quedó sin base para el recurrido, al desaparecer toda posibilidad de prestación por la otra parte (entre-ga para su venta de los tomos debidamente publicados)».

Ello está en consonancia con las palabras de Pinto (8): «al perjudicado poco ha de importarle, que si el binomio *do ut des*, se queda sin el «des», esta ausencia sea debida a la voluntad de la otra parte, o a caso fortuito. Lo que le afecta y perjudica a su interés, es la carencia de la contraprestación, no las causas de la carencia.

Llama entonces la atención, que el Tribunal Supremo admita como términos alternativos la voluntad deliberadamente rebelde y el caso fortuito: ¿por qué es incumplimiento resolutorio el obedeciente a caso fortuito al contrario que el meramente negligente y carente de rebeldía?

La doctrina insiste en que no hay incompatibilidad; así para Pinto (9) se atiende a dos tipos de causas generales, o la voluntad o la imposibilidad sobrevenida, que son supuestos distintos.

Pero esta argumentación requiere alguna explicación; reitero, pues, la pregunta: ¿por qué se otorga resolución en los casos de incumplimiento no culpable y se paraliza si el comportamiento culpable no es a la postre rebelde?

Si consideramos el artículo 1.124 como una sanción resolutoria (a la manera de la S. de 5 de junio de 1944), no se entendería nunca porque se favorece determinados incumplimientos culpables. En realidad, lo que esa aparente contradicción revela es que el artículo 1.124, no está concebido como una sanción al incumplidor, sino como protección del perjudicado; tal como sugiere el profesor Diez Picazo (10).

(8) *Op. cit.*, p. 735.

(9) *Op. cit.*, p. 738.

(10) *Op. cit.*, p.

Tenemos así en el entender de Albaladejo (11), dos supuestos diferentes, según que sea o no sea posible la prestación: cuando su realización sea posible habrá que ver si hay o no eso que se llama voluntad deliberadamente rebelde; cuando no sea factible procederá que se decrete la resolución.

El Juez habrá de establecer si la prestación es o no factible todavía y, caso de serlo, si hay, o no, incumplimiento resolutorio, lo que cabalmente requiere, en el concreto ámbito del artículo 1.124, que no haya causa justificada para conceder nuevo plazo y naturalmente un incumplimiento que sea propio y verdadero; extremos que se manifestarán normalmente como la cara y la cruz de una misma moneda, aunque no necesariamente, porque es la resolución, que presupone el incumplimiento, lo que es susceptible de suspensión, según el 1.124-3; de ahí que la línea de investigación abierta al Juez por este precepto sea mucho más amplia que la deparada por el artículo 1.504, ya que ha de averiguar si a pesar del incumplimiento la resolución solicitada es o no decretable, en atención a la posible militancia de causas impositivas.

Hay, pues, que tener mucho cuidado en el manejo de la voluntad deliberadamente rebelde. Por regla general los supuestos que se encajan por inversión conceptual en la misma se corresponden con una conducta no tanto imputable al deudor, cuanto al mismo acreedor, que o ha incurrido en *mora accipiendi* (SS. de 8 de mayo de 1987, 24 de diciembre de 1982 y 25 de noviembre de 1976) o ha concedido prórroga tácitamente (S. de 28 de enero de 1944 y, en cierto modo, deducida del retraso habitualizado y consentido de los pagos en la S. de 18 de marzo de 1988). Aunque en todos esos casos, la ausencia de semejante requisito, lo que evidencia es la falta de un verdadero y propio incumplimiento.

Es preciso, por tanto, delimitar el ámbito de actuación de la voluntad deliberadamente rebelde. No carece de credibilidad la idea de que su elaboración surge a modo de reconversión actuante sobre el precipitado de causas incluidas en el 1.124-3. Pero, aun cuando hubiera sido de esta manera, las aplicaciones concretas (especialmente las traspasadas al 1.504) no suelen rebasar el círculo creado por la ausencia de un propio y verdadero incumplimiento, y si en algún caso lo desbordan, lo que podría ser lícito en el espíritu del 1.124, no lo sería nunca en el cuerpo del 1.504, que expresamente rechaza la concesión de términos post-requerimiento.

De ahí que el desplazamiento o la intercambiabilidad de la doctrina sólo sea viable si el mencionado requisito se constriñe exclusivamente a la determinación de si hay o no un verdadero incumplimiento.

Una interpretación extensiva de lo que la Sentencia de 8 de abril

(11) *Op. cit.*, pp. 104 y 105.

de 1980 cataloga de *animus debitoris*, que acabará por identificarle con las justas causas suspensivas de la resolución del 1.124-3, implicaría un serio riesgo de distorsión y es la razón decisiva que impulsa a la Sentencia de 3 de marzo de 1967 para combatir y cortar por completo toda la posible relación, al significar que: «La implícita facultad de resolución de todas las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, que consagra con carácter general el artículo 1.124, autoriza a los tribunales a señalar nuevo plazo de cumplimiento cuando concurren causas justificadas para ello, *en cuyo desarrollo* la constante jurisprudencia ha declarado que se precisa para llegar a la resolución, no el mero incumplimiento, sino la concurrencia de circunstancias acreditativas de una contumacia, de una voluntad deliberadamente rebelde, y declarada de falta a los deberes libremente contraídos por el incumplidor; pero ese principio de carácter general cede y desaparece en la venta de bienes inmuebles ante el precepto terminante y específico del artículo 1.504 en cuya virtud, de una forma clara e insoslayable, establece que, háyase o no convenido pacto comisorio, el comprador a precio aplazado podrá pagar aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial, añadiendo el precepto que después del requerimiento el Juez no podrá conceder nuevo término, de donde se desprende que ante la redacción dada a la norma, es más benévola en principio que la del 1.124, pues autoriza a pagar después de vencido el término aunque concorra el pacto comisorio... hasta el requerimiento en forma; pero una vez practicado éste resulta de mayor seriedad y determina la resolución *sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohibiendo de forma expresa y absoluta la concesión de nuevo plazo.*»

B) El traslado por extensión al 1.504

Debo confesar mi reluctancia hacia el nuevo requisito, fruto de una inversión metodológica escasamente afortunada. En su misma inanidad se encuentra la raíz de su extensión, rechazada en algunas Sentencias, a pesar de la de 8 de febrero de 1988, a cuyo entender se trata de una «doctrina pacífica», cuya reiterada invocación, por otra parte, no impide que se traduzca en aplicaciones muy distintas en función de cada caso, a la par que se introducen, no ya matices, sino auténticas variantes, algunas de las cuales, por salvar el continente, lo dejan sin contenido, o simplemente lo desorbitan.

Es imprescindible buscar las razones en las que se inspira la doctrina que examinamos, que como la misma Sentencia del 21 de marzo de 1980 declara: «es reiterada en el sentido de que los artículos 1.124 y 1.505 del Código civil no se eluden ni excluyen entre sí... a pesar

de que tales normas como sus precedentes del Derecho Histórico (Digesto 18, 3, 2 y 3; Partidas 5.5,38 y art. 1.433 del P. 1851) nada digan sobre el particular».

Este reconocimiento nos dispensa de buscar su fundamentación en los antecedentes históricos. Incluso, sirve para deshacer la idea de que la concurrencia entre ambos preceptos obedece a la consideración del artículo 1.124 cual condición resolutoria tácita, argumento no sólo inadecuado desde el punto de vista actual, sino también en lo que concierne a la misma génesis del artículo.

En efecto, la idea de basar la resolución en una condición resolutoria tácita, constituye un artificio utilizado por los juristas franceses de los siglos XVII y XVIII que, por lo sencillo y práctico —razona Dell'Aquila (12)—, fue más tarde adoptado por los redactores del Código de Napoleón en su artículo 1.184.

El origen, pues, es meramente artificial sin correspondencia con una cláusula realmente sobrentendida en la práctica: los notarios de las regiones meridionales de Francia solían insertar o hipotecas o cláusulas de precario que reservaban al vendedor de la propiedad; fueron estas cláusulas las que sobrentendieron finalmente los tribunales en toda compraventa aplazada; y no la condición resolutoria.

En rigor la concurrencia normativa que se predica para ambos preceptos descansa sobre el hecho de que, en los dos casos, bajo el común denominador del incumplimiento, coinciden las mismas causas impeditivas de la resolución, escondidas tras el telón de fondo de la voluntad deliberadamente rebelde. La diferencia, entonces, entre el artículo 1.124 y 1.504 se reduce —como resulta claramente de la Sentencia de 28 de enero de 1944— a la necesidad de que tales causas preexistan al requerimiento exigido por el último.

Y es que, tanto uno como otro precepto, parten de un presupuesto efectivamente común, el incumplimiento del obligado. Ese incumplimiento, a su vez, lleva implícito el cumplimiento de la otra parte ante la lógica exigencia que se desprende del último apartado del artículo 1.100: En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe.» Asimismo, los efectos del incumplimiento se detienen si el acreedor incurre en mora o había otorgado una prórroga tácita o dado motivo a la suspensión decretable al amparo del 1.502. En todos estos casos la resolución no puede operar por carecer del primero de sus presupuestos, la existencia de un auténtico verdadero y propio incumplimiento, en las mismas palabras de la Sentencia de 5 de enero de 1935.

La negativa a resolver por las causas señaladas, independientemente de si están o no emboscadas en un supuesto *animus debitoris*,

(12) *La Resolución de contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981, pp. 87 y 88.

resultará plenamente acertada. Pero lo cierto es que el recurso a la voluntad del deudor encierra, sin embargo, un alto riesgo de desviación hacia causas distintas de las que determinaron su aparición, sobre todo, porque ha abierto paso a su posible alegación para justificar el impago por razones difícilmente admisibles, atentatorias del claro automatismo que se desprende del artículo 1.504; y por que, en el estado actual de la cuestión, se ha convertido en semilla de confusión, al otorgarle unos visos de generalidad de los que en realidad carece.

Un atento repaso de la jurisprudencia, siquiera por el sistema de muestreo, da lugar a las siguientes observaciones:

Uno: Que inicialmente se recurre a la doctrina de la aplicación conjunta de los artículos 1.124 y 1.504 con vistas a denegar la resolución de que se trate. Las causas normalmente vienen a ser las ya enumeradas: incumplimiento del vendedor, o bien *mora credendi*, prórrogas tácitas o la *exceptio imminetis evictionis* del artículo 1.502.

Dos: Que simultáneamente con la introducción de tal doctrina, coexiste una corriente jurisprudencial que la niega pura y simplemente, y especialmente cuando se pretende la obtención de plazos posrequerimiento.

Tres: Que en una segunda fase, la ausencia de un ánimo rebelde se emplea como motivo de casación por infracción del artículo 1.124 del Código civil. Ello fuerza al Tribunal Supremo para mantener la resolución, o a negar la aplicabilidad de la doctrina, o a sostener su aplicación, si bien, rebajando su rigor por el procedimiento de cargar la prueba en el infractor, o a través de definir el requisito en cuestión de distintas maneras, hasta el extremo de presumirlo insito en la falta de prestación, o sin mayores escrúpulos incluyendo en su contenido, supuestamente subjetivo, la simple omisión de la prestación cuando no introduciendo junto al *animus* esta última como un requisito objetivo de naturaleza alternativa.

Las afirmaciones anticipadas se deducen del análisis que a continuación pasamos a realizar:

Uno. El origen de la doctrina

Es difícil entre tanta sentencia remontarse al origen exacto de la tesis que examinamos, pero con toda probabilidad éste debe situarse en la *Sentencia de 28 de enero de 1944* de la que era ponente don Manuel de la Plaza.

El asunto se contraía a un documento privado (año 1935), por el cual una parte «se obliga a vender» unas fincas, cuya posesión entregaba a la otra, que, «se obligaba a pagar» 200.000 mil pesetas en diversos plazos con un interés del 5 por 100 anual recayente sobre la parte del precio que restase insatisfecho para, una vez verificada

la prestación en su integridad, proceder al otorgamiento de la escritura pública de compraventa. Se fueron abonando los plazos hasta sumar 99.800 pesetas, momento en el que se aceptan a cuenta del precio 46 tickets de remolacha, ingresada en la fábrica de la Vega, cuyo importe real ignoraba el comprador, al estar pendiente de realización, no obstante, lo cual entregó 15.000 pesetas más, justamente el día antes de que se le cursara la notificación resolutoria en la que se aducía el impago de 51.715,35 pesetas cantidad ésta cuya recepción se requeriría de los vendedores en un acta ulterior.

En el segundo considerando de la sentencia se advierte que la diferencia entre el 1.504 y el 1.124 «sólo estriba» en que el primero de ellos se atiende a un supuesto de pacto resolutorio expreso, al paso que en el segundo se provee al régimen de la acaso mal llamada condición resolutoria tácita, insita sin expresa convención, en todas las obligaciones recíprocas, «de lo que se traduce con especial aplicación al caso que es origen de la sentencia recurrida, que fuera del evento especial que contempla la primera de las normas y que prácticamente se traduce en la imposibilidad de pagar una vez que transcurre el término convenido» si media el oportuno requerimiento, «*el régimen jurídico de la resolución contractual es único, como únicos los supuestos que puede autorizarle e idéntico por tanto el criterio que debe presidir la resolución de los casos que al juzgador se plantean en torno a la expresada cuestión*».

Seguidamente en su tercer considerando analiza los hechos que hemos narrado, para reproducir el criterio fijado en la sentencia de instancia, sobre la doble circunstancia de haber sido establecido los plazos en beneficio del comprador, y que las entregas realizadas fuera de plazo lo fueran alguna de ellas sin protesta y, en todo caso, la última, 24 horas antes del requerimiento resolutorio, con la aquiescencia, conformidad y beneplácito de los vendedores, que además debían percibir y percibieron un interés por precio aplazado tanto mayor cuanto fuese la suma pendiente, «de lo que infiere el juzgador la ausencia de una auténtica voluntad resolutoria y la falta de un oneroso y comprobado propósito de incumplimiento».

En este considerando se refleja en realidad la verdadera *ratio decidendi*, que no es otra que la aquiescencia del vendedor, es decir la existencia de una prórroga tácita, deducible del pago aceptado el día anterior y del régimen de intereses dispuesto.

Sobre estas bases, en su cuarto considerando, remacha «*que al interpretar esta Sala recientemente el contenido y alcance del artículo 1.124 del Código civil ha cuidado de hacer constar en su Sentencia de 5 de julio de 1941, que el carácter facultativo que a la acción de resolución se otorga y potestad que a los tribunales se atribuye de moderar, prorrogando el plazo de cumplimiento, revela el propósito de impedir, en homenaje al respeto que los contratos lícita y válidamente celebrados merecen, que se pronuncie la resolución del vínculo*

contractual en aquellos supuestos en que no se patentice, por modo indubitado, o una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, o un hecho obstativo que, de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida, *lo que no es en resumen, sino una confirmación de lo que ya dijo la Sentencia de 5 de enero de 1935*, que al referirse en síntesis a las diversas orientaciones doctrinales en punto al fundamento de aquella norma, *que es la que esencialmente entra en juego en el caso de autos*, se procuró de advertir *no sin que rehuera un peligroso propósito generalizador*, que la aplicación de la que califica de excepcional facultad, exige un verdadero y propicio incumplimiento de parte de los contratantes, y que a él, en algunos casos nos es equivalente el mero retraso en el pago, porque éste no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, si permite atribuir a la parte adversa un interés jurídicamente protegible, en que se decreta la resolución; todas cuyas consideraciones ponen de relieve *que en caso de tan singulares características* ha de estarse a la orientación y términos de esa doctrina...»

He reproducido casi en su totalidad este considerando en méritos de su importancia. El comentario de esta sentencia no puede sino reiterar nuestras apreciaciones sobre la génesis de la aplicación extensiva del 1.124 al 1.504 del Código civil.

En el segundo considerando se nos dice que «el régimen jurídico de la resolución es único, como únicos los supuestos que pueden autorizarle», es decir, se repara en la existencia de unas mismas causas o supuestos, que permiten denegar la resolución, y que transforma, en una suerte giratoria, en habilitantes de la resolución, no sin fijar como única diferencia la imposibilidad de que el Juez otorgue nuevo término tras el requerimiento. Supuesta, así, la existencia de único criterio para juzgar la resolución, trae a colación la doctrina de la Sentencia de 5 de julio de 1941, sobre la exigencia en el 1.124 de una voluntad deliberadamente rebelde, lo que literalmente considera como una confirmación de lo que ya dijo la Sentencia de 5 de enero de 1935 en cuanto que «en algunos casos» el mero retraso en el pago no es equivalente a un propio y verdadero incumplimiento. Es decir, que invertida la oración, el verdadero y propio incumplimiento, «en un caso de tan singulares características», requiere una voluntad deliberadamente rebelde. Pero el auténtico requisito, en última instancia, es un verdadero y propio incumplimiento, conclusión a la que no tengo nada que oponer.

En esta Sentencia de 28 de enero de 1944 la proximidad entre el 1.124 y el 1.504 se ve incrementada por el hecho de que no había un pacto resolutorio expreso. Esta última circunstancia concurre, en cambio, en la Sentencia de 5 de junio de 1944, que acoge una tesis similar, aunque sin referencia a la precedente, y en un supuesto en el que podría haber eludido el 1.504 con simplemente mencionar el

criterio de las Sentencias de 11 de noviembre de 1943 y 7 de octubre de 1986, que excluyen de su ámbito la promesa de venta, porque efectivamente la escritura que se había otorgado entre los litigantes, era de mero compromiso de venta, aunque de facto suplía la función de una auténtica compraventa, que inicialmente concertada no pudo llevarse a cabo por la prohibición existente en zona roja.

En dicha escritura de compromiso el precio que se convino fue de 45.000 pesetas, 5.000 entregadas y 40.000 a disposición de la contraparte, para cuando ésta las reclamase en un plazo máximo de tres años, con un preaviso de quince días, generando entre tanto la cantidad remanente en cada caso un interés anual de un 3 por 100, a satisfacer por meses vencidos. Al parecer el acreedor rehusó recibir en un momento dado las mensualidades de interés, mediante excusas veladas y protestas de amistad, para, prevaleándose del supuesto impago de los mismos, notificar luego la resolución.

El Tribunal Supremo nos dice «que los preceptos legales que disciplinan el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales condicionan siempre la procedencia de estas acciones al requisito de que haya existido una conducta culpósa, por negligencia más o menos originaria de responsabilidad en el contratante a quien se impute la infracción del contrato, y a esto obedece que lo mismo en orden a la acción que trae origen del pacto resolutorio expreso, referido a la compraventa, objeto del artículo 1.504 del Código civil, que en cuanto a la llamada condición resolutoria tácita en las obligaciones recíprocas regulada en el 1.124 del Código civil tenga declarado esta Sala en repetidos fallos, entre otros, en los de 9 de julio y 24 de octubre de 1941, que el derecho de resolución presupone y exige que haya un verdadero y propio incumplimiento...»

Aunque no cita la Sentencia de 5 de julio, sí refiere la de 9 de julio, asimismo comentada. Destaca una visión sancionatoria de la resolución, contra el criterio al que nos hemos adherido, de que en el fondo responde a un mecanismo protector del perjudicado. De todos modos coincide con la Sentencia del 28 de enero en el sentido de que el régimen de la resolución vale tanto respecto de un artículo como para el otro y corrobora que en última instancia, lo que se requiere es un verdadero y propio incumplimiento, en armonía con la que se desprende de aquella misma sentencia. Igualmente el fundamento decisorio es la negativa a resolver, por haber propio incumplimiento, al haber incidido el acreedor en mora, pues el artículo 1.176, insiste, «no autoriza a deducir que en estas condiciones el ofrecimiento no seguido de depósito carece de eficacia jurídica, ya que tiene la de excluir la *mora solvendi*, o sea el impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades y resoluciones, pues como concretamente dice la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1941, obsta a la declaración autorizada por el tan repetido artículo 1.124 y de esto es consecuencia que debe entenderse improcedente el tercer moti-

vo del recurso que, con desconocimiento de la expresada doctrina, acusa la infracción de este precepto y del 1.504 del mismo Código».

El interés de las dos Sentencias me parece evidente. En su origen, al igual que sucedió con el 1.124, la aplicación de la doctrina de que se trata, se plantea ante la coyuntura de tener el Tribunal que denegar la resolución. La razón, es la inexistencia de un verdadero y propio incumplimiento, por concurrir causa impositiva del mismo y de la resolución consiguiente, que con aires de singularidad se prefijan en un requisito positivo de índole subjetiva, necesario para que concurra el preconizado incumplimiento.

Lo que hay es que paulatinamente la voluntad deliberadamente rebelde se desliga nominalmente del verdadero y propio incumplimiento, y deja de ser citada junto con aquél como un elemento singular intrínseco en el mismo, para recibir forma corpórea y devenir un elemento, en cierto modo extrínseco, que ha de ir unido al incumplimiento como habilitante de la resolución.

No me es posible situar con precisión cuándo se da el paso entre la exigencia de un propio incumplimiento y la de un incumplimiento cualificado de esta naturaleza. Pero es fácil intuir, que, insito en las sentencias señaladas, con toda probabilidad se produjo de manera prácticamente inconsciente.

Lo cierto es que en la formulación actual la Sentencia de 1 de febrero de 1967 (13), relativa a un caso de previo ofrecimiento de pago, señala que «la facultad resolutoria por incumplimiento contractual contenida en términos generales en el artículo 1.124 del Código civil, y regulada específicamente respecto de la compraventa de inmuebles por el artículo 1.504 del mismo Código, ha de basarse, según proclama la doctrina de esta Sala, en que aparezca una voluntad deliberadamente rebelde y declarada en el acusado incumplidor, Sentencia de 6 de julio de 1952, exigiéndose que se demuestre, patentemente y de modo indubitado, una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, Sentencia de 2 de enero de 1961, agregando, en relación con la aplicación del artículo 1.504 del Código civil, la Sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1959, que la facultad de pedir la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, se rige por la norma general del artículo 1.124 del Código civil.

Dos. La corriente negativa

Exponente de la tesis opuesta, casi simultánea con las Sentencias recaídas en el año 1944, viene a ser la de 1 de mayo de 1946, que prescinde de la doctrina sentada en éstas, posiblemente porque no

(13) *La Resolución de la compraventa de inmuebles*, Ed. Montecorvo, p. 294, cit. por Molina.

hacia ninguna falta el recurso al 1.124, al no haberse practicado el requerimiento —que consideraba que debía ser previo a la interposición de la demanda— y así aprovecha, en viva oposición con el papel tributario que se asigna luego al 1.504, para dejar sentado que la facultad genérica (del 1.124) se eleva de rango y categoría convirtiéndola en resolución de pleno derecho cuando los contratantes la recogen en un pacto perfectamente válido y de indudable licitud, de suerte que el principio general cuando se trata de compraventa de bienes inmuebles ha de entenderse «coordinado y subordinado al precepto específico sobre que el particular se contiene en el artículo 1.504 del Código civil».

Esta Sentencia corrobora la idea de que la tesis negativa prospera normalmente cuando no se dan las circunstancias que hacían singular el caso contemplado en la Sentencia de 28 de enero de 1944, es decir, cuando la negativa a resolver no requiere otros recursos.

En esta misma línea es frecuente que se niegue su actuación —como no puede ser de otra manera— siempre que se trata de ventilar si debe otorgarse o no un nuevo plazo. Así, la Sentencia de 30 de junio de 1973, que se muestra conforme con el primer motivo del recurso en el que se aduce una interpretación errónea del artículo 1.504, pues este precepto excluye la actuación del artículo 1.124-3, y prohíbe el otorgamiento de plazos, ya que, efectivamente, la Sentencia recurrida hace una exégesis extensiva del artículo 1.504, a cuyo tenor, hecho el requerimiento, el Juez no podrá conceder nuevo término; «por tanto, si en el caso de autos se reconoce la existencia de descubierto en el pago del precio y se admite que el comprador fue requerido judicialmente, resulta de toda evidencia que sólo interpretando con error ese precepto se podría acordar la concesión de un nuevo plazo, pues el precepto clara y rotundamente lo prohíbe, sin que pueda autorizar esa contraria exégesis la existencia de la norma contenida en el artículo 1.124 del Código civil, que por ser de carácter general no puede ser tenida en cuenta en los supuestos regulados de manera especial en aquel artículo 1.504, máxime cuando, como en el caso de autos, se estipuló de una manera expresa el pacto comisorio».

Tres. La autoinmolación del requisito

La máxima jurisprudencial de que los artículos 1.124 y 1.504 no se eluden, sino que se complementan, a partir de la cual se precisa junto con el incumplimiento una voluntad deliberadamente rebelde, se generaliza hasta el punto de perder de vista sus orígenes (así en las SS. de 25 de junio de 1977 y 26 de junio de 1978 se cita la S. de 5 de febrero de 1944, erróneamente y por referencia probablemente a la de 5 de junio de este año). Ello preparará en una segunda fase de esta historia el nacimiento de un nuevo motivo de casación por

infracción del artículo 1.124. Y desde ese mismo momento bajo una aparente unidad se deslizan dos corrientes opuestas en la aplicación de la máxima: una, de corte tradicional, por lo general siempre que se deniega la resolución; y otra, que si bien suele reproducir casi por mimetismo la máxima la mantiene sólo nominalmente, para preservar la resolución bien decretada.

De esta suerte y frente a la supuesta infracción del 1.124 como motivo de casación discurre en un número creciente de Sentencias una auténtica corriente subterránea disolvente del requisito que estudiamos.

a) La vía excluyente

No faltan casos en los que se niega pura y simplemente su vigencia. La Sentencia de 22 de diciembre de 1978, por ejemplo, ante la alegación de no haber habido una voluntad deliberadamente rebelde, advierte que el artículo 1.124 contiene normas de carácter general que ha de ceder ante la norma específica que debe aplicarse al caso de autos; argumentación similar a la contenida en la Sentencia de 28 de junio de 1985 (Ponente don Mariano Martín Granizo), que finalmente concluye que «habiendo transcurrido el término de siete años convenido para pagar el precio sin que la vendedora haya recibido cantidad alguna..., no tiene más remedio que requerir a los efectos prevenidos en el artículo 1.504; de consiguiente es el artículo 1.504 del referido cuerpo legal el aplicable, y no el 1.124, como se persigue en esta motivación...»

b) La vía generalizadora del requisito y de su contenido

Otra vía ha sido la que ha tratado de definir el contenido de la voluntad deliberadamente rebelde. Es interesante la Sentencia de 2 de diciembre de 1985.

En el caso de autos, por medio de acto de conciliación celebrado el 26 de octubre de 1974, el comprador se comprometió a pagar el precio en 40 días, y si no a devolver el piso, aceptando la vendedora el plazo y lo segundo si el piso se devolvía en igual estado a como lo entregó. Aproximadamente tres años después presentó demanda de resolución y, antes de que recayese la Sentencia, el comprador depositó el importe pendiente en una notaría rehusando la vendedora su recepción.

En el cuarto fundamento se nos dice: «Que al respecto de cuál sea esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación de pagar el precio del inmueble comprado, esta Sala no ha efectuado el señalamiento de conductas que la represente de un modo

exclusivo (S. de 22 de octubre, último antecedente en la de 25 de junio), pues unas veces será “la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable, impida el cumplimiento”; mientras que en otras “lo decisivo” será “una verdadera omisión de su prestación por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente”; añadiéndose que “para determinar ese incumplimiento no han de entrar en el conjunto valorativo las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueron elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad”..., siempre en el bien entendido (como resaltan las SS. de 18 y 28 de octubre del año corriente) de que “la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, contraviniendo la obligación asumida, siempre que no medien circunstancias denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de la prestación, particularidades que habrán de ser oportunamente alegadas y probadas”; doctrina expuesta en las ya citadas y, además, entre las últimas, en las de 25 de mayo, 19 de julio, 11 y 31 de octubre y 6 de noviembre de 1984 y 29 de abril y 19 de junio de 1985, de las muchas que han recaído sobre este artículo 1.504 del Código civil.»

Las palabras transcritas apenas solapan esa perplejidad que inevitablemente sacude al intérprete cuando trata de sacar sustancia de un recipiente conceptual hueco por completo. Prueba de ello es la cita de la Sentencia de 22 de octubre 1985 (Ponente señor Santos Briz), que —en sintonía con la interpretación que se le dio en el comentario de Actualidad Civil— finalmente se tergiversa, porque no es lo mismo decir «que no se ha efectuado el señalamiento de conductas que la representen de un modo absoluto», que reconocer, como se hace literalmente en aquella, que la exigencia de que se trata «no ha sido señalada de un modo exclusivo, sino que unas veces se ha colocado como alternativa la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo..., y en otras lo decisivo en todo caso es que quede acreditada una verdadera omisión de la prestación». En vez de reproducir lo que es una clara alternativa, se opta por una interpretación, que la elimina, para convertir el requisito en un auténtico cajón de sastre.

Se desliza de esta suerte la cuestión hacia el incierto contenido de la voluntad deliberadamente rebelde y se esboza una definición omnicomprendensiva, que llega al extremo de introducir en su esfera «la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable, impida el cumplimiento», olvidando la reiterada jurisprudencia que ha configurado este requisito como alternativo. Pero el asunto alcanza su máxima gravedad cuando se completa el señalamiento de conductas añadiendo que «lo decisi-

vo» será «una verdadera omisión de su prestación por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente».

Con ello se consuma el ciclo que iniciaba la Sentencia de 28 de enero de 1944, en una evidente inversión de los términos en los que originariamente se plantea la cuestión, a raíz del peligroso propósito generalizador contra él, que no en balde nos ponía en guardia la Sentencia de 5 de enero de 1935. En la Sentencia de 28 de enero de 1944, la voluntad deliberadamente rebelde es poco más que un dato meramente indicativo del que deducir un auténtico, un verdadero y propio incumplimiento. En la que hemos examinado, la necesidad de armonizar su pretendida generalidad con la generalidad de los casos, conduce al absurdo, bajo mi punto de vista, de incluir en su ámbito al incumplimiento mismo.

c) La traslación de la carga probatoria

Por lo demás, esta Sentencia, en un baldío intento de armonización registra una segunda línea jurisprudencial de alto interés. La carga de la prueba en cuanto a la voluntad deliberadamente rebelde se hace recaer sobre el comprador. Las Sentencias que se insertan en esta última dirección son ya numerosas: Sentencias de 10 de junio, 19 de junio y 2 de diciembre de 1985, así como la de 26 de febrero de 1986.

En una posición similar con las anteriores se incardinan aquellas otras que —como las de 18 y 28 de octubre de 1985 (Ponente señor de Castro García), reconocen su vigencia, no sin apostillar que «bien entendido, la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, contraviniendo la obligación asumida», lo que asimismo reitera la Sentencia de 21 de febrero de 1986 (de igual ponente), «bien entendido que esa decidida actitud incumplidora sancionable con el efecto resolutorio está *prima facie* demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, máxime si el deudor ha incurrido en una prolongada inactividad».

d) La reducción a un requisito ocasional

Simultáneamente con las Sentencias relacionadas que o cargan la prueba en el comprador, o simplemente sobrentienden la rebeldía de la misma ausencia de prestación, otros pronunciamientos dan un paso más y consideran que la exigencia de la voluntad deliberadamente

rebelde no posee carácter exclusivo y excluyente, pues, a las veces, lo decisivo es la ausencia de prestación como oportunamente recuerda la antedicha Sentencia de 22 de octubre de 1985.

Un breve exponente de esta alternativa resulta la Sentencia de 26 de abril de 1988 (Ponente señor Carretero Pérez), en la que justamente se observa que: «en cualquier caso, la conducta de incumplimiento, bien por actitud rebelde, bien por pasividad, lleva a la resolución de contrato por aplicación del 1.124». En estas Sentencias frente a la visión globalizadora de otras, se restringe el requisito a un auténtico comportamiento rebelde por oposición a la mera pasividad. El interrogante que queda abierto es: ¿Para qué exigir el plus de rebeldía si basta la pasividad?

En esta escala se mueve también la interesante Sentencia de 5 de marzo de 1986, cuando declara que «no es preciso constatar una voluntad o actitud ostensiblemente rebelde por parte del comprador, siendo tal incumplimiento atendible por los tribunales cuando se derive una posición que por acción u omisión desobedezca los términos del contrato de compraventa, en términos tales que altere el justo equilibrio que es característico de los contratos sinalagmáticos, ya que de otra suerte se podría vulnerar el mandato del artículo 1.256 del Código civil, como ocurría en el caso de autos en que, aparte de no cumplir plazos y cantidades a entregar, el comprador se inhibe de prestar asistencia a la medición del terreno (de la que dependía en definitiva la determinación precio pactado a razón de 500 ptas. m. ²) practicada (no obstante) por el vendedor y sin que ello le impida tomar posesión del mismo y ejecutar actos propios de quien se comporta como dueño, limitándose a ofrecer el precio, después de haberle sido notificada la resolución».

Confieso que si he reproducido esta Sentencia, aparte de su interés intrínseco, ha sido también para añadir un ejemplo más de lo que he llamado el síndrome del 1.124 o quizás más exactamente de la voluntad deliberadamente rebelde, que aflora meridianamente en el comentario de Actualidad Civil: «La sentencia que se reseña dice que no se precisa una voluntad ostensiblemente rebelde», sin que sea fácil precisar cuándo se está ante una voluntad «deliberada» (que es precisa) u «ostensible» (que no es necesaria).

Se propone así inteligentemente conjugar el criterio de la Sentencia con el supuestamente general por el simple expediente de discernir entre lo ostensible y lo deliberado, en una cadena de distinciones que viene impuesta por la defensa de un concepto sin correspondencia con la naturaleza de las cosas.

Esta falta de armonía con las cosas explica su misma fragilidad. La prueba en las páginas precedentes: un mismo caso, la falta de prestación, desnuda, neutral y normalmente opaca a valoraciones psicológicas, hace del requisito un acordeón, que ora se extiende y la abarca, que ora se comprime y la excluye; y así sucede que a la reso-

lución como arma se la dota de un percutor que unas veces dispara y otras no; habrá, pues, que convenir que está averiado, que no sirve de nada mantener un concepto a costa de inflar o desinflar su contenido, como no sea para levantar un espejismo que perturbe nuestra exacta visión de la realidad, con el propósito, acaso, de ocultar una remisión, fuera de las normas, al arbitrio judicial.

e) Reflexión que se propone

La exigencia de la voluntad deliberadamente rebelde como un requisito positivo es una consecuencia del desprestigiado método dogmático de inversión. Es más, su aparición como posible motivo de casación por infracción del 1.124 se ha tornado en contra suya en un proceso de autoinmolación patente en el estudio antecedente. Era sólo cuestión de tiempo el relanzamiento de la tesis negativa, que claramente abandera la Sentencia de 12 de mayo de 1988, de la que ha sido ponente, como en la ya glosada de 22 de octubre de 1985, el señor Santos Briz. Entre sus fundamentos puede leerse: «Al respecto es de observar que, si bien, a partir de la fecha del contrato, en 1974, surgieron algunas dificultades para la rápida liquidación del pago del precio, lo que justifica el retraso del comprador, sin embargo, desde el 7 de mayo de 1979, en que se continuaba la suspensión de dicho pago por parte del comprador hasta dos años y medio después se evidencia una pasividad del referido comprador que no pagó ni consignó cantidad alguna y, sin embargo, continuaba, y al parecer continúa, en el disfrute del piso adquirido, sin verse una solución a la liquidación del contrato». Y dicho esto añade: «Es preciso para que tenga éxito la resolución del contrato con base en el artículo 1.504 del Código civil una voluntad manifiesta de incumplir, sin que se pueda exigir una aplicación literal de una voluntad deliberadamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento, sino que más razonablemente es suficiente apreciar incumplimiento, como ha ocurrido en el supuesto ahora contemplado, cuando se frustre por la conducta de la parte el fin contractual, o cuando se obligue al acreedor, como ha ocurrido en este caso, a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento, ante el largo tiempo de inactividad en el pago del comprador y adeudándose una suma importante con relación al total precio del inmueble vendido... En consecuencia, habiéndose cumplido oportunamente el requerimiento del pago que exige el artículo 1.504 del Código civil por medio del acta notarial, no puede concederse al comprador nuevo término, por lo que vista su inactividad y larga pasividad ha de acordarse la resolución del contrato; resolver en otro sentido sería dejar el contrato al arbitrio del comprador, lo que prohíbe el artículo 1.256 del Código civil...» Ello determina que sea casada y anulada la Sentencia recurrida que había denega-

do la resolución por faltar una voluntad deliberadamente rebelde en el incumplimiento.

La Sentencia es de un alto interés, no sólo por lo que tiene de rehabilitación de la doctrina clásica, sino también por la invocación del artículo 1.256, que anunciado ya en la Sentencia de 5 de marzo de 1986, no ha dicho ni mucho menos su última palabra en la materia, como tendremos ocasión de significar.

En la última instancia, la Sentencia pone de manifiesto —al casar la recurrida— que la exigencia de rebeldía junto con el incumplimiento, cuando éste se basta por sí solo («es suficiente» en su criterio), posee un alto alcance perturbador.

Se ha engendrado, en fin, un producto no siempre conciliable con la realidad, aunque en su aplicación normalmente acabe preponderando ésta sobre el concepto que se infla, desinfla y a las veces se niega en función de las necesidades del caso, que es el factor determinante de todo tratamiento jurídico (die Fallnorm) en la concepción de Fikentscher (14)

Por ello, a pesar de que se hable de doctrina pacífica y reiterada, hay que saber contratar el dicho con el hecho, o descender, como nos advertirá Díez Picazo (15) en el trabajo antecitado, del cielo de las máximas abstractas. Pero, para bajar del 1.124, y de la voluntad deliberada, al 1.504, el único paracaídas que funciona es el ya propuesto como común denominador de ambos preceptos, en cuyo marco surgió la directiva expresada y que no es otro que la necesidad de un verdadero y propio incumplimiento. Solamente una pérdida de perspectiva explica el alejamiento de ésta, su originaria ubicación, para dar lugar a un inminente peligro de desnaturalización, aunque felizmente en trance de solución de prosperar la pauta marcada en la Sentencia de 12 de mayo de 1988.

Es claro, de cualquiera de las maneras, que, en contraste con su significación real, la supuesta universalidad del requisito se diluye como un azucarillo. Hay que traer a colación una vez más las palabras de Díez Picazo, que como pórtico de nuestra glosa referíamos, en orden a la generalización de unos dichos que históricamente nacieron condicionados por las circunstancias. Que estos dichos se generalicen por el Tribunal Supremo no impide, aunque a veces dificulte, un análisis detenido de los hechos. Que, contrariamente, se generalicen por la Dirección de los Registros, resulta particularmente grave, porque, además de sobrentender una consistencia de la que carecen, el Centro Directivo no está en situación de superar sus condicionamientos; es obviamente una posibilidad que se le niega y que conduce rectamente a un proceso sin salida en el que terminará negando su propia competencia para resolver sobre la reinscripción, contradicho el requerimiento.

(14) *Methoden des Rechts*, t. IV, Tübingen, 1977, p. 202.

(15) *Op. cit.*, p. 401.

Con ello se concluye por anteponer sobre la norma a los meros dichos. No es, pues, un prurito conceptual el que nos lleva a tachar de francamente desafortunada la remisión contenida en el cuarto considerando de la resolución de 29 de diciembre de 1982. Las páginas precedentes corroboran que la verdad no está en las palabras, sino en las obras. Así frente a generalizaciones inoportunamente recordadas, nada mejor para despertar a la realidad que el viejo consejo de Terencio *Quod homines, toc sententiae, suus cuique mos*.

La oposición al requerimiento

La reflexión antecedente nos sirve, al igual que el propio considerando que la motiva, cual antesala del que a continuación añade la resolución de 29 de diciembre de 1982:

«Considerando que, igualmente, y según la Sentencia de 16 de noviembre de 1979, si al hacerse «el requerimiento» no se allana el requerido al mismo, sino que se opone categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los tribunales, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria».

Recoge este considerando, como su predecesor, la argumentación del Registrador en su informe, en el sentido de que cuando el comprador notificado se opone, «no se puede dar eficacia a tal resolución contractual y, en consecuencia, proceder a la práctica de las correspondientes inscripciones, sin que la misma sea estimada y declarada por los tribunales, conforme ha declarado categóricamente el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de noviembre de 1979.»

A la vista de semejante argumentación no hay más remedio que seguir el hilo conductor, y efectivamente en el primero de sus dos considerandos, la aludida Sentencia, nos dice:

«Considerando que al solicitar en el caso de autos el señor Fernández Porras que se declare bien hecha la resolución del contrato de 5 de enero de 1963, en la fecha en que dicho señor hizo el requerimiento notarial resolutorio, es de tener en cuenta, como declara el Tribunal *a quo*, que al hacerse tal requerimiento y no allanarse el requerido al mismo, sino oponerse categóricamente a él, a tal resolución contractual no se pueda dar eficacia sin que sea estimada y declarada la misma por los tribunales, ya que tal requerimiento es requisito previo a la demanda, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria».

Una lectura apresurada del considerando parcialmente reproducido, pudiera causar la impresión de que nos hallamos ante una afirmación ocasional como tantas otras, que nos indujera a preguntarnos

qué fue primero para la Dirección: si esta supuesta accidentalidad o la voluntad deliberadamente rebelde en sí misma; si fue, en fin, su aparente carácter casual lo que llevó a la voluntad deliberadamente rebelde, o fue una interpretación desviada de este requisito. Probablemente las dos cosas coincidieron para conformar la cuestión en una estructura cerrada aparentemente sin cisuras.

Pero la cisura existe. La afirmación no es ocasional, ni siquiera una interpretación desviada de la voluntad deliberadamente rebelde. De hecho el considerando de marras se dirige a desmentir una supuesta inaplicación de doctrina legal malentendida por el recurrente y contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 17 de febrero de 1912, 19 de junio de 1913, 23 de junio de 1925, 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 7 de enero de 1948, 19 de noviembre de 1949 y 10 de marzo de 1950. Pues bien, me he preocupado de revisar cada una de estas Sentencias y todas ellas aluden a la posibilidad de ejercitar la facultad resolutoria del artículo 1.124 en la vía extrajudicial mientras no haya oposición del comprador.

La Sentencia de 16 de noviembre estima que no hay desviación de la tesis jurisprudencial esbozada en aquéllas, porque, visto que ha habido oposición no es posible reconocer eficacia «a tal resolución contractual» sin contar con los tribunales.

Esto ya, por sí solo debería hacernos sospechar acerca del planteamiento inicial, y es que, cual insiste el refrán popular, por el hilo de cada ovillo, y aquí el ovillo se encuentra, ni más ni menos, en el auténtico revoltijo de hechos que preceden a la Sentencia comentada. De la prolija narración en la que se suceden dobles ventas, requerimientos, querellas, embargos, y otras historias, lo que verdaderamente importa a nuestros efectos es el hecho de que el documento privado de 5 de enero de 1963 no contiene pacto resolutorio expreso.

El equívoco nace de las mismas palabras empleadas: cuando se habla de «tal resolución contractual» el Tribunal Supremo no hace alusión al pacto resolutorio, sino a la resolución extrajudicial del contrato.

¿Qué nos dice entonces la Sentencia? Sencillamente que la resolución unilateral del contrato (desprovisto de pacto resolutorio) queda en suspenso cuando el comprador se opone, por cuanto la resolución del contrato o «resolución contractual» habrá de ser examinada entonces por los tribunales a fin de que establezcan su procedencia.

La Sentencia pierde a marchas forzadas su pretendida singularidad: el descubrimiento de la inexistencia de pacto resolutorio, la coloca en la misma línea que las registradas en el motivo de casación aludido. La doctrina de la resolución unilateral en vía extrajudicial, surgida con ocasión del 1.124, tiene perfecta cabida en el 1.504, siempre que, como en el caso de autos, no haya cláusula resolutoria.

Así entre las Sentencias anteriormente citadas cabe entresacar la de 28 de enero de 1943, que relativa a un arrendamiento de servicios,

nos dice con claridad meridiana «que la facultad que atribuye el artículo 1.124 del Código civil al contratante que no haya incumplido previamente sus obligaciones, para que a su amparo las resuelva, eximiéndose de la prestación de las mismas, no es sólo ejercitable en la vía judicial, sino también fuera de ella por manifestación unilateral, sin perjuicio de que si el derecho ejercitado de este modo se impugna haya de quedar sometido a examen y sanción de los tribunales, según tiene ya declarado en esta Sala, siguiendo una orientación marcada en anteriores Sentencias, entre otras, en la de 24 de octubre de 1941; y siendo esto así, no cabe duda de que cuando la parte contratante, perjudicada por el incumplimiento opta por la resolución del contrato y manifiesta, sin acudir a juicio, su voluntad de quedar liberada de las obligaciones recíprocas, entonces tiene lugar y produce sus propios efectos la resolución aunque después se discuta su procedencia, si en el pleito que para ello se siga no se declara malhecha la que lo fue unilateralmente». En este mismo sentido se pronuncia recientemente en torno a dicha facultad resolutoria la Sentencia de 14 de junio de 1988.

Esto es, consecuentemente lo que sanciona con entera corrección la Sentencia de 16 de noviembre, porque lo que estaba en tela de juicio era la procedencia o improcedencia de la resolución extrajudicial sin base en una previa cláusula resolutoria.

Así puestas las cosas resulta fácilmente constatable que el artículo 1.504 alude a dos hipótesis de origen diferente: la resolución unilateral y la resolución previamente paccionada. El tratamiento común, que predica, se reduce exclusiva y literalmente a la necesidad de un previo requerimiento.

Esto supuesto, la cuestión se desliza hacia la determinación del valor correspondiente a la oposición del comprador en cada una de las dos hipótesis diferenciadas.

La solución jurisprudencial, corroborada en la Sentencia de 16 de noviembre, permite, a pesar de no estar previamente pactada, un anticipo de la resolución a cuenta o de la falta de oposición o de la correspondiente Sentencia. En el primer caso, sin duda, porque el allanamiento o contentamiento del comprador permite deducir su aceptación de la decisión resolutoria. En el segundo, porque, a falta de aceptación, es indispensable el análisis judicial sobre la procedencia de la resolución, que si es conforme operará desde el momento mismo de la originaria manifestación del vendedor. En consecuencia, la oposición supone la suspensión de la resolución que quedará pendiente del pertinente fallo.

De la explicación antecedente conviene retener una idea absolutamente básica: la existencia de aceptación excluye la intervención judicial.

Es cierto que la misma se produce tras el incumplimiento —recae *a posteriori*—, pero es igualmente cierto que la oposición, lo que ver-

daderamente refleja es esa ausencia de aceptación; y es esta carencia lo que conduce por modo automático el debate judicial sobre el incumplimiento.

La existencia de un pacto resolutorio previsor del incumplimiento se interfiere en este esquema y transfiere a la oposición del comprador un significado diferente, pues ya no expresará la falta de aceptación de la decisión resolutoria (o la inexistencia de una resolución consentida), sino, en otros términos, la inexistencia de la resolución misma, a raíz de causa justificada. De causa justificada y no simplemente invocada. La oposición no confirmada judicialmente no puede provocar la suspensión de la resolución paccionada con antelación. No puede, porque ello implicaría que prevaleciera, no ya sobre la resolución, sino, en el fondo, sobre el pacto mismo, suspendido por su sola palabra.

Por consiguiente, la situación se invierte por completo: será la oposición y no la resolución la que necesite el pronunciamiento judicial para sobrevivir. Lo contrario, dar preferencia a la oposición frente a la resolución, sería tanto como otorgársela sobre el mismo pacto frente a lo que claramente se desprende del artículo 1.256, «acerca de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

El hecho de ser la cláusula resolutoria un pacto adjunto o integrante —en términos más exactos— del contrato matriz, no es suficiente para diluir lo dispuesto en el citado artículo: la vigencia del pacto no puede, por definición, depender del solo arbitrio o de la exclusiva palabra del comprador.

La consecuencia de lo dicho es palmaria: la resolución habrá de operar como un efecto contractual mientras no se destruyan judicialmente por el comprador sus presupuestos; no hay que olvidar que el pacto está ligado a la ausencia de una realización simultánea del precio, que resta aplazado a los lomos de la cláusula resolutoria. El pacto, pues, lleva la sobrecarga del plazo. Por ello, si no se quiere predicar un arrinconamiento unilateral y jurídicamente inviable a la luz del 1.256, no hay más remedio que aceptar que el requerimiento, al liberar al pacto del plazo, desencadena su entrada en vigor, sin que ésta pueda ser detenida de otra manera que por sentencia. El pacto presupone que la carga probatoria descansa sobre el comprador, obligado a demostrar el pago o la inexistencia de incumplimiento (prueba referida al deudor, sin ir más lejos en el 1.214 y en la S. de 12 de mayo de 1988). Lo contrario implicaría una clara transgresión, no sólo del artículo 1.256, al suspender su eficacia sin causa probada, sino del propio pacto que asume el plazo únicamente hasta el requerimiento, de modo que practicado éste, sea el comprador quien haya de justificar que no está incurso en el incumplimiento consiguiente.

Tenemos así que la Dirección —al paio de los nuevos gustos y tiempos— se ha visto finalmente impulsada, al igual que en el neocla-

sicismo, a construir con escayola y materiales ornamentales sobre las piedras góticas. Pero detrás del ornamento el edificio perdura. Es necesario, pues, iniciar un proceso de rehabilitación que, sobre levantar lo que hay de puramente ornamental, conserve las estructuras, sin ignorar ni deshechar la problemática subyacente.

Es evidente, en este orden de ideas, que se han producido abusos en el ejercicio de la resolución. Sin embargo, ello no debe enturbiar una exacta visión de la realidad. A veces, los abusos, no nos dejan, como las ramas, percibir el bosque, y en el caso que nos ocupa, éste se refleja en la función de garantía que desempeñan tales cláusulas, que normalmente aseguran un final feliz a la inmensa mayoría de las compraventas aplazadas.

Pero que haya de reducirse el impacto de lo patológico a sus límites estrictos, no libera al intérprete de la sincera preocupación que late en el transfondo de la resolución de 1982, en el sentido de establecer puertas que, a la par que cierran el paso a los abusos, se abran también para no perjudicar esa función que normalmente desempeña el pacto.

Siguiendo esta orientación, pienso una vía de naturaleza convencional, que acaso sirva para que la Dirección olvide sus reparos a la reinscripción. En efecto, ¿cómo conciliar los intereses contrapuestos reflejados por el requerimiento y su contestación? La mejor manera, a mi juicio, sería prevenir que en caso de oposición, se llevara a cabo la reinscripción a favor del vendedor, pero con una simultánea reserva de puesto por el tiempo que se predetermine en favor de una posible anotación preventiva de demanda solicitada por el comprador.

No sería, obviamente una auténtica reserva de puesto, pues en vez de operar sobre el rango, lo que hace en rigor es dar carta de naturaleza a una modalización contractual de los efectos resolutorios, perfectamente admisible y lícita conforme se desprende del artículo 1.120 en conexión con el 1.255 del Código civil.

El asunto se contrae entonces a la determinación del plazo de caducidad. Frente a su fijación convencional, el Registrador no está en situación de cuestionar los plazos. Es evidente, que de ser insuficiente para obtener la anotación, no se habrá conseguido solucionar enteramente el problema. Mas es aquí donde habrá de jugar un papel relevante la información suministrada por el Notario, ya que, por definición, operamos con escrituras públicas. Así un plazo razonable, por imitación del artículo 45, apartado 2, de la Ley Hipotecaria, como del mismo artículo 48 de la Ley citada, sería el de 180 días que se estima en aquéllos como cobertura suficiente para la solicitud judicial de las respectivas anotaciones de adjudicación para pago de deudas y de legados de género o cantidad.

D) Las condiciones de reinscripción

Entre la resolución y su reflejo registral por medio de la llamada reinscripción se infiltran una serie de requisitos, entre los que ocupa el lugar central la consignación.

La consignación

La exigencia de la consignación como antecedente obligado de la nueva inscripción se forja sobre la doble base de la doctrina y las resoluciones de la Dirección General. Por ello el examen de la materia requiere, tras presentar la doctrina sentada por el centro directivo, una breve exposición del estado de la cuestión entre los autores precedentes.

E) La doctrina de la dirección

La resolución de 3 de junio de 1961, encabeza la lista cuando advierte que «siempre que no se hâya estipulado expresamente como cláusula penal un derecho del vendedor a retener y hacer suyas las cantidades que como precio o parte de él se hubieren entregado..., será necesario para llevar a cabo la nueva inscripción a favor del vendedor, que éste presente su título y se haga constar, según establece el Reglamento, la notificación judicial o notarial hecha al comprobador y, además, para poder cancelar las cargas o gravámenes constituidos por éste se deberá cumplir lo requerido por el artículo 175-6 del Reglamento, consignar el importe de los bienes en un establecimiento bancario o Caja oficial, siempre que proceda el reintegro del precio». La consignación nace así limitada al solo objeto de cancelar derechos inscritos a favor de terceros y bajo el expreso presupuesto de que no haya cláusula penal.

La jurisprudencia registral va a ensanchar paulatinamente el marco inicial de aplicación. Pesa en ello el sincero deseo de soslayar los posibles abusos del vendedor.

La por múltiples conceptos, interesante Resolución de 17 de noviembre de 1978 revela a las claras esta preocupación, ya que: «los mencionados preceptos (1.504 Cc., 59 y 175-6 RH), introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de sus obligaciones de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo, pero que por su mismo rigor debe ser examinado con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los posibles derechos de todos los interesados y terceros y evitar que el vendedor —en particular en los casos en que se ha pactado en concepto de indemnización que puede apro-

piarse de la parte del precio ya entregada—, por su sola voluntad, y sin la intervención de los tribunales, pueda decidir unilateralmente una cuestión, en la que, por otra parte el artículo 175-6 del Reglamento sólo le autoriza a realizarla en el supuesto de que devuelva el importe de los plazos recibidos con las deducciones que en su caso procedan, mediante la consignación en el correspondiente establecimiento bancario o Caja de Ahorros.»

Acusa el centro directivo la necesidad de proceder con todo género de cautelas. En esta línea la resolución da un paso más que su predecesora, y refiere la necesidad de consignar de forma indiferenciada, haya o no terceros, si bien, deja a salvo las deducciones procedentes. No incluye, entre las cantidades a descontar, las retenidas como pena. Pero tampoco las excluye, lo que hubiera sido menester, dadas las directrices de la resolución de 3 de junio de 1961. Hay pues extensión subjetiva, pero no objetiva del deber de consignar, aunque atisba ya esta posibilidad. La extensión objetiva de la consignación habrá de esperar a la inevitable resolución de 29 de diciembre de 1982. Enlaza con la anterior cuando advierte que la cancelación automática del párrafo 2, del artículo 82, de la Ley Hipotecaria «supone un procedimiento que debe ser examinado con todo tipo de cautelas, según ha afirmado esta Dirección General, dado el rigor con que se produce..., y esta cuestión, si cabe, tiene una mayor trascendencia en el supuesto concreto de la facultad resolutoria por el vendedor en caso de compraventa con precio aplazado garantizado con pacto comisorio, que entonces puede aquél, en base al artículo 1.504 del Código civil, por su propia voluntad y sin intervención de los tribunales, decidir unilateralmente la resolución del contrato pactado». Ante esta circunstancia y para que pueda proceder a la reinscripción, «habrá de tenerse en cuenta por el Registrador no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades que este artículo 59 señala, *sino también si se han realizado por el vendedor aquellas obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación*, de acuerdo con el artículo 175-6 del Reglamento, del valor del bien vendido o del importe de los plazos, que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el artículo 1.154 del Código civil».

Este considerando se reproduce literalmente en las Resoluciones de 16 y 17 de septiembre de 1987. En cambio —como hace notar Pedro Avila (16)—, se silencia en la resolución de 29 de septiembre de ese año, el inciso final «cuando pueda tener aplicación la correc-

(16) *Comentarios R. 4 de febrero de 1988*, «RCDI», número 587, julio-agosto 1988, pp. 1359 y ss.

ción judicial» para evitar equívocos sobre la obligación de consignar recayente siempre que haya habido entregas parciales del precio.

La cuestión se acaba —por así decirlo— de perfilar en la resolución de 4 de febrero de 1988: «2.—La resolución exige que simultáneamente se proceda a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato —sin carga o hipoteca impuesta por el comprador— y del precio o prestaciones recibidas por el vendedor (cfr. arts. 1.124 y 1.295 del Cc.)». Aunque, el artículo 175-6, apartado 2, del Reglamento Hipotecario, al exigir la consignación de las cantidades que hayan de devolverse por efecto de la resolución de la venta para la cancelación del asiento de cargas y gravámenes que queden por esa razón extinguidos, no precisa literalmente a favor de quién deba verificarse aquélla, es evidente que la interpretación con el tratamiento jurídico dado a hipótesis similares (arts. 107-7; 131.2, 17 de LH; 175, 2; y 4 del RH), obliga a entender que cuando el bien sujeto a condición resolutoria se haya gravado con posterioridad la resolución comporta que los derechos que antes convergían, sobre el bien rescatado pasan a recaer ahora, por subrogación real u objetiva, sobre las cantidades adeudadas y que, por tanto, su consignación debe hacerse en favor de todos los titulares implicados: tanto el comprador, o quien hubiere asumido su posición, como los titulares de esos gravámenes de modo que la declaración unilateral del primero, de hallarse plenamente reintegrado de cuanto pudiera corresponderle, carece de virtualidad para eximir al vendedor de tal garantía (aun cuando cada uno unilateralmente podría eximir al vendedor, por su parte, de la obligación de consignación).

La Dirección, en un proceso de extensión, acaba por exigir la consignación, como condición previa a la inscripción del vendedor haya o no terceros, en favor de todos los interesados, sin deducción de las cantidades retenidas en concepto de cláusula penal.

F) La doctrina de los autores

En este epígrafe centraré mi comentario en torno a Irurzun, Roca-Sastre y Rodríguez Adrados, en la medida en que anticipan con bastante exactitud los diferentes peldaños que, en la escala de la consignación ha ido subiendo, la Dirección.

Irurzun (17) conjuga los artículos 59 y 175-6 del Régimen Hipotecario para concluir que la nueva inscripción a favor del vendedor precisa, además del título y de la notificación, la previa consignación en un establecimiento bancario o caja oficial del valor de los bienes o del importe de los plazos, que con las deducciones que en su caso

(17) *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio*, «Revista Internacional del Notariado», año 1961, p. 55.

procedan hayan de ser devueltos. Estos mismos documentos deben ser suficientes para provocar la cancelación automática de los asientos de transmisión dominical o de constitución de gravámenes (hipotecas, embargos, etc.), que se hayan practicado con posterioridad a la inscripción de la cláusula, sin que para tal cancelación, con el carácter automático que deriva del artículo 175-6 del Régimen Hipotecario sea preciso el consentimiento del titular registral, ni la declaración o mandamiento judicial. En el caso de haber cláusula penal, concluye que no deberá justificarse la consignación exigida en el artículo 175-6, puesto que no hay devolución del precio, circunstancia ésta que deberá ser tenida muy en cuenta por los terceros, en especial por quienes pretendan la constitución a su favor de los derechos reales de garantía. Irurzun adelanta así una opinión coincidente con la reflejada en la resolución de 17 de noviembre de 1978.

Roca Sastre (18) sólo considera —a diferencia de Irurzun— la consignación en relación a la cancelación de cargas o gravámenes posteriores. A su autorizado entender tiene entonces aplicación el criterio que preside el artículo 107-10 de la Ley Hipotecaria (respecto de las hipótesis de bienes sujetos a condición resolutoria) y concretamente el artículo 175 del Régimen Hipotecario, en su regla sexta —que juzga—, bastante aprovechable para el caso que nos ocupa, aunque no esté pensado para el mismo, como denota, al hablar de acciones rescisorias y de anulación de la venta. Por otra parte, ello no quiere decir —concluye el maestro— que la consignación oficial deba cumplirse siempre, por cuanto, al compás de la *lex commissoria* cabe pacto en contrario.

Rodríguez Adrados (19), añade, «en mi opinión, la exigencia de consignación debiera haberse limitado al supuesto de la existencia de terceros adquirentes de dominio o derecho real, de bienes anteriormente sujetos a condiciones resolutorias o rescisorias, sin intentar proteger quien fue parte en el acto en el que la condición se estipuló, sobre todo cuando, como en nuestro caso, la resolución tiene lugar por su incumplimiento; para él hay cancelación automática —de aquí su inclusión en el precepto—, pero no debiera exigirse la consignación, sino, a lo sumo, un ofrecimiento de pago, aparte de que como expuso Morell, la consignación sólo sería procedente en el caso de no prestarse el comprobador o el acreedor a recibir la cantidad que se hubiera de devolver».

Hasta aquí desarrolla este autor una línea de pensamiento armónica con el criterio, sobre el particular, de Roca Sastre.

En cambio, respecto de terceros —prosigue— «es conveniente exigir la consignación del reintegro no sólo como dice La Rica, cuando se hubiere negado a recibirlo la persona a quien legalmente deba ha-

(18) D.H. 7 ed., p. 814.

(19) *Algunos aspectos de la Lex Commissoria*, «RCDI», 1967, p. 92.

cerse, sino también cuando ésta quisiera cobrar, precisamente para proteger, contra ella, a los terceros inscritos; aunque, por encima de todo, deba quedar claro que el pago o consignación, sólo son precisos, aunque existan terceros, cuando con arreglo a las normas sustantivas haya algo que devolver, pero nunca por ejemplo, cuando el comprador nada pagó que deba restituírsele, o cuando en virtud de pacto, el vendedor pueda retener, como cláusula penal, las partes de precio satisfechas..., el que la pena pactada pueda resultar a juicio de los tribunales, excesiva, no fundamenta el que el comprador conserve, en el interregno, la titularidad registral, ni puede forzarse tampoco al vendedor, para evitarlo, a una consignación *ad cautelam* de todo el importe cuando ha sido la otra parte la incumpliente». Rodríguez Adrados se encamina así tras los pasos de la resolución de 3 de junio de 1961.

Las opiniones recogidas presentan como nota común la insistencia de que no hace falta consignar lo retenido en concepto de cláusula penal. En contra de este criterio, Rodríguez Adrados (20) refiere el comentario de Ginés Cánovas Coutiño, a la resolución de 3 de junio de 1961, en el que no sin cierto aislamiento se muestra partidario de la consignación en todo caso, citando en su apoyo, como argumento de autoridad a Morell que, si bien, no se declara de modo especial y expreso sobre la indeducibilidad de la cláusula penal, no sienta, ciertamente, ninguna excepción respecto del deber de consignar en los actos onerosos.

G) Nuestra visión del particular

Al adentrarse en esta materia conviene tener siempre delante la enorme problemática que se esconde detrás. Es absolutamente innegable que se han producido e incluso multiplicado los casos de abuso, pero el abuso no integra tampoco la verdad absoluta de la *lex commissoría*. La digna función de tratar de acomodar la Ley a la realidad no debe nunca romper el equilibrio necesario entre aquélla y el caso, que quiebra siempre que se va más allá de la equidad, cuando imposibilitados para aplicarla por falta de medios, se recurre pura y simplemente a obstaculizar el efecto automático de la resolución a riesgo de crear un nuevo exceso, el que, pretendiendo corregirlos, acaba por privar al pacto de su normal desenvolvimiento.

En situaciones difíciles uno tiende a buscar un criterio a modo de guía, para salir al paso de las cuestiones suscitadas. En esta búsqueda —pese a lo breve de su comentario—, Roca Sastre nos suministra una idea básica, el artículo 175-6 del Régimen Hipotecario es

(20) *Op. cit.*, p. 94, nota 100.

bastante aprovechable, aunque, en consecuencia, no enteramente aplicable. No ha sido esta la línea de pensamiento esbozada en las últimas resoluciones sin que, por otro lado, exista en la doctrina, una corriente de opinión suficientemente clara sobre la extensión del deber de consignar, ni se haya acabado de asumir enteramente el planteamiento de la Dirección, aplaudido por unos (21), y repudiado por otros (22).

El punto álgido del desacuerdo se alza en torno al carácter deducible o no de la cláusula penal. Esto supuesto, algún autor, Rodríguez Adrados y Roca Sastre, muestran su disconformidad con la consignación si no es al objeto de cancelar derechos de terceros inscritos posteriormente.

Esta doble circunstancia nos induce a distinguir entre la aplicación subjetiva y la aplicación objetiva de la obligación de consignar.

1. *Aplicación subjetiva*

La Resolución de 3 de junio de 1961 previno la consignación únicamente en relación a las cargas o gravámenes existentes a favor de terceros. Sin embargo, en el ambiente retratado en las resoluciones posteriores, era fácil observar en el párrafo primero del artículo 175-6 del Régimen Hipotecario una invitación difícilmente rechazable hacia su aplicación ulterior al comprador estipulante.

Pero en esta hipótesis, a falta de terceras personas involucradas, resulta llamativo, en alto grado, la resistencia a publicar una resolución que está y consta fehacientemente acreditada, a costa de incurrir en la paradoja de mantener, pendiente la consignación, una titularidad que, por definición, se presupone resuelta; y ello a título de garantía del incumplidor felizmente inscrito, sin escrúpulos ante la creación de una suerte de sinalagma entre la reintegración del precio y la reinscripción, al margen de las normas sustantivas que —como declara la propia resolución de 4 de febrero de 1988— lo establecen con la devolución de la cosa. Se introduce, en suma, una separación artificial entre la resolución y su reflejo por medio de la reinscripción, entre los efectos civiles y los registrales con el riesgo de convertir al Registro en un instrumento deformante de la realidad y de llevar al Registrador más allá de las fronteras naturales de la calificación hacia una especie de control acerca del cumplimiento de sus obligaciones por los contratantes; comprobación que si no se requiere en la compraventa originaria, no se ve muy bien, por qué para la retransmisión.

(21) Vid. PEDRO AVILA, *op. y loc. cit.*, nota 16.

(22) Vid. LUCAS BADERIOLA, «RDN», 1985, número 128, pp. 269 y ss.

¿Permite el artículo 175-6 semejante comprobación?

El apartado primero de este artículo, empieza literalmente de la siguiente manera: «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de rescisión o nulidad...»

La exigencia de la previa inscripción de la condición como antecedente para la cancelación de la venta, pone de manifiesto la falta de simultaneidad entre la condición y la venta, que el artículo presupone siempre posterior. Se sigue en la línea marcada en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria cuando establece *sensu contrario* que «se darán en perjuicio de tercero» «las acciones rescisorias o resolutorias que consten explícitamente en el Registro». El tremendo equívoco radica en el hecho de que al ser posterior la venta, el comprador del 175-6 es siempre un tercero del artículo 37 de la Ley Hipotecaria respecto de la condición resolutoria y su originaria estipulación. Por eso, porque, a la postre, es tercero, al igual que cualquier otro titular ulterior de derechos reales, el párrafo segundo del artículo 175-6 requiere en igualdad de términos la consignación también en este último caso. Los dos apartados que componen la regla sexta, del artículo 175, del Reglamento Hipotecario, se refieren pues a los terceros adquirentes del dominio o derechos reales por compraventa o a título oneroso. Así entendido, aunque con tecnicismo poco correcto, el artículo resulta claro.

La consecuencia de lo expuesto, evidencia que la Dirección ha entendido el artículo 175-6 y el deber de consignar más allá de los presupuestos previstos en el propio artículo.

En una visión estricta y ortodoxa de las cosas el artículo 175-6 sólo puede ser invocado, sólo es aprovechable, cuando la condición implique la cancelación de cargas o gravámenes posteriores.

Aun así podría aducirse, como se adujo en el recurso que dio origen a la resolución de 3 de junio de 1961, que, de exigirse la consignación, el comprador de mala fe podría, mediante una hipoteca, sortear los efectos de la resolución. Pero este argumento se disipa, a mi modo de ver, si se observa que el consentimiento prestado por el vendedor a la transmisión aplazada, aun bajo condición resolutoria explícita, provoca un riesgo, al asumir el comprador la facultad dispositiva; riesgo cuyas consecuencias deben repercutir, por principio, sobre los creadores, o lo que es igual, sobre ambos contratantes, al menos en lo que atañe al deber de consignar.

La existencia, en efecto, de una cantidad restituible al lado de una serie de personas que pretenden cobrar, nos lleva a remarcar el evidente paralelismo con la situación registrada en el artículo 1.176 del Código civil, cuando concurren varios pretendientes sobre el derecho a cobrar. Ello corrobora la legitimidad de la consignación, que se convierte en obligada por mor de lo dispuesto en el artículo 175-6.

Porque el fundamento último de la consignación reside en supues-

ta analogía o similitud con la situación contemplada en el citado artículo, sin que, en mi opinión, sea aceptable el razonamiento esgrimado en la resolución de 4 de febrero de 1988, que deriva su necesidad, de la existencia en favor de los terceros de una subrogación real que infiere por vía de armonización con hipótesis similares, de los artículos 107-7 y 131-2, 17, de la Ley Hipotecaria y 175, 2, 3, 4 del Régimen Hipotecario.

Y no estoy efectivamente de acuerdo, porque la subrogación real es inconciliable conceptualmente con la resolución, aquélla presupone la supervivencia de la relación, ésta implica lisa y llanamente su extinción. A partir de aquí, sobra todo lo demás, aunque valga la pena recordar, que la subrogación real sobre bienes singulares no debe extenderse más allá de los concretos preceptos que la disponen. Y ni siquiera habría subrogación sobre la base del 110-2, de la Ley Hipotecaria, porque defenderla implicaría, dar al precio el carácter de indemnización, y a un suceso previsto y antecesor de la hipoteca un carácter posterior e imprevisto, que es lo que requiere el siniestro contemplado en el artículo. Por otra parte, la aplicación de las reglas enunciadas en el 131 de la Ley Hipotecaria no puede extravasarse los cauces del procedimiento que las contiene. En fin, no creo que el justificante de la consignación se encuentre en el principio de subrogación real, sino más bien, en la provisión con la cantidad restituible de un fondo del que poder repetir en su caso los terceros afectados por la cancelación.

Posiblemente, el régimen del artículo 175-6 termine de explicarse si se atiende a la compleja evolución de las distintas reformas hipotecarias en torno a la hipoteca de bienes sujetos a condiciones resolutorias. El artículo 109 de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 había prohibido la constitución de hipoteca sobre los bienes adquiridos bajo semejante condición, salvo consentimiento del titular de ésta, o que el cumplimiento dependiera de la exclusiva voluntad del hipotecante, aunque entendiéndose éste obligado, mientras subsista la hipoteca, a hacer o no hacer aquello de que hubiera de depender la subsistencia de su derecho y quedando civil y criminalmente responsable para el acreedor, cuando por faltar a dicha obligación se extinguiera claramente el pacto que estudiamos. Posteriormente en la Reforma de 1869, se admitió con carácter general la hipoteca, con lo cual desapareció la excepción; pero tengo para mí que el espíritu que alentaba aquélla, en cierto modo perdura en el 175-6, cuya motivación hay que verla, no tanto como exponente de una subrogación real, sino como un fondo de previsión de posibles reintegros. Si enlazamos con nuestra exposición anterior, la compraventa aplazada bajo condición provoca un riesgo al dotar al comprador de facultades dispositivas. Este riesgo se intentó eliminar por el artículo 109 de la Ley Hipotecaria en su versión originaria. Superado el planteamiento inicial, admitida la disponibilidad del derecho del comprador, se trata de paliar la repercu-

sión de la resolución sobre terceros, por medio de la inmovilización de la cantidad —cualquiera que ésta sea— que conforme a lo pactado y explicitado en el Registro, procediera, en su caso, devolver. De esta suerte, el vendedor readquiere libre de cargas, mientras el fondo consignado queda inmovilizado a la espera de las posibles reclamaciones de los terceros afectados por el doble incumplimiento del comprador.

2. *La extensión objetiva*

Entre los presupuestos de la consignación, se encuentra lógicamente la existencia de una cantidad restituible. Cumple, pues, examinar la composición de esa cantidad, especialmente en orden a la absorción o separación de lo retenido en concepto de pena.

El marco en que debe emplazarse el asunto nos lo proporciona la misma resolución de 1982, en tanto se circunscribe a la determinación «de si se han realizado por el vendedor aquellas obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso, la consignación de acuerdo con el artículo 175-6 del Reglamento».

El interés de este considerando reside en el hecho de que deduce la consignación, acorde según la Dirección con el 175-6 del Régimen Hipotecario, de las obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada. La consignación se vincula o conexas a la cláusula pactada originariamente.

¿Cómo conjugar —entonces— la delimitación convencional del *quantum* restituible y la negativa a deducir las cantidades retenidas en concepto de cláusula penal?

El deseo de poner coto a los desmanes ha llevado a la conclusión de que el simple pacto de retención no libera de la consignación, que en última instancia no es devolver, sino depositar.

Se procura así solucionar una legítima preocupación, pero a costa de invertir la situación. Puede suceder, de esta suerte, que se acabe de corregir el posible acceso, con otro, que de menor relieve, se ha de producir, inevitablemente, ya que, obligar a consignar, es tanto como tener que pedir la corrección judicial para recuperar la cantidad.

Se dirá que es un mal menor (aunque ello implique preconizar la amputación como medida preventiva de un mal meramente posible e incierto). Pero la automutilación no deja de ser una salida insatisfactoria. No se escapa esta circunstancia a la propia Dirección, porque late en el fondo de la siguiente declaración formulada en la resolución de 4 de febrero de 1988: «Lo que no significa que entre vendedor y comprador no sean posibles otros pactos conducentes a una retransmisión que deje a salvo los derechos de terceros, pero entonces habrán de cumplirse los correspondientes requisitos de constitución y constar, para su inscripción en el Registro, en escritura pública.»

La Dirección no se fía de la cláusula penal, que puede haber sido

pactada *in continenti* o sin verdadero conocimiento de causa. Pero considera obviado el peligro, si la renuncia a la consignación se verifica *ex intervallo*. Con ello enuncia una posibilidad, pero ¿agota el círculo de las posibles soluciones?

En el derecho intermedio ante la sucesión de renunciaciones y juramentos liberatorios de los requisitos de validez de los contratos civiles, se acabó por instrumentar su anulación, expone Figa Faura (23), sobre la base de presuponer que habían sido prestados o *in continenti* o sin conocimiento de causa. En este último caso, se dio carta de naturaleza a la doctrina de la *cercioratio*, que en síntesis implicaba una inversión de la carga probatoria, para recaer a espaldas del beneficiario de la renuncia. Se advertirá, en seguida, la analogía de situaciones. La exigencia de consignar las cantidades convencionalmente retenidas, provoca finalmente que sea el vendedor y no el comprador el que haya de solicitar la corrección judicial para recuperar la pena.

Ahora bien, paralelamente en el Derecho intermedio la práctica cautelar diseñó procedimientos para salvaguardar la efectividad de las renunciaciones, alejando los temores y riesgos de posibles abusos.

Uno de estos procedimientos fue, de manera similar al registrado en la Resolución de 1988, la renuncia *ex intervallo*, del que no faltan ejemplos en nuestro derecho, así en sede de rescisión por lesión *ultra-dimium* en Cataluña.

Pero no hay que poner fin a los remedios. La prueba se refleja, según creo, en nuestro propio Código civil, porque el artículo 1.477, no hace sino expresar una reacción a la *cercioratio*: «cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiere hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias». Este precepto, afirma nuestra convicción sobre la deducibilidad de la cláusula penal: visto que el comprador puede renunciar a la evicción, ¿por qué no a la consignación de lo que haya de recibir? En cualquier caso y aun bajo los planteamientos de la Dirección, el asunto no sería otro que encontrar una vía que permitiera constatar el efectivo conocimiento de causa, y esta técnica, a mi entender, consiste en instrumentar pura y simplemente una renuncia en términos similares a la contemplada y admitida en el 1.477 del Código civil.

Así, no me parece que resulte inconciliable con la interpretación que hace la Dirección del 175-6 del Régimen Hipotecario, proponer la configuración de la cláusula penal (aunque no sea éste nuestro criterio) como indeducible, salvo que por el comprador se renuncie a este beneficio, con conocimiento de los riesgos consiguientes y some-

(23) Vid. FIGA FAURA: *Estudios t. I. El título preliminar del Código Civil. V.I. Parte General. La Renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la Ley*, pp. 241 y ss.

tiéndose a sus consecuencias. Lo único que se requiere es que se obje-
tive claramente el conocimiento de causa por parte del comprador,
y la cosa, lejos de ser difícil, se traduce, sin perjuicio de otras alter-
nativas, en una simple indicación de la cifra máxima exenta de con-
signación, unida a una expresa advertencia por el Notario de la posi-
bilidad existente, con todo y con eso, de solicitar judicialmente la
moderación de la pena y sobre el indudable riesgo de tener que recla-
mar, en su caso, la cantidad en que consista el sobrante sin que éste
se halle consignado.

A mi manera de ver, esta delimitación convencional del *quantum*
restituible y sujeto a consignación es también operante respecto de
terceros que inscriban posteriormente, puesto que, como precavida-
mente indica el artículo 51-6 del Régimen Hipotecario, las condicio-
nes resolutorias se han de copiar literalmente y ello postula la inscrip-
ción de la cláusula penal que directamente incide en los efectos resti-
tutorios de la resolución. Contra semejante pacto, no pienso que pue-
da prosperar la invocación del artículo 6-2 del Código civil, que ha-
brá de ser rechazada por intempestiva, pues, en última instancia, al
contenerse tal previsión en la compraventa matriz, no es posible ha-
blar con antelación de terceros perjudicados por la resolución, pues
éstos serán siempre, por definición, posteriores.

Finalmente, la propuesta que me he atrevido a sugerir como una
vía de solución, es igualmente compatible con nuestra posición en
torno al artículo 175-6, del Régimen Hipotecario, o lo que es lo mis-
mo, para enlazar con el razonamiento anterior, con la existencia de
terceros ulteriores.

A primera vista, pudiera parecer excesivo habilitar a las partes
originarias para aminorar, o deshacer incluso, una garantía estatuida
en beneficio de terceros, dotando, por así decirlo, al convenio libera-
torio de consecuencias reales. Pero una consideración más profunda
evidencia el carácter residual de la garantía que se encuentra supedita-
da al *quantum* restituible entre las partes, o en otras palabras, que
la licitud del pacto anticonsignación viene abonada por la circunstan-
cia de que en dicho acuerdo la repercusión sobre los terceros se ins-
trumenta a través del sacrificio asumido por el comprador, que habrá
de ver menguada su propia pretensión. Así, por un efecto reflejo del
contrato, la consignación se contrae por modo automático a la canti-
dad predeterminada por las partes. Ello no requiere aceptación expre-
sa por los terceros, salvo que dicho acuerdo resulte, como en el caso
contemplado en la resolución de 4 de febrero de 1988, cronológica-
mente posterior a su existencia como tales.

H) La representación del precio en letras de cambio

a) *La presentación de las letras como presupuesto de la reinscripción*

Debo confesar que no tengo especiales simpatías hacia la letra de cambio, en funciones representativas del precio aplazado, en las compras de viviendas. Por ello, aunque no comparto su opinión, quisiera recoger las palabras de Figa Faura (24), que no por radicales, dejan de situar con nitidez el problema en tanto «se transforma ilegalmente un crédito civil cuya cesión a tercero no extingue según el artículo 1.529 del Código civil, las excepciones que el deudor podrá oponer al primer acreedor, en un crédito mercantil abstracto que, de ser endosado, está sujeto al principio, tan caro a los comerciantes, *de solve et repete*, repetición que para economías débiles, resulta una posibilidad inalcanzable».

No se pretende con ello, a lo que creo, insinuar un cambio de naturaleza del crédito originario, sino resaltar la imposición del régimen jurídico mercantil. Dicho esto, resulta excesivo afirmar el carácter ilegal de semejante transformación; pero es comprensible, porque hay que aceptar que el régimen jurídico de la letra, no está pensado para el hombre civil, como no tiene empacho en reconocer la Ley cambiaria, al anunciar que su promulgación no impide: «que tras los oportunos estudios y cuando las circunstancias sociales y económicas lo requieran pueda abordarse la elaboración de un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras emitidas en operaciones realizadas por consumidores y usuarios». Lo cual, poco menos, que como concluye Figa, significa una remisión a las calendas griegas.

Ello, sin embargo, no ha de llevarnos —contrariamente a lo propugnado por este autor— a una erradicación de la letra de este ámbito civil. De hecho, sin desconocer las posibles extralimitaciones, ha cumplido y cumple todavía un papel relevante como medio para acceder a la propiedad. Por otro lado, en nuestra cotidiana experiencia en la notaría, tiene uno la impresión de que otros sistemas de financiación están desplazando, de la compra de pisos, a las letras de cambio. Hoy es cada vez más frecuente una operación combinada de préstamo y compraventa con una caja o banco como intermediario financiero. Las letras han perdido, pues, en ciertas dosis, el protagonismo que antes poseían.

Con todo y con eso, en la pluralidad de posibilidades, hay siempre una riqueza que no conviene despreciar. Por lo demás, se echa en falta un mecanismo que en la esfera civil permita conjugar la emisión de la letra con las excepciones salvaguardadas en el artículo 1.529

(24) «Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles», A.A.M.N., t. XXVIII, p. 173 y ss, especialmente 190.

del Código civil. La ausencia de ese nexo causal, acaso podría haber sido solventada, por medio de una mención adicional en la letra que pusiera de relieve su emisión en base a la escritura de que se trate y la subrogación del vendedor (librador) en lugar del aceptante caso de resolución o desaparición de la provisión a fin de lograr la consiguiente liberación de éste. Quizá peque con ello de ingenuidad, pues tal limitación ha de dificultar, sin duda, la circulación de los títulos; mas siempre hay remedios en botica; por ejemplo, en el caso de bancos, propugnar, ante el mayor riesgo del descuento, su inclusión en los coeficientes de caja, aunque éstos se encuentren en trance de desaparición en aras de una liberación de nuestra economía. En fin, todo esto son puras disquisiciones. Lo que es claro, de cualquiera de las maneras, es que, sin ser plenamente satisfactorio, el recurso a la letra es una posibilidad que no cabe negar: se encuentra en la realidad y junto a las desviaciones son probablemente mayores los buenos servicios prestados como sistema de acceso a la propiedad.

La Dirección ha enfrentado directamente el tema de las letras: «Considerando —finalmente, arguye la resolución de 29 de diciembre de 1982—, que al igual que sucede en materia de hipoteca cambiaria —como pusieron de relieve, entre otras, las Resoluciones de 26 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978— en que para proceder a la ejecución hipotecaria se requiere que el acreedor presente y tenga en su poder las restantes letras todavía no vencidas, a fin de evitar una doble ejecución, la derivada de la hipoteca y la derivada de la acción cambiaria, en los casos en que se haya pactado en una compraventa con precio aplazado que la falta de pago de una letra da lugar a la resolución, será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas y pendientes de pago por el deudor».

Este mismo considerando se reproduce en las Resoluciones del 16 y 17 de septiembre de 1987.

La Dirección perfila el problema de fondo de la siguiente manera: la resolución, motivada por el incumplimiento reflejado en el impago de una letra (resolución de 24 de marzo de 1987), podría originar una doble ejecución por consecuencia de quedar flotantes las emitidas con vencimiento ulterior.

En la búsqueda de una solución recurre por vía analógica a otras Resoluciones (26 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978) que, respecto de la hipoteca cambiaria supeditan el vencimiento anticipado a la presentación de todas las letras aseguradas.

Pero el argumento, si bien se examina, es incompleto. Las letras, el punto común de referencia, en su caso, anudan la acción hipotecaria, mientras que la condición resolutoria subyace inmóvil en el fondo de la relación causal, sin circular con la letra.

Esta circunstancia no debe pasar inadvertida. El orden de los perjudicados por la ejecución anticipada de la hipoteca y de la condición

se invierte claramente. En el decir de la resolución de 26 de octubre de 1973, el principal interesado por el vencimiento anticipado es el supuesto tenedor de las letras y acreedor hipotecario, acaso desconocedor de la exigibilidad de la hipoteca por adelantado. En la hipótesis de la condición resolutoria preocupa la situación del aceptante.

Más próxima a esta preocupación parece estar efectivamente la resolución de 31 de octubre de 1978, citada con la anterior en aquélla que comentamos, cuando literalmente concluye que la presentación de todas las cambiales «cuyo cobro ha sido garantizado» y de vencimiento posterior a la impagada evita que a la vez que la ejecución hipotecaria pueda tener lugar la de una cambial aislada, y desaparecer, a su vez, las objeciones que derivadas de la aplicación del derecho cambiario, fueron puestas de manifiesto en la resolución de 26 de octubre de 1973.

Es necesario, no obstante, interrogarse si se habría reiterado igual doctrina, relativa la hipoteca, a la obligación causal representada en letras de cambio, sin ser, pues propiamente cambiaria, porque, en última instancia la doble ejecución se predica exclusivamente de los títulos con cobro asegurado hipotecariamente, y es que, en rigor, lo que se trata de remarcar es la imposibilidad de una ejecución sucesiva fundada en un mismo título. Afirmada esta imposibilidad, la presentación de todas las letras soslaya por efecto reflejo el problema que, inherente a la condición resolutoria, suscitan las letras flotantes o circulantes.

Ha sucedido, en realidad, que al trazar la analogía se ha buscado la consecuencia, la presentación de todas las letras, por un camino que no es el adecuado, so pena de introducir en el saco de la doble ejecución, tanto la dimanante de un mismo título, como la resultante de dos obligaciones interrelacionadas, pero figuradas en dos títulos distintos.

En una visión exacta de las cosas, la cuestión no está —por más que se insista— en esa supuesta duplicidad ejecutoria, cuanto, por el contrario, en el alcance de la obligación restitutoria del vendedor, que, en principio, comprende la devolución de todas las letras.

La validez de este planteamiento viene abonada por el hecho de que permite sin quebrantos que la obligación de devolver las letras pueda suplirse con la restitución de su importe, circunstancia inconciliable con la tesis de la doble ejecución, a pesar de su utilidad, demostrada por el hecho de que implica ni más ni menos una sustitución de la provisión, que no priva al aceptante de la correspondiente cobertura, ni impide la resolución cuando las letras —como sucederá en la normalidad de los casos— no sean rescatables por haberse descontado.

El tema, bajo estos presupuestos, se desplaza al terreno ya examinado de la consignación, con algún matiz, según creo, que es preciso destacar.

Al tratar de la obligación de consignar he sostenido que la obligación todo lo más habría de funcionar en un estricto enfoque jurídico, en el solo caso de mediar terceros inscritos. En el caso de figurar letras de cambio, la consignación habría de actuar también entre partes, por la que hace a las letras pendientes, aunque conforme con nuestra interpretación del artículo 175-6 del Régimen Hipotecario, no como un presupuesto de la reinscripción, sino como un sustitutivo de los títulos en la relación interna entre las partes. Naturalmente en la escritura podrán establecerse deducciones de la cantidad a restituir por el procedimiento que hemos indicado a través de la *cercioratio*. Igualmente, podrá prevenirse expresamente la consignación del importe que haya que restituir en sustitución de las letras a modo de contragarantía para el comprador.

b) *La presentación de todas las letras para la cancelación*

No acaban, con lo expuesto, los problemas surgidos con ocasión de las letras de cambio, especialmente, en orden a la cancelación de la condición resolutoria mediante la exhibición de los citados efectos. En esa materia contrasta el espíritu abierto de la resolución de 30 de mayo de 1980, con el verdaderamente restrictivo de las Resoluciones de 21 de julio, 3 y 4 de diciembre de 1986 y 24 de marzo de 1987, pues, si en la primera se otorgó fuerza cancelatoria al acta de exhibición no prevista en la escritura originaria, en las recaídas posteriormente se ha negado la cancelación cuando la escritura no recoja el número y la serie de las cambiales, aun a pesar de aportar todos los demás datos identificativos, cuando las partes se contentan expresamente con los mismos y el vendedor presta su consentimiento por anticipado.

La primera de las Resoluciones citadas, de 21 de julio de 1986, reacciona, sin mayores especificaciones, ante lo que considera una posibilidad aventurada, pues: «aun cuando se contenga en el pacto discutido cuatro de las circunstancias fundamentales para su identificación, resulta un tanto aventurado que solamente en base a las mismas quede cerrado todo el círculo identificativo, al estar omitido, entre otros, un dato tan esencial como es la serie y el número de la letra, que por no figurar en el documento básico, cualquiera que haya podido ser la causa que lo motive (no haberse emitido o que habiéndolo sido no estén ya en poder del vendedor) podría originar toda una serie de consecuencias que se desviasen de la finalidad lícita pretendida, pudiendo provocar cancelaciones no acordes con la realidad extrarregistral».

Acontece, sin embargo, que la posibilidad de crear cancelaciones no concordes con la realidad registral no se evita, con la indicación del número y la serie, y existe incluso cuando se supedita al consentimiento del titular registral.

Es por ello, que la Dirección ha tenido que esforzarse en la búsqueda de una motivación más sólida. Las Resoluciones de 3 y 6 de diciembre, reiteradas en la de 24 de marzo de 1987, concluyen que: «la exigencia de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, así como de la documentación auténtica del hecho o acto inscribible para su acceso al Registro (art. 3 de la LH), conduce a la necesaria cancelación de un asiento cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito (art. 2-1; 79-2, LH, y 173 de su Reglamento). Por tanto, en el caso contemplado, si lo que se pretende es cancelar la condición resolutoria estipulada en garantía de la parte del precio, aplazada porque ha tenido lugar su pago (causa de la cancelación que deberá reflejarse en el asiento correspondiente art.173-2 del RH), será requisito ineludible la justificación de la realidad de dicho pago y de su correspondencia con el crédito cuya garantía se trata de cancelar».

«Ahora bien, dado que el precio aplazado se incorporó a determinadas letras de cambio que no fueron debidamente identificadas en el título base, por cuanto se omitió en su descripción la serie y el número, no cabe deducir del acta presentada una prueba suficiente, a efectos registrales de la realidad del pago de la parte del precio garantizada. El consentimiento que anticipadamente prestara la parte vendedora, no puede suplir esta deficiencia, pues, si bien es cierto que los otorgantes pueden configurar otros supuestos de extinción del derecho inscrito distintos del pago del débito garantizado, no puede prever un mecanismo cancelatorio que obvie la exigencia básica de justificación fehaciente de la realidad de la causa de la extinción que se pretende reflejar registralmente. Piénsese que la condición resolutoria inscrita recae determinadamente sobre la finca vendida, cuyo precio aplazado se garantiza; que la garantía se refiere a esa obligación y no a cualquier otra que pudiera haber surgido, por venta de otras viviendas o por cualquier causa, entre vendedor y comprador; que el acreedor garantizado puede ser el vendedor o un cesionario del crédito (S. de 23 de octubre de 1984); y el comprador (deudor) de diversas viviendas, al ultimar el pago correspondiente a una de ellas, puede ser o no dueño de las diversas fincas que soportan la respectiva garantía.»

El centro directivo sostiene, en resumidas cuentas, que es imprescindible para obtener la cancelación la justificación fehaciente de la realidad del pago o de la causa extintiva de que se trate; que al no constar ni el número ni la serie, estas diferencias no pueden ser suplidas por el consentimiento anticipado del vendedor, porque no se está ante una causa de extinción convencional, sino más bien ante la improvisación de un mecanismo cancelatorio que elude la primera exigencia.

La premisa mayor, la necesidad de justificar fehacientemente la real extinción del derecho inscrito, será predicable en los casos de

extinción legal del derecho, pero de ninguna manera —como arguye Del Río García Sola (25) en su comentario a la resolución de 24 de marzo— en aquellos otros en los que media un consentimiento cancelatorio anterior y ligado a un hecho, ya sea la llegada de una fecha, ya el acta notarial de que se trata. Para el señalado comentarista la Dirección acaba por confundir la causa de la cancelación y la causa de la extinción del derecho. La causa de la cancelación será el consentimiento del titular registral o la sentencia firme, y la causa de la extinción del derecho las pactadas por las partes o las establecidas por el ordenamiento. Los supuestos de extinción convencional del derecho requieren siempre, para su reflejo registral, el consentimiento del titular, anticipado o posterior, o sentencia firme que lo declare, mientras que no en todos los casos de extinción legal del derecho sucede lo mismo. La resolución citada de 30 de mayo de 1980 es prueba de ello.

Aunque estoy de acuerdo con las apreciaciones de Del Río García Sola, resulta más claro distinguir, tal como sugiere el profesor Díez Picazo (26), entre causa de la cancelación, conforme al artículo 79, y título de la cancelación de acuerdo con el artículo 82. Esto supuesto, cuando el título recoge el consentimiento del titular, aun supeditado al acta de exhibición, no es correcto ir más allá de lo exigido por el vendedor, y recabar la demostración de la causa, porque también respecto de la cancelación —cual recuerda Díez Picazo— rige el principio expuesto en el 1.277 del Código civil.

Así pues, sin entrar en mayores precisiones conviene retener una idea fundamental: el consentimiento del vendedor excluye la necesidad de justificar la finalización del derecho.

De esta suerte, negada la premisa mayor, decae por completo el silogismo montado por la Dirección. Pero, aun sobre esa base, para redondear el comentario es conveniente apurar el análisis de las restantes afirmaciones verificadas, sin perder de vista en la distancia de los dogmas que el Registro no puede, por principio, interferir en la autonomía de los particulares, para investir a la garantía como condición previa a la inscripción de una perdurabilidad no querida por las partes.

Aclarado lo anterior, la cuestión que preocupa tanto a la Dirección como a Del Río García Sola, estriba en la existencia de una hipotética disociación entre el pago del precio y las letras a raíz de una sucesiva o simultánea multiplicación de éstas.

Ello se traduce en tesis contrapuestas: la que al parecer sostiene el referido comentarista, de que hay una extinción convencional dis-

(25) *Comentario a la R. de 24 de marzo de 1987*, «RCD1», 1987, número 583, pp. 1834 y ss.

(26) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, ed, Tecnos, Madrid, 1978, p. 428.

tinta del pago, y la esgrimada por la Dirección, al negar que haya propiamente extinción, lo que determina sin solución de continuidad que el consentimiento formal del vendedor resulte insuficiente por carecer de causa.

Las cosas son probablemente más fáciles, si se repara que, frente a la predicada ausencia de conexión, existe una auténtica conexión *in genere* entre las letras y el pago del precio, que permite su completa identificación, sin necesidad de nuevo convenio (art. 1.273) mediante el acta notarial de exhibición ulterior (con indicación del número y la serie) y que, en última instancia, el consentimiento del vendedor traslada implícitamente al comprador la facultad de especificar.

Es indudable que ello puede representar un riesgo para el vendedor, pero lo es igualmente que se trata de un riesgo controlado, porque la duplicidad de las letras es imposible sin su consentimiento. Pero aun entonces, lo normal será que las letras exhibidas, correspondan a las representativas del precio, ya que la consecuencia que puede originar la reproducción de las letras, es la creación de un género intercambiable o una especificación por vía de exclusión si en las restantes emisiones se precisa el número y la serie respecto de la obligación de que se trate. En el primer caso, por aplicación del 1.116 *sensu contrario* y del 1.172 del Código civil, el deudor podrá pagar con cualquiera de las cambiantes emitidas. En el segundo caso, deberá aplicar cada letra a su obligación correspondiente, sin que pueda acudir al 1.166 del Código civil, aunque al abonar las letras pueda siempre elegir las que crea convenientes (art. 1.172 del Cc.). Por tanto, aunque la posible duplicidad apareje un riesgo, además de controlable, por el vendedor, lo normal será (vistos los arts. 1.166 y en su defecto 1.172 Cc.), que la exhibición de las letras coincida con la extinción de la condición resolutoria. En todo caso, lo que importa retener es que la oponibilidad de las emisiones realizadas requiere su indicación en el Registro. A falta de consignación, no cabrá aducir su posibilidad como argumento denegatorio de la cancelación de que se trate. La calificación se hace por los documentos presentados y los asientos del Registro, no con arreglo al cálculo de probabilidades.

Desde el punto de vista del Registro no hay una cancelación condicionada, sino una autorización para cancelar mediante la exhibición de las letras que reúnan las condiciones preestablecidas. La única razón hábil para negar el acceso del pacto examinado, estaría en la necesidad de proteger los derechos de terceros. Así lo intuye la Dirección y propone, a modo de reflexión, a unos perjudicados que, con todos los respetos, no tienen por qué ser considerados registralmente.

El primer perjudicado es, según la Dirección, el cesionario del crédito garantizado, a pesar —advierde Del Río García Sola (27)— de

(27) *Op. y loc. cit.*

su absoluta irrelevancia registral, puesto que en su calidad de cesionario estará vinculado por los pactos precedentes.

El segundo perjudicado requiere un cierto esfuerzo de imaginación: se piensa en la posibilidad de que el comprador adquiera del mismo vendedor varias viviendas, cada cual con condición resolutoria y con letras de nominal y vencimientos idénticos, y que luego, venda alguna de ellas a un tercero, que resultará comparativamente agraviado si la cancelación se preconizase de una finca distinta de la suya propia.

Ahora bien, el supuesto perjuicio, nacido de la imputación de las letras a una finca distinta, no expresaría otra cosa que el impago por el primer comprador del precio correspondiente a la finca nuevamente transmitida, y contra ese riesgo, siempre latente, no existe ninguna medicina registral.

Cuestión diferente aunque próxima es la introducida en la resolución de 24 de marzo de 1987, sobre la posibilidad de resolver por impago de las letras sin serie ni número de identificación. La citada resolución parte erróneamente de la necesidad de acreditar el incumplimiento como presupuesto de la resolución, cuando en rigor la prueba del pago, compete al deudor (art. 1.214 Cc.). Sentada esta premisa, es evidente, con relación a la hipótesis anterior, que la imputación de lo pagado a una de las fincas, puede desencadenar una resolución en perjuicio de tercer adquirente, pero ello es igualmente inevitable cuando, pese a figurar el número y la serie, el deudor elige pagar unas letras en vez de otras; y es que en rigor dicha indicación no asegura el puntual cumplimiento del obligado, ni detiene la posible repercusión sobre terceros del impago sobrevenido.

Una situación similar es la contemplada en el artículo 124, de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor «si la parte del crédito pagada se pudiera aplicar a la liberación de una u otra de las fincas gravadas (con hipoteca) por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre». Al adquirente posterior, siempre le quedará la posibilidad —enunciada tanto en el 221 del Régimen Hipotecario respecto del caso anterior, como en relación al nuestro en el más general, artículo 1.158 del Código civil—, de abonar la deuda y solicitar la cancelación.

Recapitulando, el pacto es perfectamente inscribible porque la cancelación basada en el consentimiento o autorización del vendedor no precisa acreditar fehacientemente la extinción del derecho inscrito, que por otra parte es lo que normalmente reflejará la exhibición de las letras. La inexistencia de otras emisiones es inoponible si no consta en el asiento pertinente, y el único perjudicado posible, el propio vendedor autorizante, sin que haya terceros que proteger registralmente.

2. LA RELACIÓN ENTRE EL 1.859 Y 1.884 DEL CÓDIGO CIVIL

Las *Resoluciones de 24 de marzo de 1987 y de 16 de noviembre de 1987*, declaran que: «Por otra parte existe en nuestro ordenamiento la prohibición del pacto comisorio, por el que se atribuye al acreedor la facultad de adquirir un bien del deudor como consecuencia del incumplimiento por éste de sus obligaciones (arts. 1.859 y 1.884 del Cc.), y si bien dicha prohibición tiene una excepción concreta en el artículo 1.504 del Código civil no procede extender la garantía arbitrada por la norma, a prestaciones accesorias derivadas del contrato de compraventa.»

La existencia de una prohibición general del comiso en el seno de nuestro Código civil había sido anticipada por la resolución del 10 de junio de 1986, aludida en otra de 30 de junio de 1987 y reiterada más recientemente en la resolución de 29 septiembre de ese mismo año. La novedad que aportan a esta doctrina las Resoluciones del 24 de marzo y 16 de septiembre, consiste en incluir dentro del comiso al artículo 1.504, cuyo tratamiento positivo configuran como una excepción al régimen general prohibitivo.

La conclusión de la Dirección General se asienta en dos premias que conviene examinar con todo cuidado: la mayor, que existe una prohibición general del comiso; la menor, que una excepción viene a ser la cláusula resolutoria del artículo 1.504.

Prohibición del comiso y 1.504

Empezaremos nuestro análisis por el punto que nos parece dotado de menor firmeza: la fusión del artículo 1.504 con el pacto comisorio de los artículos 1.859 y 1.884 del Código civil, a fin de convertirle en excepción a la prohibición general primeramente afirmada.

Irurzun (28) pone de relieve que en Roma coexistieron ambos pactos, el inserto en la compraventa y el atinente a los contratos de su garantía, bajo una misma denominación, pese a sus diferencias. No se comprende bien, a su juicio, cómo dos figuras tan distintas pudieron ser denominadas con el mismo apelativo. Es cierto que en ambos casos se trata de arbitrar un remedio para el caso de incumplimiento, de violación del pacto, pero el remedio tiene diversa finalidad y actúa a través de un mecanismo distinto en cada caso. La tradición histórica nos brinda una explicación que hoy no convence, que es la de configurarlas como manifestaciones de una venta condicional.

La verdad es que no está claro si en su génesis la *lex commissoria* fue una única disposición con distintas manifestaciones en la compraventa y los derechos de garantía —como sostiene Biscardi (29)— o

(28) *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

(29) *Vid. Studi in onore di Emilio Betti*, v. II, Milán, 1962, p. 573 y ss.

bien sendas leyes, con distinto ámbito de aplicación, caracterizadas según entiende Burdese (30), porque primitivamente tanto en el caso de la venta cual en el de la fiducia se manifestaban como un condicionamiento suspensivo de la obligación de restituir, supeditada, al pago del precio, en la compraventa, o al cumplimiento del débito en la fiducia.

Pero, lo que no ofrece duda desde una perspectiva actual es el evidente alejamiento entre ambas figuras, por cuanto —cual advierte Irurzun (31)— en los contratos de garantía el comiso no tiene nada que ver con la idea de resolución, que llevaría aparejada en dicha hipótesis la contradictoria exigencia de devolver la cosa al deudor.

Esta distinción perdura, aun en el caso de que la resolución vaya acompañada de una cláusula penal, supuesto que Irurzun denomina cláusula resolutoria con comiso. Es cierto que, a semejanza del comiso propiamente prohibido, se opera entonces una retención que exime de la restitución; pero esta retención no se proyecta sobre la cosa, sino sobre las cantidades que ha de devolver el vendedor, opera en un instante lógico posterior, presupuesta la resolución. El juego de la pena puede producir abusos, lo mismo que el comiso, pero esa posibilidad no excluye sus diferencias conceptuales y se procura solucionar mediante el recurso aprobado en el 1.154 que regula su moderación equitativa por el Juez.

El comiso prohibido en los artículos 1.859 y 1.884 del Código civil, rectamente entendido, consiste en la apropiación de las cosas dadas en garantía por falta de pago por el acreedor insatisfecho con el consiguiente riesgo de una potencial desproporción entre el *quantum* debido y el obtenido, por medio de la apropiación. Entiéndase bien, el comiso no requiere que haya abuso propiamente dicho, sino que pretende evitar el riesgo de que se produzca, trata de erradicar una posible *captatio*. De ahí la prohibición que da paso a los correspondientes procedimientos legales para la realización de la garantía.

LA prohibición general del comiso

1. *El alcance de la prohibición*

Aun cuando de lo escrito resulta evidente la improcedencia de fusionar la cláusula resolutoria con el comiso, es conveniente profundizar en el examen de la premisa mayor contenida en las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre, relativa a una prohibición general del comiso en los contratos de garantía.

(30) *Lex commissoria e ius vedendi nella fiducia e nel pignus*, pp. 13 y 15.

(31) *Op. y loc. cit., supra*, nota 28.

Presupuesto del análisis que haremos en las siguientes páginas viene a ser el de la necesaria tipicidad, o no, de los derechos reales de garantía. Es frecuente que el consabido *numerus apertus* en materia de derechos reales se trate de limitar marginando de su ámbito los derechos reales de su garantía. Esta excepción carece, a nuestro modo de ver, de la necesaria base legal, que contrariamente ampara a los defensores del *numerus apertus*, en esta parcela, inclusive. Es inevitable recordar el artículo 1.255 del Código civil aplicable con carácter general y del que cabe deducir la existencia de contratos atípicos de garantía, como reconoce, por ejemplo, la Sentencia de 22 de diciembre de 1987, en la que se hace referencia a una compraventa efectada de simulación relativa, «por cuanto no fue compraventa lo pactado, encubriendo un contrato atípico de garantía». La propia Dirección General de los Registros se mueve en esta línea cuando proyecta la prohibición del comiso a figuras distintas de las típicas. Precisamente, donde fija su doctrina sobre el carácter general de la prohibición, es en sede de opciones y ventas en garantía.

Es fundamental en este sentido la resolución de 10 de junio de 1986, cuyos fundamentos segundo y tercero reproduzco a continuación:

«Que ya las Partidas (P. 5, 13, 12 y P. 5, 5, 41) recogían la prohibición del pacto comisorio, que fue establecida por el Emperador Constantino, y declaran nulo el pacto por el que se estipula que el acreedor adquiriría la cosa dada en garantía (peño) en el caso de que la deuda garantizada no fuera pagada en su tiempo, y el Código civil recoge estos criterios tradicionales al regular los distintos tipos de garantía real, recaiga ésta sobre muebles o inmuebles, y haya o no desplazamiento de posesión, y esta prohibición se manifiesta directamente en preceptos como los recogidos en los artículos 1.859 (para la prenda o la hipoteca) o en el artículo 1.884 (para la anticresis) e implícitamente se confirma la prohibición cuando con normas imperativas se determinan los señalados casos en que, cumplidas las cautelas y procedimientos establecidos, el acreedor pueda llegar a apropiarse de las cosas dada su garantía (art. 1.872 Cc., 129 y 131 LH; 234 y 235 RH; 84, 86, 87, 88, 89, 92 y 94 Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento; art. 323 C. de Com.; 1.504, 1.505, 1.508, 1.519 Ley de Enjuiciamiento civil).»

«Que dado el carácter restrictivo con que debe interpretarse toda prohibición —añade el tercer considerando— algún autor clásico y también algunos autores modernos han defendido la posibilidad del pacto comisorio autónomo, es decir, del que se establece entre acreedor y el dueño del bien, sin constituir sobre él, a la vez prenda, hipoteca o anticresis; pero si en otro tiempo podía estar justificado a veces no ser riguroso en el entendimiento en el alcance de la prohibición sobre todo por la ausencia de un ordenado sistema de publicidad registral o inmobiliario, hoy no hay ninguna razón para una interpretación restrictiva, favorecedora del fraude, si se tiene en cuenta la ratio

de la prohibición del pacto comisorio, y por eso si se admitiera tal pacto «no querrían los omes rescibir de otra guisa los peños» (P. 5, 13, 12), con grave detrimento del deudor, que no aisladamente, sino en múltiples supuestos, como la experiencia demuestra, habría de obligarse, si quisiera obtener o prorrogar un crédito a las exigencias del acreedor y a que las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a los valores reales.»

Esta Resolución se complementa con la de 30 de junio de 1987, atiende a una venta en garantía, respecto de la cual recoge la doctrina de la Sentencia de 19 de mayo de 1982, cuando advierte que en la fiducia *cum creditore* no hay enajenación propiamente dicha, sino garantía o afianzamiento del débito, lo que provoca la limitada eficacia real de la venta en garantía, al tiempo que añade que: «En este sentido, en la operación celebrada —bajo la denominación particularmente impropia de venta en garantía, pues a diferencia de los supuestos ordinarios de ésta en el que al menos se hace figurar un precio, falta en el presente supuesto referencia a este elemento esencial de toda compraventa—, al sacrificio traslativo de una de las partes contratantes no corresponde ninguna promesa o prestación correlativa a cargo de la otra que lo equilibre; la satisfacción de la exigencia de garantía que acompaña a la concesión del crédito a cubrir no puede merecer tal consideración; la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno; a lo sumo podrá fundar una transmisión eventual a consolidar en caso de incumplimiento, pero tal hipótesis choca frontalmente con la prohibición legal del pacto comisorio, proclamada, entre otros, en los artículos 1.859 y 1.884 del Código civil. Incluso hay que afirmar que esta finalidad de garantía se opone a que la verdadera voluntad de las partes contemple una transmisión real definitiva, lo que necesariamente deberá repercutir en la valoración jurídica de la operación perseguida y así lo corrobora la previsión restitutoria en caso de satisfacción adecuada en la misma escritura.»

a) *El criterio interpretativo de la Dirección*

La Dirección, a la par que recurre a la actualidad como criterio interpretativo para prescribir una visión restrictiva de la prohibición, recuerda las Partidas, cuando nos dicen que «no querrían los omes rescibir de otra guisa los peños». El problema que aparentemente se ignora es que en la práctica, producido el pacto *in contenti*, lo normal es que se mantenga oculto, o que simplemente se silencie la finalidad de garantía para conseguir una cómoda inscripción y quedar bajo la salvaguardia de los tribunales. Es más, me atrevería a decir que esto es lo que ocurre con la mayor parte de las opciones y ventas en garantía; y la propia Dirección se extraña en la resolución de 30

de junio de 1987 de que se confiese abiertamente la función de garantía asignada a la compraventa «cuando en los supuestos ordinarios se hace figurar un precio».

Por otra parte, la existencia de un sistema registral inmobiliario contribuye ciertamente a paliar alguna de las desventajas que en otro caso sería imputable a los derechos sin contacto posesorio, a la par que se asegura la pervivencia del derecho pendiente de realización. Pero, aunque ello disminuya el interés por el llamado pacto comisorio autónomo, no justifica trocar una supuesta interpretación restrictiva de la prohibición, cuando alcanza a derechos sin constancia registral como la prenda. Es igualmente curioso que se haga alusión a la posible infravaloración de las cosas dadas en garantía, por cuanto como, desgraciadamente, la experiencia demuestra, esta es la fatal consecuencia de las subastas judiciales.

Pero lo grave es que al favorecer una interpretación extensiva de la prohibición, se corre el riesgo por negar la apropiación de negar también la garantía en contra del criterio reflejado en el artículo 1.884, que, pese a decretar la nulidad del comiso, legitima al acreedor para pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

Ahora bien, no es esto lo que quiere decir la Dirección General, aunque otra cosa pudiera deducirse de la nulidad predicada para el pacto comisorio autónomo en la resolución de 10 de junio de 1986; lo que se pretende significar es que no puede por su intermedio conseguir el acreedor la apropiación proscrita en los artículos 1.859 y 1.884 del Código civil; de otro modo carecería de sentido la resolución de 30 de junio de 1987, que no anula la garantía, aunque se oponga, en función de ésta, a la existencia de transmisión dominical.

b) El criterio interpretativo del Tribunal

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al tratar del *fiducia cum creditore*, no está acorde con el de la Dirección General de los Registros. El Tribunal Supremo omite significativamente toda referencia a la prohibición de comiso, que implícitamente excluye al corroborar que tanto la opción como la venta en garantía están amparadas en el 1.255 del Código civil y por tanto no son contrarias a una Ley prohibitiva (art. 6.3 del Cc.).

Esta diferencia no se supera por la referencia de la resolución de 30 de junio de 1987 a la Sentencia de 19 de mayo de 1982, a pesar de que la Sentencia de 8 de marzo de 1988, tras recoger con ánimo conciliador las precedentes de 19 de mayo y 2 de junio de 1982, así como la de 6 de abril de 1987, cuide de precisar en esa misma línea que semejante doctrina «tampoco pugna con el criterio de la Dirección de los Registros y del Notariado, a efectos de no inscripción

de una escritura en la que se otorga un contrato con la denominación de venta en garantía».

El hecho cierto es que las Sentencias —que la anteriormente mencionada intenta concordar—, silencian todas la prohibición del comiso. Por lo demás, no se puede ignorar que el criterio jurisprudencial reflejado en la Sentencia de 19 de mayo de 1982 va más lejos que el recogido en las Sentencias de 2 de junio de igual año y 6 de abril de 1987.

Es verdad que se atiende a problemas distintos; la Sentencia del 19 de mayo contempla la situación del bien respecto del fiduciante quebrado, mientras la de 2 de junio de 1982 alude al derecho de retención sobre la cosa correspondiente al fiduciario, y la de 6 de abril a la cauducidad de la opción concedida al deudor para recuperar la cosa dada en garantía.

El punto de coincidencia de todas estas Sentencias se encuentra en la invocación del artículo 1.255 en orden a la licitud de la operación, reforzada incluso por la alusión en la Sentencia de 19 de mayo de 1982, al artículo 2-3 de Ley Hipotecaria, negando que pueda motejarse al contrato «cual ficticio, aparente o disimulado por ser real y existente y querido por las partes...»

La discordancia aparece en el momento en que se tratan de concretar los efectos de la relación constituida.

La Sentencia de 19 de mayo de 1982, señala que «es justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía, que no puede oponerse al fiduciante, por no haberse operado una verdadera transmisión, del dominio *inter partes*, «por lo que no puede accederse a la pretensión del fiduciario de que la finca quede en su patrimonio, y no en la masa de la quiebra del fiduciante».

La Sentencia de 2 de junio de 1982, insiste en la validez de la venta en garantía y añade que en tanto no se devuelva el préstamo el fiduciario está asistido de un —ius— o *titulus retinendi*, que no permitirá que se le imponga la restitución, al no haber un simple préstamo, sino un contrato que entraña mayores efectos, pues ocasiona una transmisión basada en la buena fe. Esta Sentencia alude a la existencia de una transmisión pero no dice que ésta sea dominical.

El paso a la transmisión dominical se da en la Sentencia de 6 de abril de 1987. Esta Sentencia se refiere a una operación compleja en la que el préstamo se garantizó con una compraventa en favor del acreedor reservando al deudor una opción contra pago de lo prestado. Tras citar y recoger el criterio contenido en la Sentencia del 2 de junio de 1982 señala que «*de acuerdo con tal doctrina* no cabe estimar... que el fiduciante siga siendo dueño de la cosa, siendo el contrato fiduciario un mero instrumento para articular en la práctica la obligación del fiduciario de reponer formalmente a aquél en la posesión de la cosa, sino que por el contrario *se ha operado una*

auténtica transmisión de la cosa basada en la buena fe y con atribución dominical al fiduciario». Por consiguiente, niega que haya que restituir la cosa, caducada la opción del fiduciante.

En esta misma línea la Sentencia de 20 de mayo de 1896, atinente a un préstamo con opción de compra otorgada al acreedor en función de garantía, que considera perfectamente válida y acorde incluso al artículo 14 del Régimen Hipotecario, siquiera se aparte de la tesis del negocio fiduciario esgrimida por el recurrente, a pesar de su validez y licitud (SS. de 28 de enero de 1946, 3 de mayo de 1955 y 9 de diciembre de 1981), por estimar que semejante calificación requiere que la función de garantía no se exteriorice.

Aunque no estoy de acuerdo en la trascendencia calificatoria que atribuye al carácter tácito o expreso de la función de garantía, esta Sentencia, en lo que atañe a los contratos de garantía, se incardina en la línea de las anteriores al sancionar la licitud o validez de la opción en garantía y en comunión, concretamente con la Sentencia de 6 de abril de 1987, al no oponer ninguna cortapisa al ejercicio de la opción, en contraste con la resolución que recaería veinte días después.

c) Nuestro criterio sobre el particular

La oposición existente entre la Dirección General y el Tribunal Supremo a la hora de invocar la prohibición del comiso se debe resolver tomando como pauta las acertadas palabras de Puig Brutau (32): «el justo rigor de estas reglas no permite olvidar sus límites. Es preciso no confundir esta prohibición del pacto comisorio con la posibilidad de convenir una verdadera compraventa, aunque sometida a la condición de que el deudor deje de pagar la deuda existente. Pero es igualmente preciso evitar que un verdadero pacto comisorio quede desfigurado bajo la apariencia de una compraventa».

La advertencia del insigne civilista pone de relieve la necesidad de guardar el adecuado equilibrio en la materia. Ahora bien, el equilibrio se mantiene paso a paso. Esto pueden hacerlo los tribunales, asegurándose de la auténtica naturaleza de la relación en cada caso. Por el contrario, la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros se produce en términos más limitados: los actos inscritos no deben arrojar dudas acerca de la extensión de sus efectos. Por ello debe constar con claridad cuál es la función que están llamados a desempeñar, si de garantía o atribución dominical, o bien si ambas cosas; aunque, en este caso, a fin de evitar que el pacto comisorio quede desfigurado bajo la apariencia de una compraventa, será nece-

(32) *Fundamentos del Derecho civil*, 3.^a ed. Bosc, 1983, p. 19.

sario perfilar con claridad el tránsito de la garantía a la atribución dominical, mediante el establecimiento de un procedimiento objetivo para determinar el valor de la cosa. En rigor todo lo anterior no es sino consecuencia del principio de especialidad que claramente late en el trasfondo de la resolución de 30 de junio de 1987.

La diferencia entre el plano civil y el registral puede justificar que el contrato atípico de garantía civilmente válido no sea inscribible. Posiblemente sea esta la explicación del por qué la Sentencia de 8 de marzo de 1988 considera que no hay pugna entre la doctrina propia y la de la Dirección.

Pero entonces resulta excesivo que se oponga como defecto para llevar a cabo la inscripción una prohibición que impone la nulidad del pacto. De hecho el camino es recurrir al principio de especialidad: al mezclar la función de garantía con la atribución dominical no queda suficientemente definida la voluntad de los particulares y ello puede provocar una apropiación, que disimule o disfrace un auténtico pacto comisorio. La exigencia de claridad no postula, sin embargo, la exclusión registral de toda opción o venta en garantía. El otro camino, en cambio, aplicación extensiva de la prohibición, implicaría el cierre registral en todo caso.

Por ello estoy en desacuerdo con la Dirección al extender el pacto comisorio a todos los contratos que cumplan una función de garantía. El problema, como demuestra atinadamente la Sentencia de 19 de mayo de 1982, se sitúa con carácter previo, en el alcance de la causa de garantía, en su insuficiencia para provocar una transmisión dominical plena. El tema —y esta es la única manera de conciliar la jurisprudencia del Tribunal Supremo— se desplaza a la suficiencia o no de la causa; si no hay transmisión dominical no puede hablarse de comiso por falta de presupuestos; si hubo, junto a la garantía una transmisión dominical, habría que delimitar si la apropiación fue por falta de pago de la deuda (art. 1.884) o si esta circunstancia fue únicamente el presupuesto para una auténtica compraventa. En el primer caso habrá comiso; en el segundo, no. En caso de duda, al no venirse en conocimiento de la intención de las partes el pacto habrá de considerarse nulo conforme al 1.289-2 del Código civil. Ante semejante situación registralmente debe despejarse toda duda por cualquiera de los procedimientos que se dirán, al ocuparnos de la realización de la garantía.

2) *La realización de la garantía*

El planteamiento de esta cuestión presupone la previa revelación de la *causae fiduciae*. De acuerdo, por otro lado, con lo expuesto anteriormente presupone también una estricta función de garantía, sin que tenga aplicación esta problemática en aquellos casos en los que la garantía ceda el sitio a una auténtica transmisión dominical.

En este extremo el punto de vista que sigue de las Sentencias de 20 de marzo de 1986 y de 6 de abril de 1987, parece inclinarse hacia la realización automática o consolidación dominical plena por razón del simple incumplimiento.

No es este, por el contrario, el criterio que se deduce de la Sentencia de 19 de mayo de 1982 en la medida en que declara «que no puede accederse a la solicitada incorporación al patrimonio del fiduciario, por modo definitivo del derecho de propiedad sobre la finca objeto de la compraventa, ya que no fue ésta la finalidad perseguida, sino que se quiso sólo garantizar la efectiva devolución de lo percibido. De modo que acceder a lo pretendido significaría en el fondo atribuir al contrato una calificación diferente de la que se acomoda a su verdadera naturaleza jurídica y vender en abierta pugna con la reconocida voluntad de las partes, lo que no puede tener acogida en el terreno de la ética ni de la legalidad de que aquélla es fuente, cual aconteciera si se admitiera la incorporación al propio patrimonio, sin traba alguna, de lo que se trató como mera garantía...»

Es efectivamente en esta fase de realización de la garantía donde puede plantearse como hace la resolución de 30 de junio de 1987, el problema de una posible apropiación sin causa. No se incurre en el comiso porque no se produce la apropiación correlativa. Ahora bien, si no hay consolidación dominical inmediata al incumplimiento, ¿cómo actúa la garantía?

Según la Sentencia de 2 de junio de 1982 el fiduciario seguirá gozando de un *ius retinendi* frente al fiduciante. Se tratará de un derecho de retención con una limitada eficacia real.

Pero, ¿podrá el fiduciario realizar la garantía? El artículo 1.858, cuando afirma que es de «esencia a estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas dadas», se refiere a la prenda y a la hipoteca solamente. «Esta cuestión, la existencia o no de un derecho de realización de valor, añadido al *ius retinendi*, va a depender de la voluntad de las partes. Supuesta esta voluntad, que será lo normal, el problema del comiso puede entrar en juego en orden a la eficacia del pacto que permita la consolidación dominical *ipso iure*. En este punto habría que recordar sin solución de continuidad lo expuesto por Puig Brutau sobre el comiso disfrazado o solapado en un contrato atípico de garantía. Es, en este sentido, como a nuestro modo de ver debe interpretarse la prohibición, no como obstativa del contrato, sino de la realización automática del derecho adquirido. Diferenciación que se percibe o vislumbra con mayor nitidez en la resolución de 30 de junio de 1987, que en la de 10 de junio de 1986.

Así puestas las cosas, hay que iniciar la búsqueda de un procedimiento de realización de valor. Puig Brutau (33) acude en el caso

(33) *Op. y loc. cit.*, p. 378.

de la venta en garantía al artículo 1.872. Pero es penoso que haya la necesaria afinidad: ¿porque éste y no otro procedimiento distinto? Quizá porque es el único que se regula en el Código civil. Sin embargo, este argumento es pobre. En último término hay mayor razón de analogía con el 1.884-2, cuando establece en caso de comiso, que el acreedor «podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil el pago de la deuda o la venta del inmueble». Esta es la única solución posible a la falta de pacto.

Porque, la siguiente cuestión que se suscita inmediatamente al intérprete es, si cabe, escoger un procedimiento judicial determinado y lo que es más interesante sustituirlo por otro procedimiento objetivo de valoración.

En cuanto al primer extremo, ¿puede pactarse la aplicación del artículo 1.872 del Código civil?

En mi opinión se impone una respuesta afirmativa, que tiene sus precedentes en la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección que admitió la extensión del artículo 1.872 a la hipoteca, que si hoy no es factible, no es en méritos del artículo 1.859, sino del carácter imperativo del artículo 234 del Régimen Hipotecario, del que adolecía, por ejemplo, el precepto correlativo del Reglamento de 1915, que salvaguardaba el principio de autonomía de la voluntad. De ello, se desprende que el hecho de que tales procedimientos sean imperativos proviene de sus concretas normas reguladoras, pero no del artículo 1.859 ni del 1.884.

Esto supuesto, no creo que haya base en la jurisprudencia comentada para negar virtualidad a semejante extensión. En todo caso, pudiera ser significativo que la primitiva referencia de la resolución de 10 de junio de 1986 abarcará el 1.872 del Código civil, mientras la resolución de 29 de septiembre de 1987 se constreñía a los artículos 234 y 235 del Régimen Hipotecario. Pero sería hilar demasiado fino, deducir por ello que en el caso de inmuebles no es predicable el 1.872 del Código civil, tanto más cuanto la indicación procedimental se hace al solo objeto de corroborar la prohibición del 1.859 y 1.884 del citado texto legal.

El segundo extremo, que hemos calificado como el más interesante es la posible elisión del procedimiento judicial.

De entrada, pienso que esta intervención puede suplirse con el consentimiento del propio deudor.

Así en el caso de la opción en garantía si el docente de la opción concurriera al otorgamiento de la escritura de compraventa, por sí o por medio de apoderado, al menos mientras este último no lo sea con carácter irrevocable (R. de 29 de septiembre de 1987, en conexión con la de 29 de octubre del mismo año).

No ignoro que a ello cabe oponer que el consentimiento quizá esté mediatizado por la creencia de que es un acto debido (este tipo de disquisiciones se contienen en la resolución de 20 de septiembre

de 1988, que niega valor al consentimiento prestado por los intereses, con carácter simultáneo, al acto realizado por un contador-partidor que se estralimitaba en su función). Pero a nuestro modo de ver, no hay por qué presumir viciado ese consentimiento ulterior, ya que es suficiente garantía el hecho de operar *ex intervallo* y, claro está, siempre que el ejercicio de la opción lleve aparejada la desaparición de la deuda.

Es aleccionadora en este sentido la interesante resolución de 16 de noviembre de 1902, que estimó no había comiso por el hecho de estipular en favor del acreedor hipotecario «que si transcurrido un año a contar desde la fecha, no se hubiera devuelto la cantidad prestada a doña..., ésta promete otorgar escritura pública de venta en favor de su acreedor de las dos fincas descritas por la cantidad de 4.000 pesetas, de las que descontadas las 3.300 del préstamo, vendría obligado a pagar 700 pesetas». Para ello argumentaba que: «si el deudor puede legalmente vender al acreedor la finca hipotecada, lo cual no ha sido nunca puesto en duda, no hay razón de ninguna clase para que no pueda del mismo modo otorgarle promesa de venta», cuando «lo que se prohíbe es la apropiación de las cosas hipotecadas... lo cual no es lo mismo que la promesa de venta».

Me parece acertado el razonamiento y francamente injusta la referencia que se le hace por la resolución de 10 de junio de 1986 para situarla entre las partidarias de reconocer efectos al pacto comisorio, cuando lo que se sostiene precisamente es lo contrario, que no hay ningún pacto de esa especie.

Y es que el negar esta posible ejecución voluntaria de la opción por el concedente, sería efectivamente inconciliable con el criterio que ya sancionara la resolución de 9 de febrero de 1901, cuando reputó válida la venta ulterior de la finca hipotecada al acreedor pese a haber sido estipulado como precio el importe de la deuda hipotecaria, porque «no se trataba de ningún acto de apropiación..., sino de venta del deudor, que es el que dispone...»

Finalmente, puede pensarse en la inserción de un procedimiento objetivo que fije el valor de las cosas transmitidas. De esta manera se excluirá caer en el riesgo que se pretende evitar. Un procedimiento de esta suerte es el reflejado en el Digesto 20-1, 16, 9, por obra de una interpolación en un texto de Marciano, de la frase *iusto pretio tuc aestimandum*, posibilidad conocida en la tradición jurídica con el nombre de pacto marciano y que recogían las Partidas al sancionar la validez de una valoración por *omes buenos*.

En este orden de ideas, creo que será válida la apropiación cuando la cosa haya sido valorada objetivamente. Piénsese en el caso de acciones cotizables, de viviendas de protección oficial (con valoración obviamente tasada) o en la determinación del valor por peritos, o por referencia, artículo 1.448 del Código civil a un determinado día, feria o mercado. En todos estos supuestos me parece lícita la apropiación.

ción; sobre todo, si la valoración se practica en el momento de la realización. Pero, aun cuando se hubiere verificado anticipadamente, con arreglo a estos procedimientos objetivos, me inclino por su validez, porque en último término la cuestión se desplaza a la absorción de las plusvalías, y es perfectamente posible y hasta lógica, cuando la valoración se hace por anticipado, que el riesgo de la pérdida o beneficio recaiga en aquel que se quede con las cosas.