

El pacto de la «Lex Commissoria» en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno

FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN

Notario

A Juan Vallet de Goytisolo.

*como homenaje tardío a su colosal
personalidad de jurista y de hombre.*

SUMARIO: I. Introducción.—II. Precedentes históricos en España. A. Derecho romano. a. Clásico. b. Postclásico o vulgar. c. Justiniano. B. El derecho medieval español: Escuelas históricas. C. Período visigodo. a. Código de Eurico. b. Liber Iudiciorum. D. La Reconquista Española. a. El del Fuero Juzgo y Fuero Real. b. Castilla y León. c. Aragón y Navarra. d. Cataluña. E. La recepción del derecho común. Las Leyes de Partidas. a. El contrato de compraventa. b. La resolución de los contratos. c. El pacto de la «lex commissoria». d. La doctrina de los autores castellanos de derecho común. F. La práctica jurídica. a. Pedro de Sigüenza. b. Melgarejo. c. Febrero.—III. Antecedentes históricos de derecho antiguo y moderno en Francia. A. En el antiguo derecho francés. a. Derecho bárbaro. b. Derecho canónico. c. Derecho feudal. d. Droit coutumier. e. Droit écrit. f. Aplicación a la venta de bienes inmuebles. B. Code Napoléon. a. La compraventa real. b. La resolución legal: condición resolutoria sobreentendida. c. Resolución convencional.—IV. Epoca de codificación en España. A. Derecho tradicional español. B. Los Proyectos de Código civil. Proyecto de 1836. Proyecto de 1851. Proyecto de 1882. C. La doctrina contemporánea del Código civil.—V. La Resolución de la Venta Inmobiliaria en el Derecho Moderno Español. A. La resolución judicial y la convencional. B. El pacto comisorio expreso (art. 1504) y la resolución legal implícita (art. 1124). a. La Teoría unitaria. b. Teoría dualista. C. La autonomía de la voluntad: hipótesis de cláusulas resolutorias. a. Venta sin pacto resolutorio. b. La cláusula resolutoria sin requerimiento. c. La cláusula del requerimiento resolutorio. d. Cláusula de resolución. e. La cláusula de condición resolutoria expresa.—VI. La condi-

ción resolutoria. A. Teorías que niegan el carácter de condición resolutoria. a. Teoría de la facultad jurídica. b. Teoría del derecho potestativo. B. Teoría de la condición resolutoria. C. Teoría de la condición potestativa resolutoria. D. Nuestra opinión.—VII. El poder resolutorio. A. La inscripción de la condición resolutoria. a. La inscripción especial. b. La posposición del rango. B. Renuncia al poder resolutorio. a. La renuncia en el aspecto material o extraregistrar. b. La renuncia en el aspecto meramente registrar. C. El poder resolutorio temporal. D. Cesión del crédito del precio aplazado y el poder resolutorio. a. Introducción. b. Su posibilidad. c. Su inscribibilidad. E. Conclusiones.—VIII. La asunción de la deuda del precio aplazado.—IX. La cancelación de la condición resolutoria. A. Por extinción del derecho inscrito. a. El pago por reconocimiento del vendedor. b. El pago y su justificación por el comprador. c. Por la prescripción extintiva del crédito por el precio aplazado. d. Por la caducidad pactada del poder resolutorio. B. Por extinción del asiento registrar. C. Conclusiones prácticas.—X. El ejercicio de la resolución de la venta. A. La Constitución en mora del comprador. a. El cumplimiento del vendedor. b. La suspensión del pago del precio. c. El incumplimiento del comprador: la voluntad deliberadamente rebelde. d. Extensión del impago: precio, intereses, impuestos, letras de cambio. B. El requerimiento de pago y la notificación resolutoria. a. Antecedentes. b. Doctrina de Manresa. c. La Jurisprudencia. d. La doctrina española. e. Teoría del requerimiento de pago y la notificación resolutoria. f. El requerimiento de pago art. 1504 y el comiso enfiteútico. g. El requerimiento de pago y la Compilación Navarra. h. La cláusula «sin requerimiento». i. Las formas del requerimiento. j. El requerimiento y notificación a terceros. k. La oposición al requerimiento. l. Efectos de la constitución en mora. C. La consignación del precio recibido y la cláusula penal. a. La consignación del art. 175.6 RH: génesis y evolución. b. La Jurisprudencia registrar. c. La consignación y los terceros. d. La consignación y su ámbito cuantitativo. e. La consignación de las letras.—XI. Efectos de la resolución. A. Eficacia liberatoria y restitutoria de la resolución. B. Eficacia retroactiva de la resolución. C. Retransmisión de la finca al vendedor. a. La retransmisión automáticamente o mediante escritura de retransmisión. b. Retraso del comprador en la restitución de la posesión del inmueble vendido una vez resuelto el contrato. D. Restitución de los frutos e intereses. E. Los deterioros sufridos en la finca y las mejoras. F. El pacto de no indemnizar las construcciones fijas realizadas por el comprador. a. En el ámbito del Código civil. b. El pacto de mejoras en Cataluña. G. La moderación judicial de las penas contractuales.—XII. El pacto de la «lex commissoria» y la Ley de Defensa de los Consumidores. A. En cuanto a la posibilidad de ejercitar el vendedor unilateralmente el poder resolutorio. B. El pacto de mejoras en la condición resolutoria. C. La cláusula estrictamente penal.—XIII. Ensayo de una cláusula resolutoria. A. Condición resolutoria. B. Cesión del crédito y asunción de deuda aplazada. C. Ejercicio del poder resolutorio. D. Cancelación de la condición resolutoria.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La condición resolutoria en la venta de bienes inmuebles ha sido víctima de un deterioro creciente, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por la Dirección General de los Registros y del

Notariado, así como por un amplio sector doctrinal, que hacen una lectura de los artículos 1504 y 1124 Cc, en el sentido de complementarse mutuamente, imponiendo al art. 1504 unos requisitos que no constan en la ley, ni en la tradición histórica, como es la exigencia de que el impago por parte del comprador, no baste la mera pasividad, sino que se precisa la voluntad deliberadamente rebelde del comprador; se impone la obligación de consignar el precio recibido por parte del vendedor, para poder realizar la resolución de la venta; se impone siempre la intervención judicial, y se aplica la prohibición del comiso de los negocios de garantía, a las ventas en función de garantía.

El recelo de la jurisprudencia actual por el posible perjuicio al comprador, como la parte mas débil en la contratación inmobiliaria frente al poderoso promotor vendedor, lleva a la consecuencia de que la condición resolutoria, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, que llega a ahogar por asfixia el pacto de la «*lex commissoria*», y pasa a formar una pieza de museo en la historia del derecho privado. Nuestro estudio se dirige a colocar esta institución, que ha desempeñado un papel válido, lícito y útil a lo largo de siglos de existencia, en el lugar que le corresponde dentro de la actual situación histórica y social. Para esto, vamos a intentar analizar la institución del pacto de la «*lex commissoria*», a través de la evolución histórica, no sólo dentro de España donde se desarrolló siguiendo la tradición romana de Las Partidas, interpretada por los grandes juristas castellanos del derecho común, y que estuvo vigente hasta la publicación del nuestro Código civil, sino también analizando la tradición del antiguo derecho francés, que cristalizó en el Code de Napoleón, siendo éste último el antecedente inmediato de nuestro art. 1504 Cc.

Un error de planteamiento ha sido acudir a la doctrina italiana, en cuyo derecho no existe un precepto semejante al art. 1656 del Code, 1504 de nuestro Código civil, y se ha elaborado la doctrina del «cláusula resolutoria expresa» recogida en el art. 1456 del Código italiano, llegando a decirse que existe «una identidad sustancial de este precepto italiano con el art. 1504 Cc» (Ruiz Martínez, Precio aplazado..., p. 601, y R. Adrados, con ciertas salvedades, en «Algunos aspectos...», p. 64). Nuestro estudio va a consistir en el análisis de esta institución buscando su identidad española en relación con su antecedente francés.

Este estudio tiene además, una finalidad práctica, puesto que por la vía del pacto de la «*lex commissoria*», y como una solución de autotutela privada, se pretende ponerla a salvo de los ataques y de las incomprensiones de la doctrina actual. La autotutela privada ha sido el elemento jurídico útil en los períodos históricos de convulsión social y jurídica, como lo fue a la caída del Imperio Romano, se repitió a la caída del reino visigótico, y en los momentos actuales, la institución que pretendemos salvar del naufragio, puede actuar fomentando la seguridad jurídica privada, y aliviando el quehacer de nuestros congestionados tribunales de justicia.

El análisis de los precedentes históricos, quizás parezcan excesivos al tratar de la evolución histórica del mismo contrato de compraventa,

pero es fundamental analizar el entramado donde se teje el pacto de la «*lex commissoria*», para comprender mejor sus perfiles y efectos. Me he detenido en el examen de nuestras fuentes jurídicas, con el fin de resaltar la identidad de cada una de las zonas geográficas españolas, pero al estudiar la Recepción del Derecho Común (romano y canónico), a través de nuestros grandes juristas del Siglo de Oro español, he podido recordar, de la mano de nuestros historiadores, que el movimiento de la Recepción, no es español exclusivo, sino procedente de una cultura europea, que tendía a interpretar los derechos locales o nacionales, con el criterio unitario del derecho romano y canónico. Como dice un insigne jurista, el Derecho Común se ha desvirtuado su verdadero significado y en la actualidad se ha intentado estudiar, desde un punto de vista localista y parcial, cuando su esencia era otra, europeo y universal, acorde con las tendencias supranacionales de nuestro tiempo.

II. PRECEDENTES HISTÓRICOS EN ESPAÑA

El estudio del pacto de la «*lex commissoria*» lo vamos a desarrollar desde una perspectiva histórica, en dos vertientes. Una, va a recoger la tradición romano española, los Fueros medievales, Las Partidas, y la doctrina de los autores del Derecho Común hasta la vigencia del Código civil.

La otra vertiente es la derecho antiguo francés, a través del derecho feudal y canónico, del «*droit coutumier*» y «*droit écrit*», y la doctrina de los autores del Derecho Común, hasta la publicación del Code de Napoleón (1804). Este último Code es el inspirador inmediato de nuestro Código civil.

A. DERECHO ROMANO

a. *Derecho romano clásico.*

En un principio no existía una acción general de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, de manera que el contratante que incumple, sólo podía exigir el cumplimiento de la obligación incumplida, pero no la resolución.

Pero la posibilidad de resolver los contratos se introdujo a través de estos dos procedimientos: en los contratos innominados del tipo «do ut des», y en la compraventa mediante el pacto de la «*lex commissoria*». Veamos como se produce la resolución.

1.— En los contratos innominados del tipo «do ut des», «do ut facias», el convenio de voluntades y la entrega de la cosa no crea una relación obligatoria, de manera que el incumplimiento de una de las

partes, no faculta al «praestans» a exigir el cumplimiento a la otra parte, sino sólo a que se le restituya la cosa prestada.

Estos contratos no se perfeccionan hasta que una de las partes ha cumplido su prestación. Siguiendo a Capitiant, la causa es el objeto de la obligación de cada parte, es decir, la prestación que ha prometido hacer («condictio ob causam datorum», «causa data causa non secuta»); las palabras «causa» y «res» se emplean indistintamente una por otra («datio ob causam», «datio ob rem». Te doy, para que me des, y si no me las das, se dice «causa non est secuta», de manera que el «prestans» no tenía acción para obligar al «accipiens» a ejecutar su promesa (porque la entrega de la cosa y el convenio de voluntades no creaban la relación obligatoria), sino que sólo se le concedía una «condictio» para constreñirle a la restitución de la cosa entregada, que los compiladores del Digesto llaman «condictio causa data, causa non secuta» (D. XIII; 4 C. IV, 6). Esta acción se concedía, por razones de equidad, para evitar un enriquecimiento injusto del «accipiens», que se produciría, si éste pudiera conservar el beneficio de la prestación, sin entregar nada a cambio. La «condictio» se aplicó dentro de los límites de la «actio praescriptis verbis» cuando la inexecución provenía de culpa del «accipiens» (Digesto, lib. XIX, tit. V. 1.) (1).

2.— El contrato de compraventa sin pacto «lex commissoria», no era resoluble, por incumplimiento de una de las partes.

La compraventa es un consensual, que es el convenio de voluntades y entrega de la cosa que sí crea la relación obligatoria, a diferencia de los contratos innominados.

Pero la venta consensual se perfecciona por dos contratos verbales: el vendedor estipula el pago del precio, y el comprador se hace prometer la entrega de la cosa. Es un contrato generador de dos obligaciones, que tienen conexión en su origen, pero no lo están en su ejecución:

— En su origen, el vendedor, se obliga a entregar la posesión pacífica y definitiva de la cosa, «habere lícere», y el comprador se obliga a pagar el precio; el vendedor debe la cosa, y el comprador debe el precio. El comprador no adquiere la propiedad de la cosa, sino un derecho de crédito que le faculta para exigir al vendedor que cumpla su obligación; es decir, que le entregue la cosa en posesión pacífica, no que le entregue el dominio de la cosa vendida («actio emptio»). El vendedor tiene el derecho de crédito que le faculta para reclamar el pago del precio («actio venditi»).

No es necesario que el vendedor sea propietario de la cosa vendida. Es válida la venta de cosa ajena.

(1) CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, pp. 110 y ss.

— Pero este contrato tiene una segunda fase, que es la de la ejecución de estas obligaciones. El comprador tiene que entregar el precio inmediatamente después de la celebración del contrato, o en el plazo que se haya estipulado; la entrega del precio determina el momento, a partir del cual el comprador puede exigir que le sea entregada la cosa. La entrega de la cosa (la «traditio») determina el momento a partir del cual el comprador adquiría la propiedad («Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur.» Código de Justiniano, II, 3, de pactis 20 Diocleciano y Maximiano.).

En la ejecución, la obligación del vendedor y la del comprador no tenían conexión entre sí, y de esta falta de conexión se deriva:

— La regla «res perit emptoris», de manera que cuando, antes de la entrega de la cosa, y ésta en manos del vendedor, perece la cosa por caso fortuito, el comprador tenía que pagar el precio.

— La otra consecuencia, es que no se admitía uno de los contratantes pudiera pedir ante los Tribunales la resolución del contrato cuando la otra parte rehusaba a cumplir su obligación. El vendedor sólo podía pedir el cumplimiento de la obligación del comprador, pero no podía pedir la liberación de lo que quedó obligado por el convenio.

3.— La «lex commissoria».

Pero las fuentes romanas admiten la resolución de la venta mediante el pacto de la «lex commissoria» que tuvo una gran importancia como se aprecia al dedicarle el Digesto todo un título (18, 3). Es fundamental un texto de Pomponio (D. 18. 3. 2), que dice así «Cuando el vendedor del fundo con el pacto de esta ley, expresa que si no se ha pagado su importe hasta cierto día, se tenga por no comprado el fundo.

«Quum venditor fundi in lege ita caverit: “Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit”, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur; nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecunia iemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.» (D. 18, 3, 2).

En este marco de la venta romana clásica concebida como un contrato consensual es donde aparece el pacto de la «lex commissoria» (2).

En el caso de haberse fijado un término, la resolución de la venta tenía lugar de pleno derecho por el vencimiento del día pactado sin que el comprador realizase el pago. El vencimiento del término, se considera que constituye en mora al deudor comprador, sin necesidad de una

(2) Ha hecho notar WIEACKER, que la «lex commissoria», es una necesidad «des Synallagmas des klassischen Konsenskaufs», y que resultaba superflua en el marco de la venta real en que el paso de la propiedad se hacía depender del pago del precio (Lex commissoria, en Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Berlin 1932, pp., 11 y 19, citado por ARCHI, en *Il trasferimento della proprietà...*, pp. 116 y 119).

interpelación o intimación al pago. Esto último dio lugar a la regla «dies interpellat pro homine». La «interpellatio» o puesta en mora, sólo era necesaria cuando falta la fijación del plazo.

Si después del día señalado en el pacto de la «lex commissoria», el vendedor pidiese el precio, parece que renunció a ella y no puede variar o usar del beneficio de la ley (3).

En el mismo caso de haberse fijado el término, y después de su vencimiento, mientras el vendedor no se pronunciara sobre la determinación a tomar (pedir el cumplimiento o la resolución), tenía que respetarse esta determinación, y el comprador, aun transcurrido el término no podía hacer la oferta del precio; pero la oferta tenía eficacia jurídica sólo en el caso en que el comprador no pudo hacer el pago dentro de plazo por culpa del vendedor (4).

En el derecho romano, el pacto de la «lex commissoria» entraña una verdadera condición resolutoria de la venta, la cual se producía de modo automático al cumplirse el «factum» de la condición, que es el impago del precio en el tiempo convenido.

b. *El derecho romano posclásico*

También se llama «Derecho romano vulgar», (5).

Se llama derecho romano vulgar al que se elaboró en los últimos años del Imperio Romano, a partir del siglo IV, por la concesión general de ciudadanía hecha por Caracalla, y el reconocimiento del Cristianismo, por el Edicto de Milán del Emperador Constantino (año 312).

El sistema de la transmisión de la propiedad en la época postclásica, se opera sobre el engranaje clásico de algunas formas de «traditio ficta» y esencialmente sobre el modelo del «constitutum possessorium» causal. Apareció un proceso de espiritualización de la «traditio» unido a la tendencia de convertirla en un negocio abstracto, y paralelamente se operó un proceso de publicación y formalización de la «tradi-

(3) DIGESTO, 18. 3. VII: «Post diem commissoriae legi praestitum si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatur videtur, nec variare et ad hanc redire potest». De manera que una vez hecho el requerimiento de pago, el vendedor sólo podía pedir el cumplimiento del contrato, y no podía variar pidiendo el beneficio de la «lex commissoria» de resolver la venta.

(4) «Marcellus libro vigésimo dubitat, commiso utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero, si non obtulerit. Et magis arbitror, offerre eum debere, si vult ex legis commissoriae potestate solvere; quodsi non habet, cui offerat, posse eum securum.» ULPIANO (D. 18. 3. 4. 4.).

(5) Para la redacción de este apartado se ha utilizado las obras de: FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa en el derecho medieval español», en *AHDE*, XXV, 1955. MEREJA, PAULO, «Sobre a compra em venda na legislação visigótica», en *Estudos de direito visigótico*, Coimbra, 1948. ERNST LEVY, *West Roman Vulgar Law*, Filadelfia, 1951, que recoge FERNÁNDEZ ESPINAR. G. G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934.

tio» reducida para ciertas transmisiones inmobiliarias a la «*traditio chartae*». Se llegó a eliminar la *traditio* mediante la admisión, sin limitaciones, del «constituto» posesorio, ya que bastaba que el enajenante declarase que se constituye en detentador de la cosa en nombre del adquirente.

Desde el Emperador Constantino, se encuentra la tendencia a considerar la compraventa distinta a la dogmática clásica. Ya no son dos actos (contrato obligacional y *traditio*), sino que se considera la compraventa como un acto único del cual resulta directamente un efecto traslativo, con lo que la venta retrocede a su concepción primitiva o quiritaria de transferencia al contado; directamente produce el cambio de propiedad, y deja de ser únicamente su causa, como en el derecho romano clásico. La venta tiene el significado de cambio o trueque (6).

La entrega de la cosa, o «*traditio*», deja de ser elemento esencial para la transferencia de la propiedad, y cada vez se generaliza más el hecho de que la propiedad pasara al comprador incluso sin necesidad de *traditio*. La *traditio* aparece con un doble significado: unas veces se refiere a la tradición efectiva y corporal, y otras a la conformidad de las partes, pero sin transferencia (7).

El pago del precio es requisito esencial de la compraventa. Según Levy, los autores de la «*Interpretatio*» y del «*Breviarium Codex Theodosianus*», demuestran el carácter esencial del precio, al interpretar la Novella 32, de Valentiniano, y otros textos como las Sentencias de Paulo y el Epítome de Gayo (8).

(6) MEREJA, lo demuestra con gran número de ejemplos, y especialmente el que ofrece el estudio comparativo del «Epítome de Gayo», y el texto original de la «*Instituta*». En la «*Instituta*», el jurisconsulto GAYO, distingue claramente entre las causas y los modos de adquirir la propiedad. El autor del Epítome no comprende las sutilezas de la dogmática clásica, de distinguir entre causa y modo de adquirir, y se reduce sólo a los modos de adquirir, que en el Epítome son la donación y la venta; de esta manera, confunde los actos de obligación con los actos de enajenación. Las causas o motivaciones de esta confusión, según Merea son de tipo interno: decadencia de la cultura, por una parte, y por otra, el predominio de una mentalidad popular.

(7) Según LEVY, la práctica está recogida en los documentos de venta de Ravena, parte de ellos escritos bajo dominio de los visigodos y parte bajo los bizantinos, y redactados por notarios, siguiendo los requisitos exigidos por Constantino y Valentiniano (*ob. c.*, p. 136).

(8) La Novella 32, de Valentiniano III: «*Censeo igitur, ut in quibuslibet administrationibus officiis, in quoquomque militiae gradu positus emendi qui ceteris copia sit, dummodo emptio et venditio celebretur iure communi... Volenti vendere definitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Videam instrumentorum scriptor... Nihil refert quis emat, cum público fide pretium venditor consequatur*».

Brev. Interpretatio, Sententiae, Paulo, II, 18, 10: «*In contractibus empti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci*».

GAYO, *Epítome*, II, 9, 14: «*Emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum; etiamsi pretium non fuerit numeratum,*

Si el comprador no pagaba el precio, según se había estipulado en la escritura, la venta era nula, y se consideraba realizada como fraude o por fuerza. Cuando el comprador pagaba el precio adquiría la propiedad de la cosa. Sin embargo, no era necesario el pago del precio total, sino que era suficiente el pago parcial (9).

Como consecuencia del carácter real de la compraventa, no se pueden vender las cosas ajenas, y en la «Interpretatio» de las Sentencias de Paulo, se declara expresamente la nulidad de los pactos que versen sobre cosas que no son propiedad del vendedor:

«Si inter aliquos conveniat aut admittendo.... aut de rebus alienis, aut de bonis ventis aliquid passciantur, haec pacta valere non possunt», (Interpretatio Pauli Sententiae, 1, 1, 2).

Según D'Ors, en la época postclásica, se aprecia un predominio del documento notarial. Así como en la época clásica, la elegancia del jurista tenía desde por los «facta», y la redacción del documento correspondía al tabelion. Pero en la época postclásica, el jurisconsulto desaparece y su papel conductor de la vida jurídica recae en otras manos, y entre ellas las del notario que redacta los documentos, quienes relevan a los juristas en su función jurisprudencial. En esta época aparece una nueva forma vulgar que es el documento (10).

El problema que plantea esta nueva concepción jurídica de la venta como contrato real, que transmite la propiedad de la cosa cuando se pague el precio, tiene relevancia en caso de impago de una parte del precio de la venta con «lex commissoria». Dice Wieacker, que la «lex commissoria» es una necesidad de la venta consensual clásica («des Synallagmas des Klassischen Konsenskaufs»), mientras que si en la venta real postclásica el vendedor continúa siendo propietario de la cosa vendida mientras no se pague el precio, parece inútil el pacto de la «lex commissoria», puesto que ésta autoriza al vendedor a resolver una cosa que le pertenece (11).

nec pars pretii aut arra data fuerit». Según ARCHI, el momento de la redacción del documento, es el momento de la perfección de la venta del inmueble, y elemento necesario para proceder al pago del precio; y el pago del precio que se expresaba en el documento era requisito de la adquisición del inmueble. (*Il trasferimento...*, p. 175).

(9) Pauli Sententiae, II, 17,7: «Ex die emptionis, si pars pretii numerata sit, et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus, ad emptorem pertinent».

(10) Documentos y notarios en el derecho romano postclásico. Centenario de la Ley del Notariado. I Estudios Históricos. Madrid. 1965, pp. 79 a 163.

(11) WIEACKER, «Lex Commissoria», in *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*. Berlin, 1932, pp. 11 y 19, citado por ARCHI, *ob. c.*, p. 116.

c. *Derecho romano justinianeo*

El estudio del pacto de la «*lex commissoria*» en esta época, se complica por la nueva reforma del régimen de las arras instaurado por Justiniano y los elementos introducidos en título del Digesto «*de lege commissoria*» por los bizantinos, ha dado lugar a una fusión de elementos romanos y helenísticos, que obscurecen esta figura jurídica, (Archi, «*il trasferimento...*», p. 233).

Las arras del derecho romano anterior a Justiniano, tenían una función confirmatoria, o de prueba de la celebración del contrato, como se aprecia en las Instituciones de Gayo, III, 139, «*Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit, nam quod arra nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contracta*».

Las arras justinianeas, se regulan en la Instituta III, 23, pr. y en el Código, IV, 21, 17, y su naturaleza ha dado mucho que hacer a los tratadistas sin que se haya llegado a esclarecer en forma satisfactoria estos textos.

D'Ors, observa que ha sido el término «penitencial», lo que ha enturbiado su naturaleza y sintetiza los textos romanos de esta manera: Penitencial quiere decir que existe un arrepentimiento, pero la posibilidad del arrepentimiento no depende de la intervención de las arras, sino de la imperfección del contrato. En un contrato imperfecto, como es la venta antes de la escritura que se ha de hacer, hay posibilidad de arrepentimiento. Si en esta venta imperfecta median arras, su función es penar el arrepentimiento posible, no hacer factible tal arrepentimiento, y por tanto, estas arras tienen una función penal. En una venta perfecta, como es la venta sin escritura o con escritura completa, la misma perfección del contrato impide la posibilidad del arrepentimiento. Si en esta venta perfecta median arras, tiene una función de penar el desistimiento. La parte contra la que se rehusa el cumplimiento puede optar entre exigir el cumplimiento o permitir la resolución de la venta, que si fuera el comprador perderá lo que haya dado, y si fuere el vendedor deberá restituir el duplo.

Por consiguiente, para D'Ors, es mejor hablar solamente de arra penal. El arra penal puede intervenir tanto en un contrato imperfecto, como perfecto, y en ambos tiene la función de penar el desistimiento. Lo que varía es que el desistimiento es lícito en el precontrato, e imposible en la venta perfecta, a nos ser que la parte contraria opte por no exigir el cumplimiento, sino permitir la resolución de la venta con el juego de las arras. (Iura 6 (1935), pp. 149-152).

Cuando la venta se pacte con «*lex commissoria*» y además, se estipulan arras, la confusión es todavía mayor en la doctrina.

Un texto muy discutido es el de Scaevola, (Digesto, 18, 3, 6), que dice así:

«*De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos*

inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esse, apud venditorem remansurus».

La expresión del texto «id, quod arrae vel alio nomine datum esse» ha suscitado problemas. La hipótesis de que se trata de un arra penitencial, se debe descartar por el hecho de que el derecho clásico no conocía tal especie de arra, sino solo el arra confirmatoria (Gaio, III, 139); además, el arra penitencial supone que el comprador puede resolver la venta perdiendo lo pagado, mientras que en la *lex commissoria*, la decisión de resolver solo corresponde al vendedor. Por esto, el arra penitencial y la venta con «*lex commissoria*», son instituciones diversas.

Wieacker, (ob. cit., p. 82, n.º 8) para superar esta dificultad defiende la hipótesis de que se trata de una venta griega con arra penitencial, puesto que el texto ha sido alterado por los compiladores bizantinos para trasladarlo al título «De lege commissoria» (12).

Contesta Archi, que la frase «de lege commissoria» en el texto del Digesto 18, 3, 6 es correcta, puesto que la frase, «si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit», es la nota característica del pacto comisorio, por lo que excluye la hipótesis de la venta con arra penitencial, y presenta dos soluciones:

— Que se trata de una venta con arra confirmatoria, destinada a ser restituida si las partes desistían del contrato, como defiende Grosso. Pero contesta Archi, que la venta «*lex commissoria*», no se resuelve por mutuo consenso, sino por la sola voluntad del vendedor por incumplimiento del comprador.

— La otra hipótesis que defiende Archi, es que la expresión «arrae», haya sido interpolada por los bizantinos, al ver éstos en todo pago parcial anticipado un caso de arras según el concepto griego. La expresión de arras debe ser sustituida por la de «vel alio nómine», que significa pago parcial. Y concluye Archi, que en el caso de resolución de la venta con «*lex commissoria*», el arra confirmatoria o el pago parcial no deben, según Scaevola, ser restituidas (13).

La problemática que plantea la resolución de la venta real postclásica y las arras justinianas la vamos a estudiar a continuación en el derecho medieval español, donde se apreciará según el maestro Merea, que además de las arras confirmatorias romanas, también triunfaron las arras penitenciales del derecho vulgar en el derecho consuetudinario de la Reconquista española («Novos Estudos de História do Direito», p. 169).

(12) La venta griega, era la venta real, o la «Barkauf», o venta al contado. La venta romana clásica era el contrato consensual productor solamente de obligaciones, y sólo admitía las arras confirmatorias. La venta griega, era la venta real, de manera que antes de la entrega del precio no existe ninguna obligación; por la entrega del precio el comprador adquiría inmediatamente un derecho de propiedad sobre la cosas más o menos eficaz; este tipo de venta admitía el arra penitencial. En este sentido, también, MEREAS, («A arra penitencial no direito hispânico anterior á Recepção», en *Estudos de direito hispânico medieval*, I, p. 51.

(13) ARCHI, *La restituitio dei fructi...*, pp. 354 y ss.).

B. EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL: ESCUELAS HISTÓRICAS

El estudio de ésta época de nuestro derecho ha dado lugar a dos fundamentales escuelas históricas, la germanista y la romanista, que discuten, tanto el valor jurídico de nuestras fuentes, como la raíz genética de los elementos que lo integran, tanto el elemento germánico de los invasores visigodos, como el derecho romano de los invadidos.

Dice Merea, que existe una corriente histórica germanista que estudia el derecho, desde la caída del Imperio Romano, atraídos por la fascinación del derecho germánico, y preocupados exclusivamente por el derecho romano clásico, y por la caza de las interpolaciones e investigación papirológica. Es la escuela de Mitteis, en Alemania, seguida por Schröder, Richart, en su obra «Lehrbuch der deutschen Rechtsge-sichte», Berlin-Leipzig, 1922. Esta misma escuela tiene sus representantes en España, con Hinojosa. «El elemento germánico en el derecho español». Madrid, 1915. Ureña, Rafael, «Legislación gótico-hispana, Estudio crítico», II, Madrid. 1906 (14).

La otra corriente histórica es la romanista, que estudia el derecho durante los últimos siglos de la dominación romana, como un derecho activo y productivo, que es el derecho postclásico occidental o derecho romano vulgar. Es la escuela de Riccobono (profesor de Palermo), y de Paulo Merea (profesor de Coimbra), que enlaza la legislación visigótica con el derecho romano vulgar. (Codex Theodosianus, Pauli Sententiae, Gai Epítome...).

En la exposición del período comprendido entre el siglo IV hasta el siglo XII, se entrecruzan los puntos de enfoque de ambas escuelas al analizar el tema de nuestro estudio. La escuela romanista es la más adecuada para nuestro derecho y en ella se encuadran Paulo Merea en su obra «Sobre a compra en venda na legislaçao visigótica», en Estudios de direito visigótico. Coimbra. 1948 y Fernández Espinar, «La compraventa en el Derecho medieval español», en Anuario de Historia de Derecho Español. XXV. 1955. pp. 293 a 528.

C. PERÍODO VISIGODO

a. *El Código de Eurico*

La mayor parte de los datos sobre la venta en este período en relación con la resolución de la venta se encuentra en este Código, del que vamos a estudiar estos temas:

(14) También sigue esta orientación, GARCÍA G. VALDEAVELLANO, en «Estudios Medievales de derecho privado». Sevilla. 1977.

1. Su vigencia.

Este Código, según García Gallo, tuvo carácter territorial, y se aplicaba conjuntamente a hispanorromanos y godos; éste fue desplazado por el Breviario de Alarico; éste por el Código de Leovigildo, y éste a su vez por el Liber Iudiciorum.

Sin embargo, para Aquilino Iglesias, el Código de Eurico, estuvo vigente con el Breviario de Alarico, el primero para la población visigoda y el segundo para la población hiponorromana («Lecciones de Historia de Derecho español», Barcelona. 1989).

2. Influjo del derecho romano vulgar.

El profesor Paulo Merea, ve el origen de la compraventa visigoda en el derecho romano vulgar. En el C. de Eurico, la venta es firme desde que se entrega el precio; de manera que la entrega del precio es el punto primordial del acuerdo, el requisito esencial que perfecciona la venta, el que determina el momento culminante del acuerdo.

La venta produce efectos traslativos del dominio desde el momento en que se efectúa la entrega del precio. La pervivencia del pacto de la «lex commissoria», aparece en los capítulos siguientes, en relación con la venta real, el precio parcial y las arras.

3. La venta real.

El capítulo 286 (Liber Iudiciorum 5, 4, 3) es la fuente inmediata de la regulación de la venta. Dice así:

«Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum pretium testibus comprobatur, et emptio habeat firmitatem.»

Que quiere decir, que para que la venta se considere perfecta, es suficiente el que tenga lugar la redacción de la correspondiente escritura, o si no, que al menos se pueda probar la entrega del precio hecha al vendedor por medio de testigos. De manera que según esta ley, la venta se perfecciona por escritura o por el precio entregado ante testigos.

Según Merea, este capítulo, responde a la misma idea expresada en la Interpretatio de las Sentencias de Paulo (II, 18, 10), del derecho romano vulgar, que concibe la venta como un «acto instantáneo», y no como un simple acto productor de obligaciones. Esto equivale a decir que la «plena firmitas» de que habla el legislador envuelve el reconocimiento de la propiedad del comprador como efecto inmediato de la compra.

Según Alvaro D'Ors, —frente a la tesis de Levy, que deduce de ésta ley que el requisito esencial que perfecciona la venta, es la entrega del precio, llega a la conclusión de que, por un lado cabe una venta con escritura que se perfecciona por la escritura misma, aunque el precio no haya sido realmente pagado, y por otro, aun sin escritura, la venta se perfecciona por un pago en dinero que no requiere sea completo, puesto que se da entrada a la compraventa con la entrega de arras y con el pago parcial a la que se considera perfecta. Por esto, añade, D'Ors,

que en el capítulo 286 se declara suficiente la escritura y subsidiaria la entrega del precio, por lo que la ley avanza más allá del contrato real y lo convierte en uno literal que presupone el consentimiento previo para redactar el documento. Puede que no se llegue a la plenitud consensual; pero subyace en el fondo. En la actualidad del Código civil, la venta es consensual, pero si hay un documento, en él se alude también a la entrega de la cosa y del precio (15).

4. El pago parcial y la «lex commissoria»

La admisión del pago parcial se encuentra en el capítulo 296 del Código de Eurico (*Liber Iudiciorum*, V, 4, 5), que dice así:

«Si pars pretii data est, pars promissa, non propter haec vindictio facta rumpatur; si emptor ad placitum tempus non exhibuerit praetii relinquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res vendita reformetur.»

Dice Fernández Espinar: «Cuando en el momento de realizar la venta se entrega parte del precio, ésta es firme y no puede anularse. En cuanto al resto del precio, el comprador tiene que hacer promesa de abonarlo, dentro de un plazo determinado. Si el comprador no comparece y hace efectivo el resto del precio en el plazo que prometió, no por ello, puede anularse la venta, a no ser que así lo hubieran acordado comprador y vendedor, sino que el vendedor puede exigir al comprador la cantidad que dejó de abonar, además de los intereses correspondientes». (*ob. cit.* p. 360).

Este texto es estudiado por los autores de manera distinta, según las escuelas históricas.

Para Gierke, fiel a su doctrina del contrato real («Realvertrag»), cree que el comprador debe pagar el resto del precio desde el momento en que el vendedor le hace entrega de la cosa vendida. («Schuld und Haftung», p. 88).

Para Schröder, por el contrario, cree que es necesario para que el comprador quede obligado a entregar el precio restante, el haber efectuado una promesa formal, («wadiatio»), y en caso contrario, el vendedor puede exigirle la restitución de la cosa, como es propio de los negocios germánicos. («Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte», Leipzig, 1922, p. 325).

Ambas hipótesis son rechazadas por el maestro portugués Merea, cuyos argumentos transcribo a continuación: No le parece que el legislador haya querido una verdadera promesa formal respecto de la parte de precio aplazado, porque el verbo «promitere» tiene un sentido general en las leyes visigodas como en las fuentes romanas. Las categorías de «contrato real» del derecho germánico no tienen aplicación aquí. El texto de Eurico se interpreta dentro de la lógica del derecho romano y afirma: La venta produce sus efectos desde el momento en que se efectúa la entrega de su precio, aunque solo sea parcial. Ahora bien, como

(15) D'ORS, ALVARO. «El Código de Eurico». Edición, palíngenesia, índices (Roma-Madrid 1960, en *Estudios visigóticos*, II), p. 218.

el vendedor no ha recibido íntegramente la prestación, tiene un derecho de crédito respecto a la parte de precio no pagado, pero no tiene la facultad de resolver la venta por falta de pago y exigir la devolución de la cosa vendida.

Únicamente podría resolverse, si el comprador no completa el pago y si así lo hubieran *pactado expresamente* comprador y vendedor, («niso hoc forte convenerit, ut res venditae reformetur»). «A esta cláusula, continúa Merea, que es la misma que en Derecho romano se conoce con el nombre de “lex commissoria”, hacen referencia las últimas palabras del fragmento “ut res vendita reformetur”, que debe traducirse «que la cosa vendida no sea restituida», es decir, que por lo que respecta a la parte de precio, cuya entrega fue aplazada, todo se realiza de acuerdo con las reglas del derecho romano» (16).

También rechaza Merea, la otra solución que hace depender la transferencia de la propiedad del pago íntegro y total del precio, lo que equivaldría a reconocer al vendedor la facultad de reclamar al comprador la cosa vendida, ya que sigue siendo suya. Pero esta solución es contraria a la jurisprudencia postclásica, que equipara el pago parcial al pago total (17). «El legislador visigodo siguiendo esta dirección no dejó lugar a dudas», («o legislador visigodo, dentro desta orientação, pos termo a todas as duvidas»).

En materia de intereses, añade Merea, que en cuanto a la parte de precio no pagada, tiene el vendedor derecho a los intereses correspondientes («usurae»), pero a diferencia del derecho romano vulgar, el Código de Eurico solo se refiere a los intereses de la mora:

«Si emptor ad placitum tempus non exhibuerit pretii relinquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras». (Código de Eurico, cap. 286).

5. Las arras y la resolución de la venta.

El párrafo primero del capítulo 297 C.^o Eurico, dice así:

«Qui arras pro quacumque acceperit re, pretium cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodum recipiat, quas dedit, et res definita non valeat.»

Este primer párrafo ha sido muy debatido en la doctrina y algunos autores llegan a la conclusión que está mal redactada, la palabra «pretium implere», puesto que parece hacer al vendedor responsable del pago del precio, cuando lo mas lógico es que lo sea el comprador. Por esto, Von Schverin entiende que debe sustituirse la palabra «pretium», por la de «negotium» y estaría mas acorde con la función de las arras

(16) En este mismo sentido, WIEACKER, *ob. c.*, p. 109.

(17) PAULI SENTENTIAE, II, 17,7: «Ex die emptionis, si pars pretii numerata sit, et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus, ad emptorem pertinent».

germánicas, en que su entrega vincula al comprador e incorpora en sí una función de garantía («wadia»). («Notas sobre la historia del derecho español mas antiguo». AHDE, XVI, 1945, p.).

Para otros autores toman como base el texto tal como está redactado. La opinión mas seguida es que el texto que comentamos es la expresión de la primitiva función del arra germánica. Así Heusler y Gierke, dicen que el vendedor queda obligado por la aceptación del arra («Haftung»), pero que no vinculaba al comprador, de manera que, si éste no cumplía debía de serle restituida el arra.

Stobe, da otra interpretación del texto y lo expresa así:

«En mi opinión, la ley, despues de haber establecido esta primera regla que por el arra el contrato queda perfecto, continúa indicando cuales son las consecuencias de la mora del comprador: si no paga el precio al término fijado, el vendedor puede resolver el contrato, pero esta facultad sólo se le concede en el caso en que restituya la suma recibida; pero si retiene el arra, sólo puede pedir la ejecución del contrato». (Reurecht und Vertragschluss, traducido por Esmein y citado por Merea, *ob.c.*, p. 98).

Modernamente, Mayer, interpreta el texto, de acuerdo con la *Lex Baiuvariorum*: el comprador queda vinculado por la entrega del arra, pero apenas respeta la mora del comprador (cuando éste no paga el día convenido), reconociendo al vendedor el optar entre exigir el precio, conservando el arra como la pena de la mora del comprador, o desistir de la venta devolviendo el arra (18).

Señala Merea, que Stobe, no explica el título del vendedor para conservar el arra, en el caso de exigir la ejecución del contrato. Sin embargo, Meyer fundado en la ley bávara entiende que el arra es una pena de la mora, lo que significa en otras palabras, que el vendedor puede exigir el precio integral; por otra parte, el comprador puede desistir de la venta mediante el abandono del arra, que según Meyer aparece en el derecho de la Reconquista española, como expresión genuina de la regla germánica de las arras.

Para Merea es inaceptable la tesis de Meyer, y el capítulo que comentamos nada tiene de arras en sentido germánico, sino mas bien es la expresión de un derecho romano degenerado de su pureza clásica. Lo que parece leerse a primera vista en el cap. 297.1 C.É, es esto: que el arra es una prueba o señal confirmatoria de que el contrato de venta se hace perfecto, en otras palabras, que se da el mutuo consenso, y por tanto, si el comprador paga el precio, el vendedor se obliga a cumplir su parte. Sin embargo el arra, no figura aquí como una prueba del acuerdo sobre el precio, sino como un elemento formal del contrato, que en el derecho vulgar

(18) MAYER, *El antiguo derecho español de obligaciones*, p. 26. en la traducción española. Barcelona, 1926.

opera la existencia jurídica del contrato. De esta manera, al lado de la venta como «acto sintético» real, el derecho visigótico admitía la venta de efectos obligacionales derivada del contrato consensual romano, que adquiriría existencia jurídica desde el momento en que el acuerdo de las partes se concretase en la entrega de una arra o en la redacción de una escritura.

En el caso de haberse entregado las arras y el comprador no acudiera a pagar durante el tiempo pactado, el párrafo segundo del capítulo 297 del C.º Eurico dice así:

«Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodum recipiat, quas dedit, et res definita non valeat.»

Stobe, interpreta esta norma en base al respeto a la mora del comprador. Si el comprador no paga en el término fijado, el vendedor puede optar, entre exigir el precio conservando el arra como pena de la mora del comprador, o desistir de la venta devolviendo el arra, (*ob. c.*, por Merea, p. 99).

Como dice Merea, este párrafo plantea el caso del comprador que no acude a completar el precio en el plazo estipulado. Dentro de los principios clásicos romanos, que no admitía la condición resolutoria tácita, el vendedor debería continuar obligado. Pero el legislador visigodo optó por la solución contraria, tal vez por la influencia de la práctica de la «lex commissoria», de reconocer al vendedor la facultad de resolver la venta, y en este caso, el comprador solo tiene derecho a reclamar el arra entregada.

Las palabras «et res definita non valeat», no significan que el comprador no quede vinculado, sino que *por la mora del comprador* cesa la obligación del vendedor.

Cosa similar, añade Merea, se da con la fórmula de la «lex commissoria» recogida en el Digesto 38, 3, 2: «si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit», que significa, no que la falta de pago queda deshecha la compra, sino que el vendedor puede optar por la rescisión, (*ob. c.*, p. 103).

Estos son los preceptos fundamentales de la materia que estudiamos en el Código de Eurico y que sintetizamos así:

La resolución de la venta puede tener lugar, no solo cuando se pacta la «lex commissoria», sino también, cuando se hubieren pactado las arras, y el comprador no paga en el plazo convenido, en cuyo caso, el vendedor puede resolver la venta y el comprador retomar las arras. Subrayamos la importancia de las arras visigóticas en orden a la resolución de la venta fuera de la «lex commissoria», que la veremos acogida en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real.

b. *El Liber Iudiciorum*

En el siglo VII (año 654), tras haber sido revisada por el Concilio VIII de Toledo, el rey Recesvinto (el Justiniano visigodo), promulga la

gran compilación de leyes con carácter territorial para godos e hispanorromanos que constituye el Liber Iudiciorum. Este es el único libro de leyes que puede invocarse ante los Tribunales de Justicia, y su finalidad era rechazar la voluntad de los poderosos, y admitir la equidad del juez. Después de la caída del Reino Visigótico, el Liber Iudiciorum pervivió en la Alta Edad Media, para la población mozárabe, como un principio de autotutela del propio derecho, ante las dificultades y carencias de acudir a tribunales de justicia. Se tradujo a lengua romance con el nombre de Fuero Juzgo.

Este recoge un conjunto de leyes antiguas, entre las que figuran, dos leyes, una se refiere a la señal, y la otra a la parte del precio de la venta, proveniente del Código de Eurico, antes comentado.

— La señal de la venta.

Ley 4, tit. 4, Lib. V. «Que interviniendo señal en la venta, el vendedor no se puede arrepentir. Leouigildi. Quien toma señal por alguna cosa deue cumplir lo que prometió, e si el comprador per enfermedad, o por otra coyta grant, non podiere pagar el prazzo, enbie otro quien quisiere que compra por el, e si non fur, o nom quisiere embiar, perda so señal que dio, e non vala la vendición».

— El pago parcial.

Ley 5, tit. 4, Lib 5. «Ley antigua. Eurici. Que habiéndose pagado parte del precio, aunque non se haya pagado todo, sea firme la venta. Si la una partida del precio es pagada, e la otra partida finca por pagar, non se deue por ende desfazer la vendición. E si el comprador non pagare el otra partida del precio al prazzo, pague las usuras de daquela partida que deue; fuera *si fuere pleyteado que la vendición fuesse desfecha*, si non pagasse el precio al plazo» (19).

D. LA RECONQUISTA ESPAÑOLA (20)

Se comprende en este epígrafe la época comprendida desde el siglo VIII, con la caída del reino visigótico por la invasión árabe y la forma-

(19) El texto latino tiene esta redacción. «Antiqua. Eurici. Si pars pretii data non fuerit. Si pars pretii data est, et pars promissa non adimpletur, non propter hoc venditio facta rumpatur. Sed si emptor ad plácitum tempus non exhibuerit pretii relinquam portionem, pro pretii parte quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res empta venditori debeat reformari». (V. IV-5).

(20) Este período ha sido estudiado a base de estos trabajos: FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa en el derecho medieval español», en *AHDE*, XXV, 1955. AQUILINO IGLESIA, «Lecciones de historia de derecho español». Barcelona 1989. «El cartulario de San Cugat del Vallés del Liber Iudiciorum al Corpus Iuris Civilis». Universidad de Barcelona, 1985. «La Cataluña altomedieval y el Código de Justiniano». R. J. de Cataluña, 1983. MAYER, E., «El antiguo derecho español de obligaciones». Barcelona, 1926. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, «Compra a desconocidos y compra en el mercado, en el mercado en el derecho español medieval», en *Homenaje a Ramon Carande*. Madrid, 1962, pp. 392 a 445. «Sobre la prenda inmobiliaria en el derecho es-

ción de los primeros núcleos cristianos de la Reconquista, hasta la recepción del derecho comun a principios del siglo XIII. Esta época se caracteriza por el pluralismo normativo y por la disparidad de la raíz genética que rigió en las distintas zonas geográficas de España, aunque en buena parte de ellas actúa como agente unificador el *Liber Iudiciorum*.

El Derecho medieval ha dado lugar a dos concepciones distintas en orden a los ingredientes germánicos en el derecho español y a la vigencia del *Liber Iudiciorum*.

La tesis germanista, defendida por Ficker en su obra «Untersuchungen zur Erbenfolge der Ostgermanischen Rechte». Innsbruck, 1891, y por Hinojosa en «El elemento germánico en el derecho español», de 1910, que parten de la semejanza de las costumbres germánicas y el derecho medieval español de la Alta Edad Media. Esta tesis fue refrendada por Menéndez Pidal, («Los godos y el origen de la epopeya española», 1955, al ver el derecho germánico en las costumbres de la Reconquista, como la venganza de la sangre, el duelo judicial), y luego rehabilitada por Sánchez Albornoz, («Tradición y derecho visigodos en Leon y Castilla», 1970).

Por el contrario, a partir de los años 40, toma impulso la tesis romanista de Merea, García Gallo, D'Ors, y Aquilino Iglesia, que rechazan el carácter necesariamente germánico del derecho altomedieval, y defienden la pervivencia del derecho romano vulgar en las leyes godas y en el *Liber Iudiciorum*. La persistencia romanizante del *Liber* actuó como agente unificador en el pluralismo altomedieval de las zonas geográficas españolas.

El desarrollo del contrato de compraventa y su resolución lo vamos a examinar, en esta época de la Reconquista, señalando la gran variedad de fuentes legales, locales, territoriales, y haciendo los siguientes grupos.

a. *El del Fuero Juzgo y Fuero Real*

Ambos siguen las mismas orientaciones del derecho visigótico.

pañol medieval», en sus *Estudios medievales de derecho privado*. Sevilla, 1977, pp. 364 a 386. ARIAS MONET, J. A., «Recepción de formas estipulatorias en La Baja Edad Media», en *Boletín Faculdade Direito Universidade de Coimbra*, XLII, 1986, pp. 5-57. NUÑEZ LAGOS, «La estipulación en Las Partidas», en *Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1950. ALONSO, MARÍA LUZ, «La compraventa en los documentos toledanos de los siglos XII-XV», en *AHDE*, XLIX, 1979, pp. 455-417. OTERO, A., «Las arras en el derecho español medieval», en *AHDE*, 1955, XXV, pp. 189-210. SALINAS QUIJADA, FRANCISCO, *Derecho Navarro*. MEREJA, P., «A arra penitencial no direito hispânico anterior à Recepção», en *Estudos de direito hispanico medieval*. Coimbra, 1953.

La compraventa es real y hace hincapie en la entrega del precio como elemento que determina la perfección de la venta.

El Fuero Juzgo, en la Ley 5, 4, 5, transcribe el sistema visigodo de la «pars pretii», que admitía el pago parcial, y la resolución de la venta cuando se pactaba expresamente. Y en la ley 5, 4, 4, que acoge el arra visigótica, que podía generar la resolución de la venta, cuando median arras, aun sin pacto «lex commissoria».

El Fuero Real, refunde las leyes del Fuero Juzgo anteriores en una sola, que es la 3, 10, 2, que dice así:

«Si el home alguna cosa vendiere, e tomare señal por la vendida no pueda desfacer la vendida; e si el comprador no quisiere pagar el precio, pierda la señal que dió e non vala la vendida.; e si el comprador non diere señal por la vendida, e diere alguna partida del precio, non se debe desfacer la vendida, fuera por avenencia por ambas partes.»

El contrato de compraventa se perfila así:

«Como toda vendida fecha por escripto debe valer. Toda vendida que fuera fecha por escripto, vala despues que el escripto fuere fecho: cualquier de las partes puedala desfacer ante que el precio sea dado, o parte dellos: y esto si la vendida no fuera fecha por miedo, o por fuerza, no deba valer, ni vala.»

El F. Real, 3, 10, 9, proscribe la venta de cosa ajena «Como ninguno puede vender lo ageno sin mandado de su dueño».

b. *Castilla y León*

1. El contrato de compraventa.

El sistema castellano, según Merea y Fernández Espinar, es una continuidad del Derecho romano vulgar, de concebir la compraventa como acto instantáneo de permuta inmediata del objeto por el precio, y de ninguna manera un negocio jurídico que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades.

El Fuero viejo de Castilla, IV, 1, 2, refleja ésta concepción real de la compraventa, ya que en él, se hace depender la perfección del contrato de la entrega de la cosa, y la compraventa la denomina, en alguna ocasión, cambio, «maguer que el cambio sea fecho» (21).

(21) F. Viejo de Castilla, IV, 2, «Ninguna eredad non se deve vender de noche, nin de día a puertas cerradas. E la vendida que así fuer fecha, non puede toller suo derecho al pariente, o a quien pertenesce la eredad por raçon del patrimonio, o del avolengo, maguer quel cambio sea fecho». En la nota que colocan a este precepto Asso y Manuel en la p. 103 dicen: «Es notable que aquí, se exprese el contrato de venta y compra con la palabra general de cambio, pues por ella podemos asegurar que aquel contrato era aún en este tiempo entre los nuestros como una especie de éste, según el parecer de los mejores juristas».

La entrega del precio tiene gran importancia porque determina el momento a partir del cual no se puede deshacer la venta. Por esto, lo normal es que el precio se abone antes de la redacción de la escritura. Pero se permite que el precio sea aplazado, y entonces el comprador tiene que salir como deudor y fiador del precio; pero si el vendedor teme que el comprador no le pagará «ad placitum», en este caso debe exigirle «superlevador» (22).

2. Las arras y la resolución de la venta.

Según Merea, en las fuentes del derecho peninsular medieval, se encuentran unos textos la expresión de las arras con función vulgarmente llamada penitencial. Su origen no se encuentra en las arras justinianas, ni en el derecho germánico, sino en unas costumbres populares enraizadas en la tradición peninsular y en el Sur de Francia, de procedencia oriental del derecho griego, durante la última fase de la dominación romana. El arra penitencial así importada se mantuvo como costumbre durante la dominación visigótica frente a la legislación del Código de Eurico que contiene una regulación distinta. Las arras que se encuentran en los Fueros de la familia de Cuenca, proceden todos de una época en la que no es probable el influjo del derecho justiniano, por ser anteriores a la Recepción. («A arra penitencial no direito hispánico anterior á Recepção», pp. 33-38).

Sin embargo, para Otero, no le convence el origen oriental y la transmisión del derecho romano vulgar que Merea ha ideado para explicar la existencia de las arras penitenciales en el derecho de la Reconquista., y entiende que existe una gran semejanza entre el arra justiniana y la de los Fueros castellanos.

Así en el Fuero de Cuenca, la ley 165 contiene una regulación del arra igual a la justiniana. En caso de arrepentimiento el comprador perderá el dinero que hubiese dado, y el vendedor pagará el doble del dinero que hubiese recibido. El término «pecuniam» es poco afortunado, y es evidente, dice Otero, que «se debe entender como parte del precio entregado a título de señal. El poco cuidado en la utilización del término nos revela que el redactor no tenía en cuenta o no conocía los efectos de la entrega como “pars pretii” en el derecho visigodo». («Las arras en el derecho español medieval», pp. 201, 202).

c. Aragón y Navarra

1. El contrato de compraventa.

En Aragón se hace depender la eficacia de la venta de la redacción de la carta: toda venta, después de hecha la carta, es firme y tiene validez para siempre.

(22) Fuero de Cuenca, XXXII. r. De fere venditionis et emptionis et impignorationis...

Fuero de Jaca. 64. «De uentes. Tota uenta que se fa ab uerdadera carta aya ualor et bona fermeza; mas si alguna uenta se fa forçadamente o a tort et pot estar prouat no aya valor».

En la práctica la entrega del objeto precedía a la carta, y por esto, se redactaba en preterito, «accepí, accepimus». Si no ha precedido la entrega de la cosa, ésta queda subsumida en la redacción de la carta, lo cual convierte a este acto en el momento decisivo para que el dominio de la cosa enajenada se transfiera al adquirente sin necesidad de acto alguno externo; es decir, que tiene lugar una «traditio per cartam» (23).

En Navarra, en la época alto medieval, dice el profesor Escudero, que se advierte la penetración del derecho aragonés (Fuero de Jaca), y de la extremadura castellana (Fuero de Soria). Fernández Espinar, estudia el derecho navarro de ésta época juntamente con el aragonés, con el que coincide en lo fundamental.

2. Las arras y la resolución de la venta.

En el Fuero de Jaca, existía el uso denominado «mercat de palmada» regulada en la Ley 67, que decía: si en una compraventa las partes convenían el precio, y para hacerlo mas firme se daban un apretón de manos, «si lo comprador se tira atrás et non vol tenir lo mercat paguia V soltz (cinco sueldos) al vendedor, et altresí lo vendedor si non vol lo mercat tenir».

El Fuero de Navarra, en su ley 3, 18, 18, tiene una regulación similar, si hay avenimiento en el precio y mediare palmada por ser firme, «si por aventura el vendedor, o el comprador se tornasen de la conveniencia, segun el fuero deve dar aquell que se repentira al otro cinco sueldos por la palmada, et si prisso señal, deve doblar la señal», al Rey, una vez descontado el diezmo a la Iglesia. Encontramos vestigios de la resolución de la venta en el capítulo 297. «De compra que faz un vecino d'otro». «Nuille vezino que venda a otro hereditat o ganado a dos plazos o tres, por aventura si non puede pagar, con iura, aqueill qui fizo la compra, que torne la compra el seynnor qui la vendió et pierda lo que ha pagado. Esto mandó el rey Don Sancho que nuil ombre que a plazo vendía, que usura era».

Lacarra, ha rectificado la afirmación de Hinojosa, de que el derecho navarro medieval se había visto libre de influjo romano-canónico. Para Lacarra, el «ius commune», se abrió camino por dos vías: la canónica, en base a las relaciones de los obispos pamploneses con Francia y a la presencia de clérigos juristas; y la judicial del tribunal de la Cort Mayor, donde figuraban juristas formados en las universidades extranjeras. El derecho romano no penetró en los códigos, pero sí en las sentencias judiciales.

(23) Observancias del Reino de Aragón, IV, 1. De pactis inter emptorem et venditorem. Nam in Aragonie in contractibus habitur cum carta, etiam sine traditiones transfertur dominium.

Salinas Quijada, recoge como antecedente histórico el derecho romano del Digesto.

No obstante el gran influjo del derecho común, los autores de la Recopilación Privada, dedican dos leyes bajo el epígrafe «Venta con condición resolutoria», y en la ley 498, se dice que el pacto comisorio resuelve la venta, «en los términos y con los requisitos fijados para la venta con pacto de retro». El Fuero Nuevo dedica otras dos leyes, bajo el epígrafe «De la venta con pacto comisorio», y que expondremos al tratar del derecho moderno (24).

d. *Cataluña*

1. Pervivencia del Liber Iudiciorum.

A raíz de la conquista musulmana, la población visigoda se rigió por su propio derecho y mantuvo, en consecuencia el Liber Iudiciorum, cuyo régimen jurídico hemos expuesto con anterioridad. Tal régimen prosiguió durante la etapa de la Marca Hispánica, en que esos «hispani» dependieron de la monarquía franca, por lo que los reyes ultrapirenaicos dictaron sus propias disposiciones, como un Capítular de Carlomagno de 812, otro de Ludovico Pío de 815, y otro de Carlos el Calvo de 844, en las que se reconoce la vigencia del Liber Iudiciorum, pero el derecho consuetudinario de los «usatges», según el profesor Aquilino Iglesia, conduce a su agonía, aunque la tradición jurídica visigoda persista como derecho supletorio de las nuevas «costums» locales, hasta el año 1251 en que una Constitución de Cort de Barcelona prohíbe la alegación en juicio de este Código visigótico.

2. Los Usatges.

La singularidad mas notable de esta etapa la constituye la aparición de un derecho nuevo a través de los «usatges», estrechamente vinculado a las instituciones políticas y la regulación de la estructura feudal propia de Cataluña.

El profesor Hinojosa, destacó que en la segunda mitad del siglo XII, por el flujo de clérigos de Gerona, y cercanía a los territorios del Midi francés e italianos, se advierte una temprana recepción del derecho romano. Pero esta recepción opera a través de las costumbres locales, como las Consuetuts de Barcelona, al admitir la aplicación del «dret comú, equitat e bona rahó».

(24) Este capítulo del derecho navarro, ha sido redactado en base a estos autores: ESCUDERO, JOSÉ ANTONIO, *Curso de historia del derecho*, Madrid, 1985. SALINAS QUIJADA, FRANCISCO, *Instituciones de derecho Navarro*. LACARRA, J. M., «En torno a la formación del Fuero General de Navarra», en *AHDE*, 1980, tomo 50, pp. 93 y ss. FERNÁNDEZ ESPINAR, *La compraventa...*, ya citada.

3. Recepción del derecho común.

Aquilino Iglesia, estudia la recepción del derecho romano en Cataluña. En la Alta Edad Media, parece que la Compilación de Justiniano no llegó a los terrenos conquistados por los bizantinos en el sur de la península. La ley por antonomasia era el *Liber Iudiciorum*.

Estudia este profesor de Barcelona, la posible recepción anticipada del derecho común en la Alta Edad Media catalana a través de las modificaciones que experimenta la estructura de los contratos de compraventa en los documentos procedentes de San Cugat del Vallés desde el año 900 hasta el 1250.

De estas investigaciones, resulta que la compraventa en Cataluña, era igual que en el derecho castellano, tenía carácter real, es decir, que se perfecciona y transmite la propiedad de la cosa vendida desde su entrega y el pago del precio.

Pero la venta existe, desde que se redacta por escrito, aunque no se haya pagado el precio. La recepción del derecho común penetró en Cataluña, a través de la Escuela de Bolonia del siglo XIII. Las Leyes de Partidas, aunque no fueron un texto legal en Cataluña, como dice Martí Miralles (25), tuvieron una autoridad doctrinal innegable por su gran valor científico y su forma de Código.

4. La tradición catalana y el pacto de la «lex commissoria».

De la materia sobre el pacto de la «lex commissoria», no encontramos una regulación específica, que haya pasado a la vigente Compilación de Cataluña. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1983, declara que por las Disposiciones Finales 1.º y 2.º de la Compilación, se debe acudir al Código civil, y más concretamente al artículo 1504.

Sin embargo, en las Resoluciones DGR, de 8, 9, 10, 11, 14 de octubre de 1991, el Registrador de la Propiedad, Juan Manuel García García, defiende una interpretación restrictiva del pacto comisorio en Cataluña, en base a la tradición específica catalana en esta materia. Algunos de sus argumentos están contestados en éste trabajo. La tradición catalana se apoya en estos textos:

a.— La Instituta de Justiniano, (2, 1, 41), cuyo texto se reproduce en este trabajo, (la venta en Las Partidas), por el cual el pago del precio determina la adquisición de la propiedad de la cosa vendida.

Según Arangio Ruiz, esta conclusión se debe a una errónea interpretación de las afirmaciones de la Instituta de Justiniano. Según este romanista, la necesidad del pago para la transmisión del dominio fue desconocida en la época clásica, y que apareció en la época postclásica por influjo, a su vez del derecho griego. Por esto, vino a cooperar en esta errónea interpretación, el conservar en la Instituta un texto del anti-

(25) MARTÍ MIRALLES, «La excepción non numerata pecunia y su renuncia», en *RJC*, XVIII, 1912, pp. 72-77).

guo derecho romano de las XII Tablas, o Quiritario, en el que se expresaba que el precio había de pagarse, si tras de celebrada entre el vendedor y comprador una «mancipatio», éste último quería exigir del primero una responsabilidad por «autoritas». La incorrecta interpretación de la Instituta pudo lugar a esta afirmaciones. («La compravendita nell dirito romano». Napoli, 1965).

Según Arias Ramos, los Glosadores de Bolonia se atuvieron también a esta exigencia del pago del precio para el pase del dominio, entre ellos, el jurista boloñés Azón, el principal inspirador de Las Partidas, las cuales recogiendo esta interpretación errónea, la plasmó en la Partida III, 28, 48 ... «si el comprador no oviesse pagado precio o dado fiador, o tomado plazo... non pasaría el señorío de la cosa fasta que el precio se pagasse», (La compraventa en Las Partidas. Centenario Ley del Notariado. II. 1965).

Por tanto, la interpretación alegada, no es específica de la tradición catalana, sino, idéntica a Las Partidas, y tanto una como otra, estuvieron vigentes hasta la publicación del Código civil.

En el «Manual de derecho civil vigente en Cataluña». Barcelona, 1864, de José Antonio Elías y Esteban de Ferrater, en la página 441, dice así: «No satisfaciéndose el precio por completo, no se adquiere el dominio pleno de la cosa comprada, a menos que se preste fianza, hipoteca o se designe un plazo cierto para el pago (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de marzo de 1858, 14 de diciembre de 1861, y 12 de abril de 1864).

La consecuencia de García García, de que los intereses no tienen nada que ver con la transmisión del dominio de la cosa es cierto, porque el precio es a la transmisión cosa, lo que los frutos a los intereses.

2. El Código de Justiniano (Libro IV, título 38, —de contrahenda emptione et venditione— norma 8.º. Es un texto del derecho romano clásico, que significa que si no se paga el precio, el vendedor puede reclamar el precio y no resolver la venta. La afirmación de Pella y Forgas de que esta regla romana es opuesta al art. 1124 Cc. es cierta, porque la resolución no se sobreentendía en el derecho romano, por ser una creación del «droit coutumier» como se desarrolla en este estudio. Pero la argumentación es incompleta, por también el Digesto reglamenta el pacto de la «lex commissoria» favorable a la resolución de la venta. (D. 18.3.2).

3. El *Recognoverunt Proceres* (Libro IV, título XXXI, constitución 3, vol. I0. Es cierto que suprimió el comiso. Pero también es cierto, que en Castilla, como decía González Serrano, comentador de las Leyes de Toro, el comiso era una institución en desuso y aún dudaba que se hubiera aplicado nunca en la práctica. La sentencia de 29 de abril de 1868, dejaba al arbitrio judicial que se aplicara o no el comiso. Los criterios de ambas tradiciones en los usos prácticos eran idénticos, y no se logró obtener de los redactores del Código civil la supresión de una institución tan odiosa (Castán, *Derecho civil*, 1950, p. 609).

El *Recognoverunt* suprime el comiso, pero lo sustituye por un doble *laudemio*. Como dice Mirambel Abancó, «se suprime la pena del comiso y la sustituye por otras penas». En este aspecto es favorable a la admisión de la cláusula penal.

E. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN

El derecho común, está constituido por el ordenamiento romano, a través de la Escuela de Bolonia, el derecho canónico, a través de la *Decretales* de Gregorio IX, y los *Glosadores* que incorporan textos de derecho feudal de Lombardía.

Esta Recepción se inicia en España a partir del siglo XIII, en los reinados de Alfonso X, de Castilla y León y Jaime I de Aragón. Su influencia se hace notar hasta la época de la codificación.

Siguiendo a Pérez Martín, se ha de manifestar el carácter provinciano, nacionalista con que se conciben estos estudios en España. El derecho común no es una cultura nacional española, sino que fue una cultura jurídica vigente en toda Europa. La investigación del derecho común se ha orientado preferentemente a los textos legales, y la mayoría de las veces se ha pasado por alto la fuente principal para conocer el pasado del derecho, que es la literatura jurídica. «Cuando, dice este autor, uno tiene presente la literatura jurídica producida en España desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII, se da cuenta de que la cultura jurídica dominante en España en todos esos siglos no fue una cultura jurídica nacional, específicamente española, sino que fue la cultura jurídica vigente entonces en toda Europa, es decir, el Derecho común. De éste modo, desde el desconocimiento intencionado de los fundadores de nuestra disciplina, se ha llegado al olvido inconsciente o ignorancia del presente. La difusión de esta cultura se llevó a cabo fundamentalmente por la enseñanza y por la práctica judicial y notarial» (26).

El derecho común, pues, fue una cultura común europea, que en cada país adquiría unas particularidades concretas al ponerse en contacto con el derecho particular (municipal o real), y que a su vez era interpretado como una variante dentro del marco y con las características del Derecho común.

LAS LEYES DE PARTIDAS

La recepción del derecho común se opera a través de la obra legislativa de Alfonso X el Sabio, principalmente con el *Fuero Real* y las *Partidas*.

(26) PÉREZ MARTÍN, «El estudio de la recepción del derecho común en España, en *I Seminario de derecho y derecho privado*», Bellaterra, 1985, p. 243.

Las Partidas introdujeron el derecho romano justiniano, a través de la Escuela de Bolonia del siglo XIII. Para el desarrollo de esta materia vamos a seguir la obra de Arias Ramos y Arias Bonet, «La compraventa en las Partidas». Un Estudio sobre los precedentes del título V, Partida V. Centenario del Notariado, 1965.

Para el profesor Arias Ramos (27) los legisladores castellanos no consultaron directamente los textos justinianos, ni la Glosa, sino que la fuente casi única se encuentra en la obra del jurista de Bolonia Azón, «Summa Codicis», que sintetizaba la compilación justiniana. La similitud de sus textos con Las Partidas, ponen de manifiesto este aserto, que dicho profesor lo atribuye a la mediocre formación romanística de los legisladores castellanos, sin que esto haga desmerecer el gran valor de esta obra.

Veamos como se configura el contrato de compraventa y el pacto de la «lex commissoria», en Las Partidas, a través de los clásicos castellanos.

a. *El contrato de compraventa*

Se configura, siguiendo la tradición del derecho romano justiniano como un contrato consensual, en el que las partes se obligan respectivamente; el vendedor, a la entrega de la pacífica y definitiva posesión de una cosa, el «habere licere», y el comprador a pagar el «pretium». El comprador no tiene la obligación de entregar el dominio de la cosa, sino simplemente la pacífica posesión.

La Partida V, 1, 5, dice: «Vendida es una manera de pleyto que usan los omnes entre sí; e fazese con consentimiento de las partes, por precio cierto en que se avienen el comprador y el vendedor».

La relación entre la compraventa y transmisión de la propiedad, se refleja en varias leyes, que establecen que el pago del precio es requisito para que pase el dominio al comprador, como se reconocía en el derecho romano postclásico o vulgar y en los Fueros castellanos; distinto del derecho romano clásico del contrato y la tradición.

La relación entre compraventa y transmisión de propiedad se refleja en varias leyes:

En la Partida III, 28, 48, se dice que «El apoderamiento o tradición de la cosa vendida transfiere su dominio al comprador; pero si el comprador no oviesse pagado precio, o dado fiador, o tomado plazo para pagar; por tal apoderamiento como éste non pasaría el señorío de la cosas, fasta que el precio se pagasse». «Mas si el fiador o peños oviesse dado, o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiasse

(27) ARIAS RAMOS, «La compraventa en las Partidas. Un Estudio sobre los precedentes del título V, Partida V», en *Centenario del Notariado*, 1965.

en el comprador del precio, entonces pasaría señorío de la cosas a él por el apoderamiento, magüer el precio non oviesse pagado. Empero tenuto sería de lo pagar».

Ley 50. «De la cosa que se vende dos vegadas a dos hommes... adquirirá el dominio el que primero hubiera recibido la posesión de la cosa y pagado su precio».

En estas leyes el pago del precio es requisito para que pase el dominio al comprador. Según Arangio Ruiz (*ob. cit.*, p. 276) la necesidad del pago del precio para la transmisión del dominio fué desconocida en la época clásica, apareciendo posteriormente en la época postclásica por influjo, a su vez del derecho griego. Pero también, como dice éste romanista, vino a cooperar el antiguo derecho romano de las XII Tablas, o Quiritario, al haberse conservado viejos textos en los que se expresaba que el precio había de pagarse, si tras de celebrada entre el vendedor y comprador una «mancipatio», éste último quería exigir del primero una responsabilidad por «autoritas». La incorrecta interpretación de las Instituciones de Justiniano (Instituta, 2, 1, 41), pudo dar lugar a estas afirmaciones (28).

Los Glosadores de Bolonia se atuvieron también a ésta exigencia, entre ellos, el jurista Azón, que fue el principal inspirador de las Partidas.

De esta manera, se puede afirmar, que el pago del precio es requisito para que pase el dominio al comprador. Pero si tomó plazo para pagar, pasa el dominio sin el pago, como ocurre en el caso del pacto «lex commissoria».

b. *La resolución de los contratos*

Las Partidas siguen a la legislación romana y consideran la resolución de los contratos como algo excepcional. Las dos acciones que dimana de un contrato bilateral se consideran hasta cierto punto independientes, de manera que cuando una de las partes incumple, la otra solo puede pedir el cumplimiento, pero no la resolución por no existir un nexos entre ambas obligaciones.

1.— En los contratos innominados del tipo «do ut des», como no existía un vínculo obligatorio entre las partes, el «praestans», que había cumplido, no puede exigir a la otra parte que cumpliera lo que le incumbe, sino solo podía pedir la restitución de lo que había entregado. No tenía, pues, acción para pedir el cumplimiento, al no existir la causa

(28) ARANGIO RUIZ, *La compravendita nell diritto romano*. Napoli. 1956. ARIAS RAMOS, «La compraventa en Las Partidas», en *Centenario Ley Notariado*, II, 1965. El texto de la Instituta, 2, 1, 41. «Pero de las cosas que se venden y entregan al comprador, no adquiere éste el dominio hasta que hubiere pagado el precio, o satisfecho de otro modo al vendedor, presentándolo, por ejemplo, un razón, que dimana del derecho de gentes, es decir, del derecho natural. Mas si el vendedor lo ha dejado, debe decirse que adquirió éste la cosa desde luego».

civil de obligar, porque no existía nada mas que un «nudum pactum». De esta manera se producía una especie de resolución del contrato.

Un caso de contrato innominado se regula en la Partida V, XIV, ley 41, pero a diferencia del derecho romano, da a los nudos pactos igual fuerza que a los contratos y por tanto, con la facultad de pedir el cumplimiento:

«Como, si un omme quitasse a otro el pleyto que le oviessse fecho, por otra cosa que le oviessse de dar, o de fazer, e si non gela diessse, o cumpliesse, qual dellas puede demandar» ...si uno no cumple, «en su escogencia, es del otro, de fazerle cumplir lo que prometió a postremas, o de demandar quel cumpla el primer pleyto, en la manera en que era tenuto de lo cumplir ante que gelo quitasse....».

2.— En el contrato de compraventa, solo se admite la resolución de la venta, en el único caso en que la falta de cumplimiento recayese sobre condiciones o pactos, sin los cuales absolutamente no se hubiera contratado («causa finalis»).

La ley 58, tit. V, Partida V, («Como se puede desfazer la vendida si el comprador non guarda el pleyto que se puso sobre ella») dice en sustancia que, si no se observa el pacto puesto en la venta, y sin el que no se habría celebrado, puede ésta «desfazerse». Pero si la venta fue hecha señaladamente por razón del pacto inobservado, queda válida, y solo puede pedirse el cumplimiento del pacto con los daños y menos cabos, si los hubo.

Esta ley no tiene ningún comentario por parte de Gregorio López.

Hermosilla, se expresa así:

1. «Ex qua nota quod, si non servetur pactum appositum in venditione, sine quo non fuisset venditio celebrata, venditio resolvitur.

& quod ex defectu causae finalis liceat contrahentibus a contractu recedere, late comprobant.

& quando implementum respicit causam finalem contractus per eius contractus nominatus rescinditur. Hanc conclusionem de iure communi probari. De iure nostro Regio per hanc legem haec conclusio probatur.

2. Si pactum non dedit causam contractui venditionis, non potest rescindi, etsi non servetur; sed tantum datur actio ad interesse.

3. Limita nisi ope exceptionis de non implemento opponatur; nam tunc rescinditur etiam nominatus.

4. Ex qua dicatur causa finalis: causa enim finalis in hoc casu dicitur illa, sine qua quis alias non esset contracturus.

& causam finalem etiam dicit, quando quis alias fuisset contracturus, sed non eo modo: ut puta volebam ego vendere fundum meum iusto pretio, sed minori pretio vendo ob obliquam causam, quae respicit meum commodum.

& illa dicitur causa finalis vendendi minore pretio, sed non est causa finalis vendendi.&

& in hoc casu defectus causae parit conditionem ob causam in contractibus innominatis.

5. Quae actio detur in hoc casu ad repetendam rem traditam?: actionem ex vendito competere resolvit» (29).

Como se verá mas adelante, esta doctrina de la «causa finalis», que nuestros clásicos castellanos, elaboran en base a la 58 de la Partida V, título V, es muy similar a la que se expondrá al tratar del derecho francés de costumbres, por Dumoulin, por la cual se amplía la posibilidad de resolver a los contratos nominados, por incumplimiento de esa causa pactada, sin la cual no se hubiera celebrado el contrato («causa finalis»).

La dificultad estaba en juzgar acerca de la intención de las partes contratantes, y en hacer la prueba de esa intención cuando sobre el particular no hubiere una cláusula resolutoria expresa en la escritura. El que pretenda la resolución deberá probar la existencia de esta condición, porque al ser la resolución una excepción, la presunción está por la no existencia de de tales condiciones.

3. Las arras y el arrepentimiento.

La Ley 5, 5, 7, hace una formulación del arra justiniana que dice así:

«Señal dan los omes unos a otros en las compras, e acaesce despues que se arrepiante alguno. E por ende dezimos, que si el comprador se arrepiante despues que da la señal, que la deve perder. Mas si el vendedor se arrepiante despues deve tornar la señal doblada al comprador, e non valdrá despues la vendida.»

«Pero cuando el comprador dió la señal, dixo así: que la dava por señal, e por parte del precio, o por otorgamiento, entonces non se deve arrepentir ninguno dellos, ni desfazer la vendida, que non vala.»

En el párrafo primero se recoge claramente el arra justiniana. Pero en el párrafo segundo, recoge el Fuero Real la doctrina del pago de parte del precio («pars pretii») de raigambre visigoda, solo que omite la frase de que pueda desfazarse la vendida por avenencia de ambas partes, que era una clara alusión a la «lex commissoria», por tener una reglamentación especial, como vamos a ver a continuación (30).

(29) GASPARE HERMOSILLA, *Adiciones, Notae, Resolutiones...*, II, pp. 340, 341. COVARRUBIAS, lib. 1, *Variarum. Resolutionum...*, c. 14, n. 6 in fine... GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum Civilium*, lib. 7, q. 52, n. 7 et 9.

(30) ANTONIO GÓMEZ, expone las distintas interpretaciones del arra justiniana. «Si contractus non fuit perfectus et absolutus, sed tantum intervenerunt verba praeparativa contractus, vel dictum et conventum fuit quod fieri scriptura; tunc quaelibet pars potest receder a cobtractu, et perdir arram quam dedit: et si pars quae recepit poeniteat, perdit eam duplicatam; quia tenetur redere arram quam recepit, et tantundem ex suo patrimonio. & Si vero contractus fuit perfectus et consummatus, et ultra hoc intervenit etiam arra, sunt dubiae et diversae opiniones. Prima, quod si aliqua pars vult recedere, ammittit arram, et tenetur ad totale interesse. Secunda principalis opinio est, quod pars quae contradicit et vult recedere a contractu, perdat arram, et teneatur ad interesse, sed arra debet in eo computari: et istam tenet Azo, et alii quod refert Glossa ordinaria....

c. El pacto de la «lex commissoria»

Se regula en la Ley V, V, XXXVIII:

«Si el vendedor, o el comprador ponen pleyto entre sí, que el comprador pague el precio a día señalado, e si non lo pagare aquel día, que sea desfecha por ende la vendida; que tal pleyto como éste es valedero: e gana por ende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fue dado, si al plazo no le fue hecha la paga, toda, o la mayor parte de ella: e desfazese la vendida. Pero con todo esto, en su escogencia es el vendedor, de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida; o de reuocarla, teniendo para sí la señal, o la parte del precio, segund que de suso es dicho. E después que ouire escogido una destas cosas dar por no celebrada la compraventa».

De la ley 38, no es posible deducir, si el vendedor, caso de optar por la resolución, dispondrá de una acción reivindicatoria para lograr la restitución de la cosa (según la venta real postclásica), o una acción personal (según la venta obligacional clásica). Veamos como interpreta estos preceptos la,

d. La doctrina de los autores castellanos de derecho común

La configuración del contrato de compraventa y del pacto comisorio establecido en Las Partidas, fue desarrollado por nuestros clásicos castellanos a la luz del derecho común, que era el derecho romano justinianeo y el derecho canónico (31).

BARTOLO, BALDO, PAULI DE CASTRO... qui dicit esse communem opinionem. Tertia opinio est, quod imo indistincte quaelibet pars possit licite recedere, et tantum perdat arram quam dedit, vel teneatur redere arram quam recepit, et tantumdem de suo patrimonio.... et istam etiam opinionem tenet Azo sibi contrarius... pto qua est hodie elx 7, tit. 5, Partit. 5». (*Variae Resolutiones...*, t. I, c. II, p. 442).

(31) Para la redacción de éste apartado hemos consultado los siguientes autores, cuyos datos biográficos han sido tomados de De Castro (D.^o Civil de España, 1949, I, p. 158). GREGORIO LÓPEZ, nace en Puebla de Guadalupe en 1497 y muere en 1560 «Las Siete Partidas § Glosadas § por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de su Magestad», Salamanca. 1555, 1565, 1576, 1580. Edición de Valladolid, 1580, 1587, y hasta unas 25 ediciones, entre la siguiente: «Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX», con la glosa del Lic. Gregorio López, y adiciones de Sanponts, Martí de Eixalá, y Ferrer Subirana. Barcelona, 1843. ANTONIO GÓMEZ, «Variarum Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii», en *Cum Additiones Joannis de Ayllon Laynez*. Matriti, 1653. Según De Castro, esta obra se imprimió la primera vez en 1552, y reimpressa en 1579, 1584. En Venecia en 1582 y 1602. En Lyon en 1602. En Ginebra en 1628 y 1629. Antonio Gómez ha sido uno de los juristas de mas autoridad en España y su obra comprende casi todo el derecho civil (D.^o Civil de España, 1979, p. 148, nota 4.). Vallet de Goytisolo le llama «príncipe del derecho». DIEGO COVARRUBIAS Y LEYVA (1517 a 1586). «Variarum Resolutionum». Con *Additiones, Observationes et notae De Faria*, Lugduni, 1701. Es el representante mas brillante de la escuela humanista en España, erudito y hombre de extraordinario significado en la vida política de su tiempo. JOANNE BAPTISTA LARREA, *Novarum Decisionum, Sacri Regii Senatus Granatensis Regni Castellae*, Lugduni, 1729. GASPARE A. HERMOSILLA, «Additiones, Notae, Reso-

En la exposición de éstas materias, vamos a seguir principalmente a Hermosilla, en sus Adiciones a la Partida V, tit. V, ley 38, p. 187, analizando estos puntos:

1.— Validez del pacto «*legis commissoriae*».

Es válido el pacto entre vendedor y comprador, que si en dos meses el precio de la cosa vendida no fuera pagado, la cosa no fue comprada («*res sit inempta*»). En Las Partidas «*desfázese la vendida*», es decir quedaba la venta resuelta «*ipso iure*», de pleno derecho, sin interpelación o requerimiento. Subsiste el principio romanista del «*dies interpellat pro homine*».

También éste pacto de derecho común se llama «*lex commissoria*», porque se concibe bajo condición, que incumplida opera efectos enérgicos.

En el contrato de compraventa éste pacto «*legis commissoriae*» es válido, sin embargo, está prohibido en las prendas (32).

La razón de admitirse en las ventas, es porque interviene el justo precio y es equitativo; y no hay precio si lo retiene el comprador, y por esto es justo que la cosa vendida vuelva al vendedor. Sin embargo, en la prenda, con el mismo pacto se esconde la iniquidad de los acreedores y la avaricia de los prestamistas, y usurpaban las prendas en perjuicio de los deudores (33).

2.— Necesidad de pacto expreso.

Se puede pactar de dos maneras: «*aut verbis directis, aut verbis obliquis*».

El pacto con «*verba directa*», tiene lugar cuando se expresa, que si el comprador no paga el precio, en el tiempo fijado, «*res sit inempta*»; pero estas palabras no son sustanciales al pacto, sino todo aquello que denote la resolución del contrato «*ipso iure*», así como que el contrato sea tenido «*pro infecto, vel habeatur pro nullo, irrito ipso iure, vel quod possit venditor rem ipsam adsumere, possidere, frui propria auctoritate*».

El pacto con «*verba obliqua*», tiene lugar, cuando se dice, te vendo el fundo, y si en dos meses no pagaras, «*res redatur, seu restituitur*».

luciones, ad 7 Partit, Glos. et cogita Doct. Gregorii Lopetii», 1634. JOANNIS GUTIÉRREZ, (1577 a 1618). *Practicarum Quaestionum Civilium Circa Leges Regias Hispaniae*, Lugduni, 1730. Es el comentarista de la Nueva Recopilación y su autoridad fue muy grande en España hasta la publicación del Código civil.

(32) «*Pactum legis commissoriae si in contractu pignoratío adjiciatur, est omnino vetitum. Sed in venditionibus omni iure sustinetur*», Covarrubias. *Variae*. p. 77).

(33) «*Commissoriam legem in venditionibus admitti, quia iustum pretium intervenit... ex equitate scilicet... pretio careat, emptore utrumque retinente; ideo iuste convenit, ut pretio intra tempus concessum ad solutionem non numerato, res vendita suo domino pristino cedat. In pignoribus vero sub eadem pactione latet iniqua creditorum, seu foeneratotum avaritia, dum pignora pro credita pecunia ad diem praescriptum non exhibita usupabant cum ingente debitorum laesione*», (COVARRUBIAS, *Variarum...*, p. 78).

Entre estos dos pactos establecen los Doctores estas diferencias en sus efectos:

El pacto «*verbis directis*», opera la resolución del contrato «*ipso iure*»,

& la traslación del dominio al vendedor se opera sin nueva tradición,

Covarrubias, *ob. c.*, «*huius pactionis effectus talis est, ut si emptor statuta die pretium non exhibeat, dominium rei venditae absque traditione ad venditorem legis ministerio revertatur*».

& para que el dominio vuelva al vendedor, no es necesario que preceda un requerimiento.

Cobarrubias, *id.*, «*ut dominium ad venditorem redeat, opus non est quod praecedat interpellatio*»

& cumplida la condición se puede ejercitar la acción reivindicatoria. Pero la traslación del dominio «*ipso iure*», precisa que se pacte «*in continenti in ipso contractu apponatur*», no despues, «*postquam ius tertio fuit quaesitum, nihil operare*».

En el pacto «*verbis obliquis*», no se opera la traslación del dominio «*ipso iure*», sino por el ejercicio de la acción «*ex vendito, vel prescriptis verbis ad observatiam contractus*».

3.— La opción del vendedor.

En Las Partidas, el vendedor tenía la opción («escogencia»), de elegir entre el pago del precio o revocarla

«*in eius electione esse statim agere ad pretium, vel commissoriam exercere*», (Hermosilla).

Si el vendedor escoge una de estas cosas, no se puede después arrepentir.

«*Si venditor post die statutum solutioni pretium petat, videtur pacto legis commissoriae renuntiare, & ubi idem esse dicit, si usuras pretii non soluti petat. Amplia idem esse, si post commissam lege venditor partem pretii acceperit. & qui semel elegit agere ad rescisionem contractus, vel ei stare, non posse variare*», (Hermosilla).

Gregorio López, glosando la frase de Las Partidas «que sea desfecha», dice:

§ «que éstas palabras no son de la sustancia del pacto, de modo que sin ellas no se verifique la traslación del dominio; sino que el mismo efecto producirán otras equivalentes». § «que el efecto de la devolución del dominio a la persona de la cual procedía, no es peculiar del pacto de la «lex commissoria», sino que resulta de todos los pactos que tienen fuerza resolutive, segun Bartolo y Paulo de Castro, donde dice, que si se convino que no cumpliendo lo prometido el que recibe la co-

sa, se tenga la entrega por no hecha, podrá instituirse la acción reivindicativa; porque semejante pacto tiene fuerza retroactiva, lo mismo que el de la ley commissoria y el de la addictio in diem, y porque hay la misma razón que en estos, y además tiene a su favor la equidad.

§ Para que se produzca la reversión del dominio del vendedor, es preciso que se imponga en el momento mismo del contrato, es decir, antes de que en virtud de éste resulte adquirido derecho alguno.

§ A lo que se dice en esta glosa que el pacto «legis commissoriae» produce «ipso iure» la reversión del dominio al vendedor, se opone directamente la 1. 3 C. «de pactis inter empt. et vend. con estas palabras». «Quia ea lege proedum vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esse, ad se reverteretur: si non precariam possessionem tradidit, reivindicacionem non habet». Por tanto, el vendedor no podrá dirigirse contra un tercero poseedor.

§ Se presumirá haber renunciado al pacto de la lex commissoria, si pasado el término prefijado demanda el precio (Digesto, lib. 18, tit. 3, ley 7).

Antonio Gómez, declara que el pacto «legis commissoriae», se debe convenir con palabras directas «verba directa», como estas «Res sit inempta, contractus non valeat», y se deben poner al mismo tiempo de celebrar el contrato, para que la resolución de lugar a la transferencia del dominio al vendedor. Sin embargo, cuando se pacta «verba obliqua», como estas «ut res reddatur, restitatur», es un pacto de retroventa, que no transfiere «ipso iure» el dominio, sino que confiere una acción personal al vendedor para exigir el cumplimiento del pacto.

Adiciona Ayllon Laynez, al texto de A. Gómez: que si en el tiempo fijado no se realizara el pago, sea rescindida la venta «ipso iure», y el dominio de la cosa sea transmitido al vendedor, sin nueva tradición, cuando se pacte la lex commissoria directamente: sin embargo, cuando se pacta de manera indirecta, no se readquiere el dominio «ipso iure», sino que debe el vendedor ejercitar la «actio ex vendito» (34).

4.— Los efectos de la resolución de la venta.

El comprador debe restituir al vendedor, no sólo la cosa vendida, sino también los frutos percibidos de la cosa comprada:

«non solum rem vendicat venditor, sed etiam fructus ex ea per emptorem perceptos consequitur». (Covarrubias).

(34) «Quod pactum legis commissoriae directis verbis conceptum operatur resolutionem contractus ipso iure, traslationem domini in venditionem absque nova traditione; it agi poterit rei vindicatione, conditione adveniente: secus vero quando verbis obliquis conceptum fuit praedictum pactum; quia tunc non transfertur Dominium ipso iure, sed debet agi actione ex vendito, vel prescriptis verbis ad observationem contractus», *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*. Matriti. 1794. p. 500. De emptione § Venditione, cap. II, n.º 31.

Si el vendedor quiere que el comprador le restituya los frutos debe abonarle los gastos de la recolección.

«si venditor velit emptorem ei fructus restituere, tenetur solvere emptori sumptus factos in eorum collectione». (Hermosilla).

Si por culpa del comprador ha sido deteriorada la cosa vendida, debe de satisfacer el daño al vendedor.

«si culpa emptoris res vendita deterior facta sit, tenetur venditori damnum satisfacere». (Hermosilla).

Si el comprador durante la condición hipoteca la cosa vendida, una vez resuelto el contrato quedará extinguida la hipoteca:

«et si emptor rem hypothecavit durante conditione, resoluta contractu hypotheca extinguitur». (Hermosilla).

F. LA PRÁCTICA JURÍDICA

La práctica notarial que se desarrolla en los siglos XVII y XVIII, instrumenta el pacto comisorio en el sentido de imponer la resolución «*ipso iure*», y la eficacia real como lo entienden los clásicos castellanos. Veamos algunos formularios:

a. *Pedro de Sigüenza*

En el Tratado de Cláusulas instrumentales de Pedro de Sigüenza (de 1627) encontramos lo siguiente: Pacto de *lege commissoria*, si es lícito, y con qué cláusula se ha de otorgar. 8. Y en cuanto a la segunda condición, y pacto de *lege commissoria*, para su distinción y declaración hemos de suponer, que la dicha venta fue celebrada con la cláusula siguiente:

«Con condición, que si para tal día no me dieredes y pagaredes el precio de la dicha heredad, que por el mismo hecho quede la dicha venta por nula, sin tener obligación a dar, ni restituir las arras y señal.»

Explica las palabras «por nula» y «las arras o señal»:

«Ibi: Por nula. Y es de tal natural este dicho contrato, que si para el día señalado no se consignare, y entregare el precio, quedará por nulo el dicho contrato, como si verdaderamente no se huviesse celebrado. Por lo cual consta, que en ningún tiempo se tranfiere el dominio de la cosa vendida en el comprador, hasta que de su parte cumpla lo que prometió, y assí no se prefieren los demas acreedores del comprador en esta dicha heredad. o cosa vendida.

Ibi: Las arras y señal. Y si el vendedor quisiere obligar al comprador a que passe por la venta, ha de ser apremiado a ello, por dársele elección en este caso al dicho vendedor la señal que el comprador hubiere dado, aunque desta pena, o obligación en dicho contrato no se hubiere tratado.

Y si passado el tiempo de la dicha paga, pidiere el dicho vendedor el precio de la cosa vendida, no puede tratar de rescindir, ni retractar el dicho contrato de venta, porque por el mismo hecho fue visto renunciar, y apartarse del otro derecho.

Finalmente se concluye en este segundo pacto y condición, que todos los frutos que huviere cogido, y gozado el dicho comprador de la cosa que assi fué vendida, se han de restituyr, y entregar al dicho vendedor, pagando, y entregando el dicho vendedor la dicha señal.

El autor transcribe a la letra la Ley de Las Partidas V, V, XXXVIII, antes expuesta, como base legal de sus fórmulas instrumentales (35).

b. *Melgarejo*

En los Formularios de Melgarejo, (de 1733) encontramos la siguiente cláusula:

«Que si para tal día en que se destina el plazo, no se hiciere la paga, sin que haya menester pedírsela, ni hacer ninguna diligencia judicial, esta venta sea en sí ninguna» (36).

c. *Febrero*

La venta se configura con carácter real, que transfiere la propiedad de la cosa con el pago del precio. De conformidad con la Partida. 3, t. 28, ley 46 dice: «Aunque el vendedor apodere de la alhaja al comprador, no se transfiere a ésta su dominio hasta que le paga el precio en que la ajustó».

La fórmula del pacto de la ley comisoría:

«Cuya casa la vendo por mil reales de vellon con la condición de que para tal día de tal mes y año me los ha de satisfacer, y poner íntegros en una sola partida en mi casa, y poder en buena moneda de plata, u oro usual, y corriente, y pasado dicho término sin verificarse su total solución, que-

(35) Tratado de cláusulas instrumentales, útil, y necesario para Jueces, Abogados y Escribanos destos Reynos, Procuradores, Partidores y Confessores, en lo de Justicia y Derecho. Por PEDRO DE SIGÜENZA. Madrid. 1627.

(36) PEDRO MELGAREJO, *Compendio de contratos públicos, autos de particiones executivos y de residencias*, Madrid, 1733.

da por el mismo hecho como desde ahora doy por nula esta venta: ha de ser visto no habersele transferido el dominio de dicha casa, y que no se celebró este contrato: y no he de poder ser compelido, ni estar obligado a restituírle total ni parcialmente tanto, que me entrega en señal; y si intentare que se lo devuelva, no ha de ser admitido en Tribunal alguno...»

Comenta Febrero, que el pacto es lícito y válido, y no cumpliendo el comprador se anula el contrato, y no se le transfiere el dominio de la alhaja, ni sus acreedores adquieren derecho a ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra, o señal; bien que puede elegir, o pedir el precio y subsista el contrato, o no querer que éste valga, pero no arrepentirse después de hecha la elección (37).

Esta configuración de la venta según las Partidas continuó vigente durante todo el siglo XIX, y la exigencia del pago del precio para que opere la transmisión de la propiedad, fue plasmado en el Código de Comercio de 1885, en el art. 909.8, cuando reconoce al acreedor del quebrado, la «separatio ex iure domini», respecto de los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte.

Sin embargo, esta tradición se rompe, como veremos, en la Época de la Codificación. Los legisladores fascinados por el Código Francés, vienen a transcribir sus preceptos en la materia del pacto de la ley comisoría. La doctrina española no ha sido del todo consciente del cambio radical que sufrió nuestro pacto en el Código civil, y continuó buscando la interpretación en nuestra tradición española, cuando la realidad es que había que volver los ojos a su inspirador inmediato, que era el Code de Napoleón. Por esto, para comprender la génesis de esta materia vamos a estudiar su historia en derecho francés.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE DERECHO ANTIGUO Y MODERNO EN FRANCIA

A. EN EL ANTIGUO DERECHO FRANCÉS

La doctrina de la resolución de los contratos del derecho romano, experimenta importantes modificaciones, por el mayor rigor que se produce en los efectos penales en virtud de un convenio privado de las partes; con el tiempo la penalidad disminuye, y el pacto comisorio por el influjo favorable del «droit coutumier», llega insensiblemente a generalizarse y a imponerse el principio de la resolución legal por incumplimiento. El desenvolvimiento histórico que vamos a exponer a

(37) FEBRERO, *Librería de Escribanos*, Madrid, 1789, I, 2, p. 365. Edición facsimilar de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1991.

continuación, va recoger la marcha secular a través del derecho bárbaro, canónico y feudal (38).

a. *Derecho bárbaro*

La resolución de los contratos por incumplimiento tiene un ámbito muy restringido. Se encuentran casos de resolución, en materia de censos y de donaciones.

En la venta por impago del precio no había resolución de contrato, en el Edictum Teodorici § 147: «Placita bona fide et definitiva venditio a venditore rescendi non potest: sed pretium quod ab emptore debetur repetendum est». Sin embargo, en la *Lex Wisigothorum*, se autoriza al vendedor a reservarse, mediante una cláusula especial, el readquirir la cosa vendida si no ha sido pagado en el término convenido: «Si pars pretii data est et pars promissa non adimpletur, non propter hoc vendita facta rumpatur.... nisi hoc forte convenerit ut res empta venditori debeat reformari». (L. 5, V-4) (39).

Las consecuencias de la resolución por incumplimiento tienen un predominante carácter de penalidad. El antiguo propietario recobra la cosa en el estado que tenía en el día del contrato, y el comprador que deja de pagar debe «ipso iure» los intereses del precio. La máxima «resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis», se aplica con toda su energía.

En las *Compilaciones visigóticas*, se observa una tendencia exagerada a la ejecución forzosa y a la imposición de una pena a la parte que ha faltado a su palabra, en provecho de la parte que la cumple; es la aplicación a todo convenio en general de la «*Stipulatio Aquilianna*» (40) y del *Rescripto Imperial de Arcadio* «*Si quis maior*» (41).

(38) La exposición histórica francesa y las citas que se expresan estas tomadas de esta bibliografía: LOUIS NAZ, «*Essai sur l'histoire de la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix*», Paris, 1870. VICTOR FOTESCO, «*Vente de meubles et immeubles pour défaut de paiement du prix*», Paris, 1807. *Tesis doctoral*. FELIX-JEAN-BAPTISTE-BIENVENU MARTÍN, «*De la lex commissoria dans la vente en droit romain et de la resolution de la vente pour défaut de paiement du prix en droit français*», Paris, 1874, *Tesis doctoral*. C. GRAVIER, «*De la lex commissoria dans la vente*» en *Tesis doctoral*, Paris, 1896. CASSIN, «*De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*», Paris, 1914, y otro: «*Reflexión sur la resolution judiciaire des contracts pour inexécution*», en *Rev. Trim. de Droit civil*, 1945, pp. 160 y ss. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1924, pp. 333 y ss.

(39) Ya expusimos, la distinta interpretación de este texto, entre los germanistas, y la escuela romanista de Paulo Merea, en el derecho visigodo español.

(40) La *Lex Romana Visigothorum*, reproducía textualmente el § 3, tit. 1 del libro de *Sentencias de Paulo* que dice así: «Cuando se haga un pacto, es usual insertar la estipulación aquiliana; pero es prudente añadir otra cláusula penal, porque en el caso en que el pacto no llegue a cumplirse, el acreedor pueda entonces reclamar la pena por la acción "ex stipulatu"».

(41) El *rescripto de Arcadio y Honorio* «*Si quis maior*» dictado en el año 395, figura en el *Código Theodosiano*, bajo el n.º 3 del título 1 «*De pactis*». Este ley va más

En las escrituras de la época se inserta una pena contra la parte que no cumple sus obligaciones, y a continuación de ésta cláusula figuraban estas palabras mucho tiempo incomprendidas: «cum stipulatione subnixa» (en los formularios de Angers), que no puede ser otra cosa que la alusión a la estipulación aquiliana, y que se encuentra expresamente indicada en muchas escrituras medievales. En muchas ocasiones el Notario copiaba literalmente el preámbulo del Rescripto de Arcadio. con estas palabras: «Interpellando iudicem, vel suplicando principibus... invocato Dei omnipotentis nómine...» (42).

b. *Derecho canónico*

A diferencia de los juriconsultos romanos, que solo admitían la resolución legal en los contratos innominados, y por pacto de la «lex commissoria» en los contratos consensuales, como la venta, los canonistas llegaron a aplicar reglas idénticas a ambos tipos de contratos, sobreentendiendo la resolución a todas las convenciones cuando una de las partes no cumpla lo que le incumbe. Veamos como se produce ésta ampliación.

El reconocimiento por los canonistas de los principales casos de resolución sobreentendida fue a consecuencia de un sentimiento íntimo de *equidad* inspirado por la Iglesia que establece este principio general: el beneficiario de un derecho no puede conservar las ventajas sin adquirir las obligaciones que se le impone.

Las convenciones, tanto los contratos sinalagmáticos, como los simples pactos o promesas, solían ir acompañadas de *juramentos*, en virtud del cual cada parte se obligaba solemnemente a cumplir sus obligaciones. Como dice Capitant, «Esta regla se halla enunciada en términos amplísimos, que se refieren no solo al caso del juramento, sino a todo contrato, en un texto célebre de la “Suma” del Hostiense (siglo XIII), libro 2.º, de iurej. núm 3»:

«Non servanti fidem, non est fides servanda.

lejos, para el que incumple su promesa. Dice así: «Si algún mayor de 25 años, piensa echarse atrás de los pactos o sea recurriendo a la justicia, sea dirigiéndose en súplica al Emperador, sea no cumpliendo su promesa, y que tenía confirmado su contrato por la invocación a Dios Todopoderoso, sea no solamente tachado de infamia, sino que se le prive de su acción y soporte la pena que se ha estipulado en el pacto, pierda la propiedad de la cosa y el provecho conseguido por el pacto o la transacción. Todas estas cosas estarán en provecho de los que cumplieron fielmente la convención, y ordenamos que se les considere dignos del beneficio de la ley, los que habiendo insertado nuestro nombre en sus contratos, han jurado que esta invocación era la garantía de sus obligaciones contraídas».

(42) MARINI, «Papiri Diplomatici», n.º 99, citado por Savigny, en su *Historia del derecho romano en la Edad Media*, dice que en una escritura de venta del año 551, se lee lo siguiente: «Aquilianae quoque Nervianaeque legum vigore subjungenti sed et stipulationis valeditate legitima solemnitate adiciendi».

Ideo iuramentum illud non ligat qui praestitit, dum is cui praestitum fuerat servare negligit quod prommissit.» (43)

La consecuencia de la regla «Frangenti fidem» consistía en que, tanto el vendedor como el comprador, podían optar por exigir el cumplimiento, o pedir al juez eclesiástico que les librara del juramento y pronunciara la resolución del contrato. Esta resolución se diferenciaba de la «lex commissoria romana» porque podía intentarse por el comprador lo mismo que por el vendedor, y el demandante estaba obligado a dirigirse a la jurisdicción eclesiástica para que se le librara de su juramento y por lo mismo de su obligación; mientras que en la «lex commissoria», la resolución era efecto de la sola voluntad de las partes; solo podía ejercitarse por el vendedor, y la resolución se producía «de pleno derecho» sin demanda judicial.

La Iglesia aconseja a las partes someter sus convenciones bajo juramento. Con el juramento la autoridad eclesiástica extendía su jurisdicción privilegiada, sin que se le pudiera tachar de ambición, por sustituir la justicia secular por las justicia eclesial, sino para elevar al hombre a las más altas esferas de la conciencia y de su deber, para amar la justicia por la esperanza de la felicidad futura.

Los canonistas, interpretando justamente el contenido de la voluntad de las partes, llegaron a la conclusión de que, cuando dos personas se habían obligado recíprocamente, si una de ellas, no cumplía su promesa, la otra no solo se hallaba dispensada de cumplir la suya, sino que podía, en vez de reclamar la ejecución forzosa, citar a su adversario ante el Tribunal eclesiástico para hacer constar la violación de la fe prometida y exigir que se le relevase de su obligación. Y el derecho canónico aplicaba esta solución a todos los contratos sinalagmáticos indistintamente, tanto a los antiguos contratos consensuales del derecho romano, como a los simples pactos, porque el concierto de voluntades, según los canonistas era obligatorio.

La Iglesia favorece el uso de establecer el juramento en los contratos, y así somete al perjurio a las penas de censuras espirituales, que era una de las condiciones de la ley Arcadia («invocato Dei omnipotentis nomine»). Por esto, era práctica habitual de los Notarios introducir la sanción religiosa siempre mas temida que la penalidad civil.

La Iglesia se creyó en el deber de estimular la pena de la excomunión contra los que faltaban a su promesa. La Iglesia fiel a la voluntad de las partes, excomulgaba a los que no cumplían con su obligación, pero

(43) Capitant, en la nota 1, dice que esta fórmula famosa, cuya invención se atribuye al Hostiense, parece haber sido creada hacia 1235, por Vicente de España, el primero de los decretalistas a consecuencia de discusiones sugeridas. Es interesante notar que ha sido en el campo de la fe, y a propósito de las relaciones con los infieles, donde comenzó a debatirse. Esta regla enunciada por Hostiense tuvo su expresión definitiva en el Canon «Frustra», publicado en 1298 (75, Sexto, V, 13, de regulis iuris) que dice así: «Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se preaestitam servare recusat». (*De la causa de las obligaciones*, p. 144.).

la pena no debe romper el principio de que el delito presente debe ir unido a la rebeldía («delictum praesens cum contumacia coniunctum»), por lo que será necesaria *una puesta en demora* (44).

De esta manera, el deudor podrá purgar su demora «Sibi satisfactione celeri consulere». (Decretales, 4, III-18). Una resolución fatal a término fijo, por incumplimiento, repugna al derecho canónico, por lo que será necesaria una sentencia judicial que solo la Iglesia puede pronunciar.

Este modo de proceder no es una contradicción. La Iglesia por la lentitud en la instrucción de sus causas, deja al deudor la posibilidad de sustraerse a la resolución; pero si el delincuente abusa de la indulgencia que se le ofrece, entonces su autoridad tan compasiva deviene en inexorable; por tanto, en primer lugar, muestra su condescendencia, pero a continuación despliega su severidad en la aplicación del castigo.

c. *Derecho feudal*

El feudo es un contrato por el que el señor cede a perpetuidad al vasallo el dominio útil de un inmueble, con la obligación de prestar servicios y fidelidad. Si el vasallo incumple sus obligaciones, el señor puede resolver el contrato, sin necesidad de que exista cláusula expresa. Lo mismo ocurre si es el señor el que incumple.

La fuente primitiva del feudo se deriva de aplicar a los comisos feudales los preceptos del derecho romano sobre la revocación de las donaciones entre vivos. Las consecuencias eran éstas:

- El comiso no opera «ipso iure».
- Los herederos del señor no pueden ejercitar el comiso si su autor conocía el delito y no lo persiguió en vida.
- Los sucesores del vasallo no pueden ser privados de la posesión por razón de la felonía o desavenencia con su causante, si la acción del señor no ha sido intentada antes de la muerte del culpable (45).

El juramento que prestaba el vasallo de fe y homenaje a su señor, servía de pretexto a los jueces eclesiásticos para aplicar el derecho canónico a los comisos feudales, por lo que los señores recelosos de sus prerrogativas suprimieron el juramento, para eliminar la jurisdicción eclesiástica, y las consecuencias rigurosas de la resolución de derecho. Pero una práctica judicial introduce ciertas atenuaciones, como es la de sustituir la idea de incumplimiento de la obligación por la idea de la in-

(44) «Statuimus ut nec praelati nisi canonica ommonitione praemissa suspensionis vel excommunicationis sententiam proferant». Decretales, cap. Reprisibilis 26. De appellationis (II-28).

(45) POTHIER, *Traité des tiefs*, primera parte, capítulo III, sect. II, arts. 1 y 2., citado por Naz.

gratitud, y las disposiciones de favor consagradas por la jurisprudencia canónica: el comiso no debía pronunciarse sin causa. El vasallo tenía permitido purgar su demora hasta que se dictara la sentencia. (Esta es la opinión de Pothier, «*Traité des fiefs*», *loc. cit.*).

La acción de comiso, según Pothier, del señor contra el vasallo, tenía carácter «ad rem», e iba dirigida a obtener que el feudo le fuera adjudicado en reparación de la ofensa. Los efectos de la revocación del feudo no se extendían a las cargas reales impuestos sobre el inmueble enfeudado. La culpa del vasallo, no debe repercutir en los terceros inocentes. («*Culpa suos duntaxat committatur auctores*»).

La resolución por incumplimiento presenta profundas diferencias, en el antiguo derecho francés, según que se aplique en los países de costumbres, o en las provincias de derecho escrito como vamos a examinar a continuación.

d. «*Droit coutumier*»

En los países de costumbres se adopta la regla del derecho romano postclásico, por la cual la propiedad de la cosa vendida pasaba al comprador por efecto de la tradición, y desde que se pagaba el precio. En la venta a crédito no se exigía ésta segunda condición.

Las costumbres recogen sin dificultad las causas de resolución que el derecho romano había reconocido en los contratos reales innominados, en el cambio, donación, sociedad, arrendamiento y enfiteusis.

En la venta, la facultad del vendedor no pagado de resolver el contrato sólo puede derivarse teóricamente de la existencia de una estipulación expresa de las partes («*lex commissoria*»).

Pero la práctica y los usos, poco a poco introdujeron dos innovaciones: una en favor del vendedor, al sobreentender el pacto comisorio en todos los contratos de venta; y la otra en favor del comprador de permitirle el pago después de la expiración del plazo, y sin que se resuelva la venta de pleno derecho.

1. La innovación de sobreentender el pacto comisorio.

La costumbre y los usos llegaron a declarar que la facultad de resolver siempre se encuentra sobreentendida, en consideración a la equidad. Los jurisconsultos costumbristas se preocupan, ante todo, de la intención de los contratantes y de la causa final de los contratos a la que se dirigen. Como en la venta, la falta de pago del precio es la causa final del contrato y es el fin directo e inmediato que se propone el vendedor, lo que da lugar al principio consagrado por la costumbre de que la resolución tiene lugar en todas las convenciones hechas por una causa y cuando la causa no se ha cumplido.

En el siglo XIII aparece esta doctrina patrocinada por los autores y sancionada por la legislación. Así aparece en un pasaje de Philippe de

Beaumanoir en la «Coutume de Beauvoisis». En las antiguas costumbres de Bretagne (redacción del siglo XIV), aparece igual doctrina. Pero estas doctrinas no fueron unánimemente recibidas.

En el siglo XVI, Dumoulin, fue uno de los primeros de proponer la aplicación del principio de la resolución de la venta, pero solamente en casos excepcionales. Según él hay que distinguir:

— Cuando el vendedor solo tiene interés en recibir el precio, es decir, el equivalente de la cosa, no cabe la acción resolutoria.

— Pero cuando se vende una cosa (por ejemplo un feudo rural), con miras a un destino especial que se quiere dar al precio (por ejemplo, comprar la casa de la ciudad paterna). En este caso, habiendo, por falta de pago, la esperanza de recobrar la casa paterna, el vendedor no estará obligado a demandar el pago del precio, pero podrá accionar para que se le devuelva la heredad vendida, «ne careat utroque fundo par fraudem vel culpam emptoris». Como argumento invoca la regla formulada por los canonistas: «Fidem prorsus non servanti non esse servanda». Y añade en conclusión: «Stat ergo quod defectu causae finalis locus est rescissioni etiam in contractibus nominatis et specialiter in venditione» (46).

Dumoulin tiene el honor de haber generalizado definitivamente el principio de que la resolución es posible «iure communi», siempre que falte la causa final del contrato. Pero la causa final en los contratos nominados no tiene el sentido que tiene en la actualidad, porque según el la causa final no es el pago del precio, sino un fin particular subjetivo, en vista del cual, el vendedor se determinó a contratar.

Estas soluciones satisfacían las necesidades del comercio jurídico y de evitar gastos. Es mejor para el vendedor tomar otra vez su cosa, que llevar ante los Tribunales a un comprador que rehusa pagar el precio.

Esta doctrina bajo la capa protectora de una autoridad tan considerable como la de Dumoulin penetró insensiblemente en la jurisprudencia de los tribunales y de todos los intérpretes del derecho común y los comentaristas del derecho consuetudinario (47).

En el siglo XVII, Domat, se adhiere a la doctrina de Dumoulin, y admite la resolución en las venta con cláusula resolutoria (como en el pacto de la «lex commissoria» romana) pero introduce la resolución «sans clause resolutoire»:

«Quoiqu'il n'y ait pas de clause de resolution faute de payer au terme, ou d' inexecuter quelque autre convention, la vente ne laissera pas d' être résolue, si le défaut de paiement et l' inexecution y donnent lieu après les délais, selon

(46) DUMOULIN, «*Variae Iuris Questiones*», in *rubr. De verbor oblig.*, n.^{os} 58 a 62.

(47) BOURJON, «*Le droit común de la France et la Coutume de Paris reduits en principes*», II, Paris 1770, liv. VI, tit. II, chap. IV, sec. 1, n.^o 11, p. 452.

les circonstances, car les contractants veulent que le contract ne subsiste qu'en cas où chacun exécute son engagement». («Lois civiles dans leur ordre naturel», Paris, chez Durand, 1777. livre I, titre II, sección 12, n.º 13).

Estas explicaciones de Domat, demuestran que la acción resolutoria se admitía en el siglo XVII, no solo en provecho del vendedor, sino también en provecho del comprador. Importa notar que relaciona el derecho de pedir la resolución con la voluntad misma que presidió la perfección del contrato, «porque las partes quieren que el contrato no subsista si cada uno no ejecuta su obligación». Y finalmente reconoce a los jueces el poder absoluto de apreciación. La venta se resolverá, dice, «según las circunstancias».

Se aprecia, por esto, que una aplicación mas rigurosa del principio de la causa final había de prosperar en el siglo XVII en todos los casos en que la intención del vendedor al contratar había sido, que si el comprador no pagaba el precio, el contrato estará de pleno derecho sujeto a resolución: «Fidem frangentis, fides frangatur».

En el siglo XVIII, Pothier, razona de la misma manera, y declara que la falta de pago del precio permite al vendedor demandar la resolución del contrato, aunque no haya pacto resolutorio, pero la amplía «con relación a todas las demás obligaciones, sean del vendedor, sean del comprador, solamente en virtud de las circunstancias se llega a definir si debe tener lugar la resolución del contrato: da lugar a ella siempre que se me prometió una cosa que sin ella yo no me hubiera obligado» (De la Vente, n.º 475).

2. La otra innovación se realiza en favor del comprador permitiéndole pagar despues de expirado el plazo («purgatio morae»).

Veamos como tuvo lugar.

La resolución del contrato planteó una lucha entre el derecho canónico y el derecho «coutumier».

La Iglesia mantiene la costumbre entre los notarios eclesiásticos de insertar en sus contratos entre laicos, la cláusula de excomunión caso de no pagar las deudas.

Los jurisconsultos protestan contra este abuso de las penas espirituales. La Ordenanza de Carlos IX de 1560, prohíbe a los prelados el uso de las censuras eclesiásticas, sino no es por crimen o escándalo público. La costumbre de Bretagne, dispone que en «Toda convención por la que el deudor laico se someta a la excomunión en caso de incumplimiento de su promesa será considerada como no puesta». Como sanción de ésta prohibición, los jueces reales pronunciarán directamente, «in foro seculari» la absolución «ad cautelam» de la excomunión. Los canonistas llegaron a sostener que la «juramenti cognitio» era al menos un «fori mixti», y la cuestion del juramento era un incidente en una causa civile, por lo que era el juez laico el competente para su conocimiento.

De esta manera, el «droit coutumier» llegó a derogar la excomunión, como último residuo del comiso canónico, y con ello, desaparece el carácter penal de la resolución. La idea de la ingratitud, mucho tiempo persistente, da paso a la idea de incumplimiento, y la anulación del contrato deja de ser unilateral, para aplicar a las obligaciones bilaterales.

La resolución de los contratos era competencia de los jueces reales, aunque continuaban admitiendo la «purgatio morae», pero dentro de unos límites razonables, por el mayor respeto a la voluntad de las partes.

De Pothier, se deduce que la condición resolutoria implícita opera independientemente de la constitución en mora. «Suivant les principes du droit roman... si el acheteur est en demeure de payer le prix, le vendeur n'a pas pour cela le droit de demander la résolution du contrat, et il peut seulement exiger, par les voies de droit, le paiement du prix que lui est dû». «Le juge, sur la demande du vendeur, rend une première sentence par laquelle il fixe un certain délai, qui est lassé à son arbitrage, dans lequel il ordonne que l'acheteur sera tenu de payer; ... et si le acheteur ne paie dans le dit temps, le vendeur, après l'expiration du temps, doit obtenir une seconde sentence qui, faute par l'acheteur d'avoir satisfait à la première, déclarera le contrat de vente nul et résolu». (De la vente, n.º 475).

Así lo deduce Benatti, cuando dice que: «El poder de ejercer la resolución, no se deriva de la mora "mora debendi", que tiene su origen en derecho romano, sino que es un efecto de la cláusula resolutoria tácita, creación de los tribunales de los países de derecho consuetudinario... Si las costumbres hubieren subordinado la resolución del contrato a la constitución en mora del deudor, no habría puesto la regla según la cual el juez debe, ante todo fijar el tiempo del cumplimiento. Sería extraño que el acreedor estuviera obligado a intimar al pago, y en caso de incumplimiento, no pudiese obtener la resolución, porque a su vez, el juez ha concedido nuevo plazo. En la segunda fase del procedimiento de resolución presupone la mora, bastando el solo hecho material del incumplimiento» (48).

Pero como dice Pothier, a partir del siglo XVIII, «lorsqu'il y a un pacte commissoire, le juge, sur la demande donnée après l'expiration du temps porté par le pacte, doit prononcer d'abord la résolution et permettre au vendeur de rentrer en possession de la chose vendue». (De la vente, n.º 475).

e. «Droit écrit»

En las provincias del Midi francés, se mantiene el derecho romano justiniano, en materia de compraventa y pacto comisorio.

(48) *La costituzione in mora del debitore*, pp. 59, 60.

El contrato de compraventa en estos países se hallaba bajo el imperio de las leyes romanas, y la «traditio» era considerada necesaria para transferir la propiedad de la cosa vendida; de manera que, entre dos adquirentes sucesivos de un mismo inmueble la preferencia se debía a aquel de los dos que hubiese sido investido de la posesión en primer lugar, aunque al otro se le hubiere hecho la «traditio ficta» anterior.

En materia de pacto de *la «lex commissoria»*, se mantiene el derecho romano justinianeo, pero con criterios restrictivos:

1. Se exige siempre el pacto comisorio.

El pacto comisorio es indispensable para que tenga lugar la resolución, incluso en los casos en que el derecho romano admitía la resolución legal. La resolución operaba por la sola fuerza del pacto.

2. La resolución opera «*ipso iure*».

La resolución tenía lugar de pleno derecho de acuerdo con la máxima romana «*dies interpellat pro homine*». La sentencia judicial que declaraba la resolución de la venta era requisito únicamente para su constatación. Las consecuencias tenían carácter penal por la influencia del derecho canónico; pero éste rigor se atemperaba con la exigencia del pacto comisorio y en la posibilidad de aplazamiento por la discrecionalidad del juez.

El principio «*resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*», daba lugar a la resolución con eficacia retroactiva de los actos de disposición realizados por el adquirente, pero ésta regla no era absoluta, sino que admitía casos en que no se producía la eficacia retroactiva, haciendo válidos los derechos reales constituidos por el adquirente. El «*droit écrit*», hacía estas distinciones:

En materia de donaciones, la resolución deja subsistente los derechos reales constituidos por el adquirente, cuando era motivada por la ingratitud del donatario.

En los casos de comiso enfiteútico, y en el pacto comisorio de la venta, se producía la resolución retroactiva, con extinción de los derechos reales constituidos con posterioridad.

f. *Aplicación a la venta de bienes inmuebles*

Vamos a examinar cómo la antigua jurisprudencia francesa aplicaba estas teorías del derecho escrito y consuetudinario al contrato de compraventa de bienes inmuebles, con pacto comisorio.

1. Se exige una declaración resolutoria.

El derecho civil, fiel a la máxima de la Iglesia de que toda pena requiere una declaración, establece, como lo habían hecho los canonistas, que el impago no es suficiente por sí solo para que se opere la resolución sino que era necesaria una sentencia al menos para autorizar la ejecución de la pena. Por esto, la resolución de la venta por impago

del precio debía «être prononcer en justice». Así lo explica Pothier: «Según nuestra jurisprudencia, el pacto comisorio no opera de pleno derecho la resolución por falta de pago en el tiempo fijado; en este caso, solamente se atribuye al vendedor, una acción para pedir la resolución del contrato, y que ésta no se opera, al menos irrevocablemente, sino es por la sentencia, que a la vista de ésta acción, declara el contrato nulo y resuelto, por no haber pagado el comprador». (Vente, n.º 459).

2. Se exige una «sommation».

En un principio, las reglas del derecho romano sobre la puesta en mora, no sufren modificación; de ésta manera, la interpelación siempre era indispensable para el caso de no haberse fijado término para el pago del precio; por el contrario la interpelación se descartaba, cuando la cláusula comisoria había sido estipulada «ad diem».

Pero bajo la presión de los canonistas, quienes entendían que era necesario retrasar el posible cumplimiento de los comisos, los costumbristas, y cuando la cláusula comisoria se estipulaba «ad diem», llegaron a exigir, que la parte a la que aprovechara declarara al menos su intención de invocar la resolución (49).

En los países del Midi francés se protesta contra el empleo de la interpelación. Se decía que el pacto comisorio tenía lugar si en el tiempo pactado, el comprador no paga el precio, aunque el vendedor no haya formulado la demanda. Pero como en la práctica se obligaba al vendedor a notificar en un breve plazo su opción entre la resolución o el pago, los jurisprudencistas sostenían que esta declaración de voluntad no se podía manifestar mas que por la vía de una «sommation» extrajudicial. (Cpr. Guy- Pape, «Questiones...», p. 497).

3. Se admitía la «purgatio morae».

El comprador una vez vencido el término pactado y advertido por una «sommation» de la voluntad del vendedor, se le admitía «purgar su demora» pagando el precio; incluso despues de la sentencia declarativa de la resolución del contrato, cuando al apelar la sentencia se ofrecía el montante del precio, los intereses y las costas. (Pothier, *La Vente*, n.º 459).

De esta manera, por influjo de la costumbre, no debía resolver el contrato por falta de pago en el plazo convenido, puesto que se admitía una «purgatio morae», y por esto, era natural que se permitiera al juez acordar un aplazamiento antes de declarar la resolución en un juicio definitivo. Decía Domat: «Les clauses resolutoires á défaut de payer au terme ou d'exécuter quelque autre condition, n'ont pas pour effet de résoudre d'abord la vente, par le défaut d'y satisfaire, mais on accorde un délai pour exécuter ce qui a été promis, si ce n'est que la chose ne puisse souffrir de retardement». («Lois civiles», liv. I, tit. II, sec. 12, n.º 12).

(49) Dice Pothier, que «Il est d'usage, de faire une sommation au debiteur par un sergent, a ce qu'il ait à satisfaire à sa promesse, avec assignation devant le juge pour voir prononcer la nullité de l'engagement, faute par lui d'avoir satisfait». *Traité des obligations*, n.º 672.

Bourjon, decía que «*toujours vu practiquer ainsit au Châtelet, usage équitable et préférable á la riguer du droit romain, qui était peu politique*». («*Le droit commun de la France et la Coutume de Paris reduits en principes*», Paris 1770. Liv. I, tit. IV, ch. 9, n.º 2.).

4. Se amplía el arbitrio judicial.

Se extiende el arbitrio del juez y la práctica judicial es favorable a relentizar la marcha de los procesos; despues de la sentencia judicial de concesión de una prórroga, y vencida ésta prórroga sin que tuviera lugar el pago, el juez podía dictar una segunda sentencia acordando una nueva prórroga en la que se insertaba en su parte dispositiva la reserva de dejar a salvo al comprador para liberarse de su deuda, en este lapso de tiempo. Como se ve, con esta teoría, la purgatio era posible aun después de la sentencia judicial. Esta jurisprudencia violaba abiertamente la voluntad de las partes, y desarrollaba de manera abusiva la equidad canónica, con la concesión de prórrogas para poder pagar aún después de vencido el término pactado.

5. Se suprime la prórroga judicial, a partir del s. XVII.

Pero es a partir del siglo XVII, cuando se declara una verdadera guerra contra esta práctica judicial de concesiones de prórrogas, por tratarse de un desarrollo abusivo de la equidad canónica que violaba abiertamente la voluntad de las partes, cuando existía un pacto comisorio estipulado a plazo fijo. Pothier, se manifiesta contrario a «que el juez conceda nuevo plazo, en el *caso de pacto comisorio a término fijo*, imponiendo al juez, si el acreedor lo exigía, la obligación de declarar la resolución del contrato despues de expirado el término pactado». (Vente, n.º 475). Otros, como Fourgole, iban mas lejos, negando a los jueces que admitieran la «purgatio morae».

En los países de derecho escrito, el comprador no podía pagar el precio después del término fijado, por imperativo del pacto comisorio. Sin embargo, por la influencia del «*droit coutumier*», menos riguroso, se permitió que el comprador pudiera purgar su demora «*celeri praestatione*», es decir, en el mismo plazo dejado al vendedor para ejercer su opción resolutoria.

La pugna entre la «purga de la mora», con la consiguiente prórroga del pago, y la facultad del juez de concederla, y por otra parte, el respeto a «la voluntad de las partes» del pacto comisorio a plazo fijo, será resuelta en el Code de Napoleon, atendiendo a los intereses de las partes, de la manera que veremos a continuación.

6. Naturaleza de la acción resolutoria, con pacto resolutorio y sin él.

La acción resolutoria corresponde al vendedor y pasa a sus herederos. Y se ejercita contra el comprador, sus herederos y los terceros adquirentes.

Los autores antiguos entendían que la acción que nace del pacto comisorio es personal y real, y se asimilan a las acciones personales «in rem scriptae», que son aquellas que nacen de una acción obligación personal, pero en su ejecución afectan a la cosa que constituye su objeto (50).

Pothier, la asimila a las acciones «personales in rem scriptae», que son las «naissent d'une obligation personnelle á l'exécution de laquelle est affecté la chose qui en fait l'objet», «sortes d'actions mixtes qui, étant principalement et par leur nature actions personnelles, tiennent néanmoins de la nature de l'action réelle par quelque chose qui leur accessoire». «La acción qui nait du pacte commissoire, est personnelle-reelle, et peut étre intentée contre les tiers detenteurs; car le vendeur, n'ayant aliéné l'heritage qu'aux charges portées par son contrat, en alienant l'heritage, el l'á affecté a l'execución des obligations que l'acheteur a contractées envers lui par ce contract». (Dela vente, n.º 464).

B. CODE NAPOLEÓN

Los redactores del Code acogen las anteriores tendencias en materia del contrato de compraventa y la resolución de la venta de la siguiente manera.

a. *La compraventa real*

El contrato de compraventa, tanto en el derecho escrito, como en las costumbres, se configura como un contrato real, cuya transmisión de la propiedad se opera por el mero consentimiento. Por otra parte, los autores de la escuela del Derecho Natural que exaltaban el poder jurídico de la voluntad humana enseñaban que la tradición era necesaria para transferir la posesión, que es un hecho, pero que no lo es para transmitir la propiedad, que es un derecho, y puede ser transferida por el solo efecto de la convención. Por estas influencias, el art. 1583 dice: «La propriété est acquise de droit a l'acheteur à l'égard du vendeur, dés

(50) «Actionum in personam, aliae sunt omnimodo id est vi ipsa et scriptura in personam; aliae vi ipsa in personam et scriptura in rem». CUIJAS, *Commentarii in diversos digestorum titulos*, ad leg. 9 Quod metus causa.»

qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».

La aplicación que tiene en éste Código la resolución en la venta de bienes inmuebles, por falta de pago del precio, se debe distinguir según que la resolución sea legal, o sea derivada de una cláusula convencional.

b. *Resolución legal: la condición resolutoria sobreentendida*

Se encuentra reglamentada en estos preceptos:

1.— El art. 1184 C. de N.: sus antecedentes.

El art. 1184: «La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte frente a la que el cumplimiento no se efectuó, tiene la elección o de forzar a la otra a la ejecución del convenio, cuando ello sea posible, o de demandar la resolución, con indemnización de daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede concederse un plazo al demandado, según las circunstancias». (Es el antecedente de nuestro art. 11 24 CC).

Los antecedentes de éste precepto, tiene tres fuentes, siguiendo a Cassin:

Uno es el derecho romano que reconocía la resolución de los contratos innominados del tipo «do ut des». El «praestans» podía pedir la restitución de la cosa entregada gracias a una «condictio causa data, causa non secuta», cuando el «accipiens» no ejecutaba la prestación que le corresponde.

Otro es el derecho canónico, que proclama el principio «fragenti fidem, fides non est servanda», por el que se extiende la regla de los contratos innominados romanos a todos los contratos consensuales, porque comprendieron que las obligaciones están en conexión, no solo al nacer, sino también en su ejecución.

Y el otro antecedente se encuentra en la jurisprudencia francesa comentada por los juristas. El principal es Dumoulin en el siglo XVI con la doctrina de la causa final, seguido por Domat y Pothier.

Todas estas fuentes se han desarrollado con anterioridad. (51).

(51) CASSIN, «Reflexión sur la résolution judiciaire des contracts pour inexécution», en *RTDC*, 1945, pp. 160 y ss.

2.— Sus notas diferenciales: Capitant, Benatti.

Según Capitant:

El art. 1184 Code Nap., dice que en todos los contratos sinalagmáticos existe una condición resolutoria sobreentendida, o como dicen los intérpretes «un pacto comisorio tácito», para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. De este texto se deduce que la resolución se produce, como si las partes hubieran estipulado una condición resolutoria. Dice Capitant, que obedece esta inexactitud a que los redactores reprodujeron desdichadamente las explicaciones que aducía Pothier en su Tratado de obligaciones, a propósito de las condiciones resolutorias (52).

Decía Pothier: «En los contratos sinalagmáticos se pone con frecuencia por condición resolutoria de la obligación que contrae una parte por el incumplimiento de algunos de los compromisos de la otra». Y añadía: «Aun cuando no se hubiese expresado en el contrato el incumplimiento de vuestra obligación como condición resolutoria de la que yo contraje para con vosotros, sin embargo, este incumplimiento puede muchas veces producir la rescisión de la venta y consiguientemente la extinción de mi obligación. Pero es preciso que se haga la declaración por el juez», (n.º 672).

Y añade Capitant: «Esta relación entre la condición resolutoria expresa y la resolución judicial por incumplimiento es la que engañó a los redactores del Code. Tradujeron mal el pensamiento de Pothier, que guardó mucho de hablar de condición resolutoria sobreentendida. Los antiguos autores, relacionaban naturalmente la acción resolutoria con el pacto comisorio, pero no los asimilaban. Existen diferencias fundamentales entre ambas:

— «La *lex commissoria*, era una cláusula especial que se refería, no ya a todos los casos de incumplimiento de la venta, sino exclusivamente a la falta de pago del precio en el plazo convenido. Protegía solo al vendedor y de ningún modo al comprador, el cual en ningún caso podía pedir la resolución de la venta por incumplimiento de las obligaciones del vendedor».

— «En Roma la venta se resolvía de pleno derecho por el solo hecho de no pagar el precio al vencimiento; el vendedor, pues, no necesitaba acudir a los Tribunales para que se declarase la resolución. Si nuestros escritores antiguos hubieren sobreentendido la existencia de condición resolutoria análoga en todos los contratos sinalagmáticos, habrían aplicado indudablemente la misma solución y establecido que el vencimiento de la condición, es decir, el incumplimiento produciría de pleno derecho, la resolución del contrato».

— «Nuestros escritores antiguos no sólo exigen la intervención de los Tribunales, sino que les conceden, además, un arbitrio soberano

(52) POTHIER, «Vente», n.º 476. *Domat, loc. cit.*, p. 320).

en sus fallos, poder absolutamente incompatible con la hipótesis de una condición resolutoria tácita, porque existiendo condición resolutoria (expresa), vendrían obligados los jueces a respetar la voluntad de las partes y a pronunciar la resolución en todos los casos de incumplimiento de las obligaciones del demandado».

— «Resultando la resolución de un pacto tácito no debe dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios, lo mismo que cuando procede de una condición expresa, porque en ambos casos es la consecuencia de un acuerdo de voluntad».

«En resumen, el origen histórico que los intérpretes del Code atribuyen ordinariamente a la resolución judicial por incumplimiento de los contratos sinlagmáticos, es manifiestamente erróneo, y sea cual fuere la doctrina del principio del art. 1184 Code, esta acción se deriva no ya de un pacto comisorio, sino de la teoría de la causa de las obligaciones (53).

Según Benatti:

La resolución legal no se deriva de la «*mora debendi*», sino de la condición resolutoria implícita introducida por las costumbres francesas. Si la constitución en mora fuera presupuesto de la resolución, el juez no debería conceder una nueva prórroga. Sería extraño que el acreedor tuviera que requerir de pago, y luego el juez pudiera concederle un nuevo plazo.

Argumenta Benatti, la autonomía del art. 1184 Code Nap. así: «Se la consuetudini avessero subordinato la risoluzione del contratto alla costituzione in mora del debitore, non avrebbero posto la regola secondo cui il giudice deve anziuto fissare il tempo del'adempimento. Sarebbe davvero singolare che il creditore fosse obbligato in primo luogo ad intimare il pagamento con atto notificato da un pubblico ufficiale, e poi, in caso di inadempimento, non potesse ottenere la risoluzione, perché a sua volta il giudice è tenuto, con sentenza, ad ordinare al debitore di prestare dentro un certo termine. Nemmeno la seconda fase del procedimento di risoluzione presupponeva la mora, bastante il solo fatto materiale dell'inadempimento». Siguen esta orientación en Francia, Crome, Laurent, Esmein, Mazeaud e Tunc, Carbonier, citados en «La costituzione in mora del debitore», pp. 59 a 61).

c. *Resolución convencional*

Esta resolución opera con el pacto comisorio, y decía Pothier, que es una cláusula que se inserta en la venta, por la que las partes convienen, que si el comprador no paga el precio en término fijado, el contrato será resuelto. (De la vente, n.º 558).

(53) CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, pp. 330-332.

1.— El art. 1656 C de N: sus antecedentes.

Se regula en el art. 1656 que dice: «S'il a été stipulé, lors de la vente d' immeubles, que faute de paiement du prix dans le terme convenu la vente serait résolue de plein droit, l' acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu' il n' a pas été mis en demeure par une sommation; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de delai». (Es el antecedente del art. 1504 CC).

Los antecedentes de éste precepto, tiene las siguientes fuentes:

— Uno es el derecho romano de la «*lex commissoria*», que reconocía excepcionalmente la resolución del contrato consensual de la venta, mediante un pacto expreso, que estableciera que la falta de pago del precio en el termino convenido dará lugar a la resolución de la venta. El fundamento se encuentra en la voluntad de las partes, a diferencia de los contratos innominados que se encuentra en la «*condictio causa data causa non secuta*». El impago del comprador en el día convenido, provoca la resolución de la venta de pleno derecho, («*dies interpellat*»), y sin necesidad de acudir a los Tribunales para que se declare la resolución. Se subordina la resolución a la constitución en mora del comprador, y por esto, no puede el Juez ir en contra mediante la concesión de nuevos plazos.

— Otro es el *derecho canónico*, que establecía que el mero hecho del impago no debe provocar la resolución de la venta, por éstas razones, ya expuestas y que recordamos aquí. La Iglesia fomentó la costumbre de que se confirmara la eficacia de las obligaciones introduciendo en los pactos el juramento, y los notarios lo consignaban en las escrituras, incluso copiando las palabras de la «*Lex Arcadia*» («*invocato Dei omnipotentis nómine*»), por lo que sometían al perjurio a las penas de censuras espirituales. Pero la imposición de la pena no debe romper el principio de las Decretales de que el delito presente debe ir unido a la contumacia o rebeldía («*delictum praesens cum contumacia coniunctum*»), por lo que será necesario una puesta en demora.

— Otro es el «*droit coutumier*», por el que no bastaba el «*dies interpellat*» para la constitución en mora del derecho romano, sino que se precisaba una declaración expresa, una «*sommation*», como decía Pothier: «Il est d'usage, de faire une sommation au debiteur par un sergent». (Vente, n.º 672).

Por tanto, el art. 1656 Code N. desecha la severa rigidez del derecho romano (la venta se resuelve, de pleno derecho, por el impago del precio en el término convenido), y la condescendencia excesiva del antiguo derecho costumbrista francés (con la atribución al juez de la facultad de conceder nuevos plazos). Salvaguarda los intereses de todos por una apreciación equitativa de la intención de los contratantes. Así dice Portalis en «*Exposé de motifs du titre de la vente*», que el rigor del contrato podría ser aducido por la voluntad del hombre, pero el silencio del vendedor hacía presumir su indulgencia, que sólo se podía destruir mediante una «*sommation*» positiva del vendedor.

Este pacto, según la doctrina francesa, puede convenirse con las siguientes cláusulas:

2.— La cláusula resolutoria, no de pleno derecho.

Cuando la cláusula se redacta expresando que «la falta de pago del precio en el plazo fijado resolverá la venta». No se dice que la resolución opera «de pleno derecho».

La doctrina francesa entiende que por no existir la manifestación de la voluntad de las partes de excluir la aplicación del art. 1184 Code, no dispensa al vendedor de la necesidad de acudir al juez para que declare la resolución. La resolución tiene lugar por sentencia judicial. El juez deberá apreciar las causas de la falta de pago, y si por el examen de las causas es favorable al comprador, se verá forzado por equidad a acordar nuevo plazo (54). Hasta que se dicte la sentencia, podrá el comprador impedir la resolución haciendo ofrecimiento de pago del precio.

3.— La cláusula resolutoria de pleno derecho.

Si la cláusula se redacta así: «Si el comprador no paga el precio en el termino fijado, la venta será resuelta de pleno derecho». Es la hipótesis prevista en el art. 1656 Code.

El art. 1656 Code: «Si se ha estipulado en la venta de bienes inmueble, que la falta de pago del precio en el término convenido la venta será resuelta de pleno derecho, el comprador puede, no obstante, pagar después de expirando el plazo, en tanto no haya sido puesto en demora por un requerimiento; pero después de este requerimiento, el juez no puede concederle nuevo plazo». (Es el antecedente de nuestro art. 1.504 Cc.). Vamos a analizar este precepto.

La «sommation»

Para que se produzca la resolución de la venta, no basta el impago del comprador, sino que se precisa, además la «mise en demeure par sommation». La constitución en mora del comprador es un presupuesto de la resolución de la venta.

La «sommation», se considera como un requerimiento de pago, para un sector de la doctrina. Así dice Martín, que la necesidad de la «sommation», es una aplicación al art. 1656 Code de los principios reguladores de la constitución en demora, que establece el art. 1139 Code (la mora tiene lugar por la expiración del término fijado para el pago, y por la «sommation», por la cual el acreedor declara su voluntad de ser pagado inmediatamente).

La forma de la «sommation», en el derecho consuetudinario francés debía hacerse por escrito, a diferencia del derecho romano, y la tra-

(54) Nota. En la Exposición de motivos presentada por Bigot Preameneu «dans son discours au Corps législatif... lors même, que la condition résolutoire serait formellement stipulée, il faudrait toujours constater l'inexécution, en vérifier les causes», (cita de NAZ, *ob. c.*, p. 229).

dición del derecho común, que podía hacerse también verbalmente (55). Para Pothier, el deudor sólo podía ser constituido en mora através de «une interpellation judiciaire valablement faite».

El art. 1139 Code dispone que debía asumir la forma de «sommation ou autre acte équivalent». La doctrina francesa considera equivalentes a la «sommation», la «demande en justice», la «saisie», la «citación en conciliation», el «commandement». La doctrina interpreta la «sommation», del art. 1139 Code de dos maneras. Para unos se debe excluir todos aquellos actos que no tuviesen «la même force qu'une sommation» (56).

Para otros autores, le atribuyen un significado mínimo, y la interpe-lación puede ser hecha de cualquier manera incluso la forma oral (57).

La consecuencia legal de la vinculación de la resolución a la cons-titución en mora, es que el juez no puede conceder nuevo plazo, y por tanto, una vez constituido en mora, es decir, una vez que se haya fijado el hecho del incumplimiento, el comprador ha perdido la facultad de poder realizar el pago (58).

Toda la doctrina relaciona la «sommation» con la puesta en mora, pero hay un sector de la doctrina francesa moderna, que desvincula la resolución de la venta con la «mora debendi», y en consecuencia, la «sommation», no es un requerimiento de pago que el vendedor dirige al comprador, sino que es la manifestación de voluntad de usar el dere-cho que le pertenece de resolver la venta, cuando el comprador «est en retard de payer» (59).

Otros intérpretes del Code se muestran en una posición mas favo-rable al comprador y pretenden autorizar al comprador a «purgar su de-mora», no obstante la interpe-lación y la negativa del vendedor:

— Duranton, dice que el comprador puede pagar después de la «sommation» y antes de la sentencia de resolución, porque el art. 1656 sólo prohíbe un nuevo plazo. Se basa en razones de equidad en favor del comprador que se encuentra sorprendido por una «sommation» inesperada, cuando falta de su domicilio, y sin embargo puede quedar atrapado sin piedad y sin aplazamiento por el pacto comisorio («Cours Droit civil, tomo X, lib. 3, tit. 16. n.º 377»). Esta posición se aproxima al antiguo derecho francés, tal lo como lo expone Pothier; «L' acheteur

(55) POTHIER, *Traité des obligations*, n.º 144, p. 67).

(56) COLIN-CAPITANT, *Cours elementaire de droit civile français*, II, Paris 1948, n.º 151, p. 112. LAROMBIERE *Theorie et pratique des obligations*, I, n.º 13, p. 412.

(57) DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XII, n.º 525, p. 190. DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, VI, n.º 234, p. 254.

(58) MARTÍN, «De la lex commissoria dans la vente en droit romain et de la res-olución de la vente pour défaut de payement du prix en droit français», Paris, 1874, p. 121. DEMOLOMBE, «Traité des contracts ou des obligations conventionnelles», en general, t. 25, Paris, 1878, p. ¿?. VÍCTOR FOTESCO, «De la resolución de la vente de meu-bles et d' immeubles pour défaut de paiement du prix». Paris, 1897, p. 65.

(59) BAUDRI LACANTINERIE, *De la venta et de l' échange*, Paris, 1908, t. XIX, p. 584. LAURENT, XXIV, n.º 345. DUVERGIER, *Vente*, I, n.º 463.

peut donc, jusqu' à ce que la sentence soit intervenue, quoique apres l' expiration du terme, empêcher la resolution du contrat par des offres». (Vente, n.º 460).

Demolombe, permite el pago del comprador despues de la «sommation», con la misma moderación que en la constitucion en mora, a saber, que el deudor «peut encore l' exécuter après la sommation, si elle l' exécute sur l' heure, c' est-à-dire dans le delai moral strictement necessaire pour obtempérer à la sommation elle-même». (60)

La intervención judicial.

La expresion en la cláusula, que la resolución tendrá lugar de pleno derecho, plantea el problema de si se descarta o no la intervención judicial.

Para Demolombe, con ésta clausula la intención de las partes es salir de la aplicación del art. 1184, que ordena la resolución sobreentendida en los contratos sinalagmáticos con pronunciamiento judicial. Las convenciones tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, salvo que sean contrarias al orden público y buenas costumbres. Y añade: «Ce que nous voulons constater ici, c' est qu' il resulte de l' article 1656 qu' il n' est pas necessaire, dans ce cas, que la resolution soit demandée en justice, et qu' elle s' opère au contraire, de plein droit, suivant la convention des parties» (61).

Martín, interpreta el art. 1656 de manera similar con esta argumentación:

«El art. 1656 del Code, cuando declara que toda concesión de plazo es imposible despues de la “sommation”, no hace otra cosa que anunciar las consecuencias de la cláusula. Y si no dice expresamente que la venta será resuelta sin la intervención del juez, es porque sería una disposición inutil, puesto que la voluntad evidente de los contratantes ha sido que la resolución se produzca por la sola virtualidad del pacto; como tal convención no tiene nada de inmoral ni contrario al orden público, no hay razon alguna para sancionarla. El juez está privado, en nuestra hipótesis, de conceder un término de gracia, ¿a qué quedará reducida su intervencion? A una pura constatación de un hecho, el cual no tendrá otro resultado que retrasar la ejecución de la cláusula, que en la intención de las partes, así como decía Grenier, al Corps legislatif, ne doit soffrir ni difficulté ni retard». (62)

Según esta interpretación, dice Naz, el art. 1184 del Code, no opera de pleno derecho, y de ello derivan estas consecuencias: la necesidad

(60) *Traité des contracts... ct. p. 537.*

(61) *Cours de Code Napoléon, Paris, 1878, t. 25, p. 531.*

(62) MARTÍN, «*De la lex commissoria...* p. 125.

de una interpelación, la de manifestar el acreedor la opción entre el cumplimiento o la resolución y la sentencia judicial de resolución.

En el art. 1656 del Code, la resolución de la venta se produce de pleno derecho, pero solo subsisten, la necesidad de la interpelación y la opción del vendedor, pero se suprime la necesidad de la sentencia judicial de resolución. Se puede objetar que éste artículo supone la necesidad de una sentencia de resolución cuando dice que «el juez no puede acordar nuevo plazo». Pero la cuestión del plazo es independiente de la cuestión de la sentencia de resolución. Pothier (Vente, n.º 459), no admite el efecto «ipso iure» del pacto comisorio ordinario, y sin embargo rechaza el poder de los jueces de acordar nuevo plazo; la resolución judicial no es incompatible con la prohibición del plazo, y por consecuencia esta prohibición no puede ser la consecuencia exclusiva de nuestra regla: la resolución se produce de pleno derecho. Las palabras del tribuno Grenier en su discurso al Cuerpo Legislativo: «Si l'acquéreur ne repond pas a la sommation par le paiement, le juge ne peut accorder aucun délai, et la resolution de la vente est opérée para la seule force de la convention» (63).

4. La cláusula «sans sommation».

Esta tiene lugar, cuando se pacta que: Si el comprador no paga el precio en el termino fijado, la venta será resuelta de pleno derecho, «sans sommation». Esta cláusula es válida y lícita, para Martín (*ob. cit.*, p. 125), en base al art. 1139, que permite estipular que el vencimiento del término constituirá en mora al deudor. La intención de las partes con esta cláusula es excluir la aplicación del art. 1184 (condición resolutoria tácita) y el art. 1656 (pacto comisorio expreso), y que se produzca el efecto enérgico de una condición resolutoria ordinaria. En sentido similar, Demolombe (*ob. cit.*, p. 532). Baudry Lacantinerie (*ob. cit.*, p. 586).

IV. ÉPOCA DE CODIFICACIÓN EN ESPAÑA

Durante el siglo XIX, se observa en España, una doble corriente. Por una parte, la doctrina y la práctica jurídica continúan aplicando las Leyes de Partidas, de la misma manera que hemos expuesto en los siglos XVII y XVIII. Pero por otra parte, los legisladores españoles se encuentran atraídos e influidos por el Code de Napoleón, como se aprecia en los distintos y sucesivos proyectos de Código civil elabora-

(63) NAZ, *Essai sur l'histoire de la resolution de la vente...*, p. 225.

dos a lo largo del siglo XIX. Esto ocurre con el pacto de la «lex commissoria» en la venta de bienes inmuebles, cuya tradición romana, o de resolución de pleno derecho por impago, se quiebra por el influjo francés de la resolución con requerimiento de pago.

A. DERECHO TRADICIONAL ESPAÑOL

El pacto de la «lex commissoria» regulado en Las Partidas, con la interpretación de los clásicos castellanos, continuó aplicándose a lo largo del siglo XIX, hasta la publicación de nuestro Código civil. Así aparece en los tratados de la época, como en las últimas ediciones de la obra de Ferrero y, entre otros, en la de Gómez de la Serna y Montalbán (64), Navarro Amandi (65).

El Código de Comercio de 1885, recoge de una manera clara el concepto real del contrato de compraventa de Las Partidas, en que el pago del precio determina la adquisición del dominio por el comprador en su art. 909. 8, que reconoce la «separatio ex iure domini», al vendedor, respecto de los «géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte».

Esta tradición es idéntica a la tradición catalana. Así Elías y Ferrater, en el «Manual del derecho civil vigente en Cataluña». Barcelona, 1864, p. 441, decían: «No satisfaciéndose el precio por completo, no se adquiere el dominio pleno de la cosa comprada, a menos que se preste fianza, hipoteca o se designe un plazo cierto para el pago». (STS 29 de marzo de 1858, 14 de diciembre de 1861, y 12 de abril de 1864), y en la página 450, se dice: «Puede la compra y venta contratarse con el pacto comisorio, esto es de que no pagando el comprador la totalidad del precio dentro de un plazo determinado, se tendría por no hecha la venta, o sería recindida, y cita como referencia legislativa», el Digesto, ley 38, y la Partida 5, título 5).

La tradición catalana en esta materia era igual que la castellana, pero los legisladores del siglo XIX quebraron esta tradición española, y se decidieron por el derecho francés, como vamos a ver a continuación.

B. LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS, RECOGEN EL DERECHO FRANCÉS:

a.— En el Proyecto de Código civil de 1836, de Ayuso, Tapia y Vizmanos, se introduce el criterio francés de «droit coutumier» de la

(64) Elementos del derecho civil y penal de España. Madrid, 1861.

(65) Código civil de España. Madrid, 1880, II, p. 235.

necesidad de una intimación para que se produzca la resolución de la venta, en sus artículos 1131 y 1132 (66).

b.— El Proyecto de Código civil de 1851 de García Goyena.

La resolución legal. El art. 1042, dice que la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpliera su obligación.

Este es el primer texto, que acoge el derecho francés de la resolución legal, frente al derecho tradicional, que solo admitía la facultad de exigir el cumplimiento, pero no la resolución, por la carencia de nexo entre las obligaciones bilaterales.

La resolución convencional. «Art. 1433. Aunque la venta de bienes inmuebles se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolución del contrato de pleno derecho, el comprador puede pagar, aun después de expirar el término, ínterin no haya sido puesto en demora por un requerimiento; pero si éste ha sido hecho, el juez no puede concederle nuevo término».

Este precepto acoge el derecho francés a través del art. 1656 del Code N.

García Goyena, comenta que esta estipulación es la de los romanos (Digesto, 3, 18), y Partidas (5, 5, 38), donde la venta se resolvía «ipso iure» no pagándose el precio al tiempo convenido; en estos derechos, el día o plazo «interpellabat», hacía las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros hemos establecido lo contrario en el art. 1007 (para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor), y lo aplicamos al caso de este artículo; pero si además concurriera la circunstancia prevista en el n.º 1 del art. 1007 (se incurre en mora sin necesidad de requerimiento cuando se estipule que solo el vencimiento del plazo lo produzca), se observará lo dispuesto en el mismo. (Concordancias, III, p. 413).

c.— El Anteproyecto de Código civil de 1882, transcribe el artículo del Proyecto de García Goyena en el art. 1533, pero introduce una innovación: suprime la frase «puesto en demora por un requerimiento» del Proyecto de 1851, por esta otra, «ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». Y este precepto pasa íntegro al actual art. 1504 CC.

(66) Art. 1131. «En el contrato de venta puede pactarse que no pagando el comprador el precio íntegro para cierto día, tenga derecho el vendedor para pedir, o la rescisión del contrato o su cumplimiento».

Art. 1132. «Si eligiere el comprador la rescisión de la venta de bienes inmuebles, no podrá ésta tener lugar, si no hubiere mediado una intimación».

C. LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA AL CÓDIGO CIVIL

a.— La doctrina y jurisprudencia, inmediatamente anterior a la publicación del Código civil siguen rigurosamente el derecho de las leyes de Partidas, con la interpretación de nuestros clásicos castellanos. Siguiendo a Benito Gutiérrez Fernández, (Tratado de las obligaciones, Madrid, 1877, IV,) y a Navarro Amandi, (Código civil de España, Madrid, 1880, II), vamos a exponer los siguientes puntos.

1.— La compraventa es un contrato real. La STS de 27 de abril de 1874, dice que «por regla general la entrega que respectivamente han de hacerse comprador y vendedor de las cosa y su precio, son actos simultáneos».

«El comprador no adquiere el dominio sobre la cosa vendida, aun cuando le hubiere sido entregada, sino mediante el pago del precio, o si hubiere dado fiador u otorgado fianza, o se hubiere estipulado plazo cierto para pagar», (Navarro Amandi). Su origen en la Partida 3, t. 28, ley 46, y en el art. 990 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855.

2.— El pacto de la «lex commissoria». «Cuando los contrayentes hubieren pactado que si el comprador no entregase el precio en el término señalado se rescinda el contrato, el vendedor puede optar entre pedir todo el precio y que valga la venta, o revocarla conservando la señal o parte del precio que hubiere recibido. Hecha la elección a que se refiere el párrafo anterior, esta es irrevocable», (Navarro Amandi). Su origen en la ley 38, t. 5, Partida 5.

Continúa el comentario de Navarro Amandi: «Cuando el comprador fuere moroso en la entrega del precio, el vendedor no tiene acción más que para exigir el precio y sus intereses legales, desde la entrega de la cosa ó desde que aquél se constituyó en mora. Sin embargo, puede haberse pactado, que por la mora del comprador se entienda “desfecha la vendición”. El pacto de que se habla... se conoce más comúnmente con la denominación de pacto de la ley comisoria». (*Ob. c.*, II, p. 237).

b.— Los autores españoles de la primera época de la publicación del Código civil, no parecen muy conscientes del giro francés del pacto comisorio. Así Bofarull (67) Ricardo Oyuelos (68), Burón García (69).

(67) MANUEL DE BOFARULL, *Código español, según la novísima edición oficial, anotado y concordado*, Madrid. 1889.

(68) RICARDO OYUELOS, *Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español*, Madrid, 1921, IV, p. 268.

(69) GREGORIO BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español según los principios de los Códigos y las leyes precedentes y la reforma del Código civil*, Valladolid. 1898.

V. LA RESOLUCIÓN DE LA VENTA INMOBILIARA EN EL DERECHO MODERNO ESPAÑOL

A. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y LA CONVENCIONAL

En nuestro derecho vigente, la resolución de la venta es de dos tipos:

— Una que se regula en el art. 1124 Cc, que es la resolución judicial que se inspira en el art. 1184 del Code Nap. que tiene su origen en la doctrina de las condiciones romanas en los contratos innominados, tiene su fundamento en la teoría de la causa elaborada por los canonistas, y juristas francesas, (Dumoulin, Domat, y Pothier) y es aplicable a todas las obligaciones sinalagmáticas.

— Y otra distinta, que es la resolución convencional, que tiene su origen en la «lex commissoria» del derecho romano, elaborada por los canonistas exigiendo la contumacia en el impago y la puesta en demora, por las costumbres francesa que imponen la «sommation», y por el ideario liberal de la Revolución Francesa, contrario a las prórrogas judiciales. Este tipo de resolución se implantó en el art. 1656 del Code Nap. y pasó a nuestro art. 1504 Cc. El fundamento de esta resolución está en la voluntad de las partes y es aplicable a la venta de bienes inmuebles.

Como dice Capitant, ambos tipos de resoluciones tiene una génesis y evolución distinta y diferente, aunque tengan relación entre sí. Los padres de estos preceptos, Domat y Pothier, nunca asimilaron ambas figuras. («De la causa de las obligaciones», p. 330).

La resolución judicial de las obligaciones recíprocas se regula en el art. 1124 Cc., pero a diferencia de su antecesor art. 1184 Cod N., no dice que se sobreentiende la condición resolutoria en los contratos sinalagmáticos, en el sentido de absorberla o ser asimilada por éstos, sino que la facultad de resolver está implícita en las obligaciones recíprocas. De esta manera, nuestro derecho, proclama mas claramente que sólo regula la resolución judicial, y no asimila la condición resolutoria de la «lex commissoria» dentro de los contratos sinalagmáticos.

La resolución convencional está regulada en nuestro derecho español vigente, principalmente en el art. 1504 Cc.

Pero a la vista de nuestros antecedentes y de los artículos 11 LH y el 59 RH, el pacto de la «lex commissoria», podemos decir que es la estipulación agregada al contrato de compraventa de inmuebles, por el cual, las partes atribuyen el carácter de condición resolutoria expresa a la falta de pago del precio aplazado en el término convenido, y al poder del vendedor de resolver la venta, que tendrá lugar de pleno derecho, una vez que se haya constituido en mora el comprador por un requerimiento de pago no atendido, y se le haya notificado por el vendedor la voluntad de resolver la venta.

Los presupuestos legales del pacto son:

— Que la venta sea inmobiliaria. Quedan excluidos los demás tipos de bienes. Solo se refiere a la venta, y no a todos los contratos sinlágmaticos.

— Que se pacte la condición resolutoria expresa.

— Que se constituya en mora al comprador por un requerimiento de pago.

— Que se notifique la voluntad resolutoria.

En el derecho español actual, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han olvidado indagar las razones históricas de nuestros preceptos en su génesis francesa, y de los elementos aprovechables de nuestra tradición española, y han acudido para resolver sus dudas al derecho italiano principalmente (70).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y lo que es mas grave la Dirección General de los Registros, se muestran muy reticentes con nuestro pacto de la «lex commissoria», y lo consideran como algo «excepcional», «de interpretación restrictiva», al borde de la prohibición legal del pacto comisorio de los contratos de garantía (arts. 1859 y 1884n Cc), y hasta anticonstitucional.

En la práctica jurídica ante tanto pliego de cargos se propone el abandono de la condición resolutoria en las ventas de inmuebles con precio aplazado, para sustituirla por una garantía hipotecaria.

Martínez Sanchiz, en su estudio «El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria», ADC, t. 42, pp. 1169 a 1225, analiza la degradación que sufre la condición resolutoria, y hace una brillante defensa de esta figura jurídica.

Por mi parte, he de reconocer que lo tengo difícil, pero después del análisis del derecho antiguo expuesto en la primera parte de este estudio, estimo que es de justicia sostener la validez, licitud y utilidad ac-

(70) En el derecho italiano, no existe un precepto como el art. 1504. El Código italiano de 1942, bajo la rúbrica «Cláusula resolutoria expresa» dispone en su art. 1456:

«Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas. En este caso, la resolución se verifica de derecho, cuando la parte interesada declara a la otra que entienda valerse de la cláusula resolutoria». Escribe Rodríguez Adrados lo siguiente: «Fue, quizá, el primero Ruiz Martínez en señalar, la “identidad sustancial” de este precepto italiano con el art. 1504 de nuestro Código (“Precio aplazado. Art. 11 LH y 59 de su Reglamento”, en *RCDI*, 1948, pp. 601 y ss.), y ciertamente la tiene, siempre que se tenga en cuenta que el art. 1504 supone una disciplina especial de aquella institución general, con cuya salvedad puede utilizarse con provecho la doctrina italiana sobre la cláusula resolutoria expresa para interpretar nuestro art. 1504». (*Algunos aspectos...*, pp. 63 y 64.). En este mismo sentido, BONET RAMÓN, en «La resolución de compraventa de inmuebles en los derechos español e italiano», en la *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, 1953, p. 89 y ss.

tual del pacto de la «lex commissoria» a la luz de la tradición jurídica, y la doctrina de aquellos grandes juristas que nos han precedido.

B. EL PACTO COMISORIO EXPRESO (ART. 1504) Y LA RESOLUCIÓN LEGAL IMPLÍCITA (ART. 1124)

La relación entre ambos preceptos ha sido entendida de las siguientes maneras:

La teoría unitaria, que entiende que el art. 1124 Cc. es la norma general, cuyos requisitos y efectos se aplican al art. 1504 Cc. quedando reducido el ámbito de éste último artículo, a que el juez no puede conceder nuevo plazo después de realizado el requerimiento. Ambos artículos se complementan entre sí.

Y la teoría dualista, que entiende existe una mutua exclusión en la aplicación de ambos preceptos. En ambos se aplica la resolución de los contratos sinlagnmáticos, pero tanto sus presupuestos, como sus efectos son distintos en uno y otro artículo.

Vamos a desarrollar las dos posiciones.

a. *La teoría unitaria*

Defiende ésta teoría unitaria, entre otros, Beltrán de Heredia, en el prólogo, al libro de Rodríguez García, «La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos». Madrid. 1986.

Este profesor hace una lectura de los arts. 1504, y 1503, como un sistema intermedio entre los arts. 1124 y 1123, que se recoge en la sentencia del TS de 12 de marzo de 1985 (Ponente Beltrán de Heredia), según este maestro:

«La normativa vigente está contenida en el art. 1504, pero no aislado, sino conjuntamente con el art. 1503 Cc. incluidos ambos en el capítulo de “las obligaciones del comprador”, siendo así que por referirse los dos al fenómeno resolutorio en el caso de la venta de bienes inmuebles, su ubicación sistemática, debería haber correspondido al capítulo relativo a la “resolución de la venta”. Los supuestos que contempla el legislador son fundamentalmente dos: 1) Que el vendedor tenga fundado motivo para temer la pérdida de la cosa vendida y el precio. Entonces puede promover inmediatamente la resolución (párrafo 1.º del 1503) que después de comprobar el motivo será declarada por el juez, viniendo a ser una resolución legal expresa, establecida en interés del vendedor, que actúa “ipso iure”. 2) Que no exista el indicado motivo, en cuyo caso se observará el régimen general de la resolución implícita, dispuesto en el art. 1124 Cc, según establece el párrafo 2.º del 1503, que comprende el art. 1504 en sus dos variantes; es decir, que exista

una condición resolutoria expresa de que, por falta de pago del precio convenido, tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato; o que no exista, supuesto en que entrará en juego directamente, la regla general del art. 1124, con la particularidad de que este segundo constituye el supuesto normal contemplado por el precepto —art. 1504—, al señalar que la norma es de aplicación “aun cuando se hubiera estipulado” la referida condición resolutoria. Lo cual justifica la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto de la cobertura genérica del art. 1124, para la resolución contractual de la venta, que necesariamente incluye el caso en que el objeto de ésta sean bienes inmuebles. Porque en realidad lo único que hace el art. 1504, es conceder, en interés del comprador, la posibilidad del pago aplazado del precio “aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial”; con lo que, incluso, se desvirtúan los efectos “*ipso iure*” de la condición resolutoria expresa que pudiera haberse establecido en el contrato. Y se pone en el requerimiento el momento a partir del cual el Juez no podrá conceder nuevo plazo» (71).

En nuestra opinión la argumentación que hace este profesor de estos artículos, que da lugar a la aplicación general del art. 1124, no está de acuerdo con el sentido histórico de los preceptos y especialmente del art. 1503 párrafo 2.º. En efecto:

El art. 1503. 1.º dice que el vendedor puede «promover inmediatamente la resolución de la venta», si tiene fundado motivo para temer la pérdida del inmueble y el precio. Y el párrafo 2.º añade: «Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124».

El precedente inmediato de este art. 1503 Cc. se halla en el Proyecto de 1851, art. 1432, del que es copia literal el vigente 1503, sólo que la remisión la hace al art. 1042, que es el precedente del 1124 actual.

García Goyena, establece entre ambos artículos ésta diferencia: «en el caso apremiante de éste art. (1432 del Proyecto, 1503 actual), por ejemplo cuando el comprador demoliese la casa o talase un bosque (objetos de la venta), se declare inmediatamente la resolución de ella, sin dejar al tribunal la facultad que se le atribuye en el art. 1042 (1124 actual) para todos los casos, y aquí se confirma para el de venta cuando no sea tan apremiante». (Comentarios..., III, p. 412).

Esta interpretación de García Goyena es coincidente con la su inmediato precedente, que es el art. 1655 del Code francés, cuando dice que «la resolución se pronunciará inmediatamente si el vendedor corre el riesgo de perder la cosa y el precio. Si éste peligro no existe, el juez puede conceder al comprador un plazo mas o menos largo, según las circunstancias».

De esta exposición se desprende que, cuando exista el citado motivo, el juez pronunciará inmediatamente la resolución de la venta,

(71) *La condición resolutoria...*, p. XXVII. Prólogo de Beltrán de Heredia, antes citado.

mientras que cuando no exista el citado motivo, es decir, cuando la resolución no sea tan apremiante, el juez puede conceder un plazo más. La remisión que el art. 1503.2, hace al art. 1124, se refiere solo a la posibilidad del juez de conceder un nuevo plazo, pero de ninguna manera, como dice Beltrán de Heredia, que en éste caso se observe el régimen general de la resolución implícita del art. 1124, que comprende también el art. 1504. El art. 1504 Cc. no puede estar comprendido en la remisión del 1503.2, porque lo que éste permite, (que es la posibilidad del juez de conceder un nuevo plazo), es precisamente lo que el art. 1504 Cc. prohíbe expresamente (el juez no podrá concederle nuevo término).

Por tanto, la remisión del art. 1503.2 al art. 1124, no se refiere a la actuación del juez para declarar la resolución de la venta, sino a la posibilidad de conceder nuevo plazo, y no debe entenderse comprendido el art. 1504, cuando éste de manera patente prohíbe que el juez conceda nuevo plazo.

La doctrina unitaria también ha dejado sus huellas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación de la doctrina de la «voluntad deliberadamente rebelde» del incumplimiento del comprador, desde la sentencia de 28 de enero de 1944, pero con debilitamiento progresivo de esta doctrina hasta la sentencia de 7 de diciembre de 1989, que desarrollaremos más adelante.

b. *La teoría dualista*

1. La jurisprudencia.

La STS 28 de enero de 1944, de la que fue ponente D. Manuel de la Plaza, diferencia ambos artículos, en el sentido, de que el art. 1504 atiende al supuesto del pacto resolutorio expreso, y el art. 1124, a la condición resolutoria tácita, pero en ambos artículos, «el régimen jurídico de la resolución contractual es único, como únicos son 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».

La STS de 1 de mayo de 1946, sigue la doctrina dualista, al establecer que la facultad genérica del art. 1124 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, pero que en la venta de bienes inmuebles ha de entenderse «coordinado y subordinado al precepto específico sobre que el particular se contiene en el art. 1504 Cc». Esta orientación dualista se sigue cuando se trata de dilucidar si debe otorgarse o no un nuevo plazo.

El relanzamiento de la tesis dualista, aparece en las STS de 22 de octubre de 1985 y 12 de mayo de 1988, y 5 de junio de 1989 de las que ha sido ponente el Sr. Santos Briz. Pero existen muchas más, STS de

20 de noviembre de 1985, 26 de enero de 1988 (ponente Albacar López) STS de 25 de octubre de 1988, y 7 de junio de 1991 (ponente Morales Morales). No se puede exigir en el art. 1504 los requisitos del art. 1124 (como la voluntad rebelde), y realizado el requerimiento notarial, no puede concederse al comprador nuevo término. Al tratar, más adelante este requisito, desarrollaremos esta materia.

2. Diferencias entre los artículos 1124 y 1504 Cc.

La reglamentación de los artículos 1124 y 1504 es distinta, y la propia doctrina española, reconoce sus diferencias.

a'.— En cuanto a sus presupuestos:

— El ámbito de aplicación.

El art. 1124, se refiere a todos los contratos sinlagmáticos. El art. 1504, se refiere a la venta de inmuebles con pacto de condición resolutoria expresa.

— El incumplimiento.

El art. 1124, se refiere, tanto al del vendedor como al del comprador y exige una voluntad deliberadamente rebelde o un acto obstativo al cumplimiento, según la jurisprudencia; la consecuencia del incumplimiento culposo es el resarcimiento de daños.

En el art. 1504, se refiere a la falta de pago del precio del comprador y no se precisa que el incumplimiento sea culposo, puesto que puede ser, no culpable, por la mera pasividad del comprador; así lo reconoce el propio Tribunal Supremo en sentencias de 22 de octubre de 1985 y 12 de mayo de 1988, que tiende a la objetivación del hecho del impago. La consecuencia de no exigir la culpa es su silencio sobre la indemnización de daños.

— La constitución en mora.

El art. 1124 no hace referencia literal alguna a la constitución de la mora mediante el requerimiento de pago como un requisito previo para el ejercicio de la facultad de resolver, sino que ésta se deriva del simple hecho de que el deudor no haya cumplido lo que le incumbe. Si el legislador hubiera querido que a la resolución preceda un requerimiento, lo hubiera establecido así, como en el art. 1504. La consecuencia de la falta del requisito de la constitución en mora, es la facultad que tiene el juez de conceder nuevas prórrogas, que la constitución de la mora se lo impediría.

Sin embargo, la jurisprudencia exige el requerimiento o el acto de conciliación como un requisito previo para que el juez admita la demanda de resolución, en base a la doctrina unitaria de la aplicación recíproca de las reglas de ambos preceptos (arts. 1124 y 1504), que antes hemos criticado.

El art. 1504, exige la constitución en mora mediante un requerimiento de pago al comprador como requisito previo para el ejercicio de la facultad de resolver la venta. Así lo impone este artículo literalmente. La consecuencia es la prohibición de las moratorias judiciales.

El requerimiento de pago es un acto semejante al negocio jurídico que produce efectos «ex lege», fuera de la voluntad del vendedor, y este efecto, es la constitución en mora del comprador que no atiende al pago. El requerimiento no atendido es una «declaración de impago» que produce la constitución en mora del deudor-comprador, con las se-cuelas consiguientes, en cuanto a los intereses moratorios, y a los ries-gos derivados de caso fortuito.

La jurisprudencia, hace caso omiso de la exigencia de la constitución en mora. Pero también exige que el vendedor resolvente haya cumplido sus propias obligaciones contractuales para poder pedir la resolución de la venta por impago del comprador, por aplicación del régimen general del art. 1124, en el régimen especial del art. 1504. de acuerdo con la doctrina unitaria antes expuesta cuando en realidad se trata de una aplicación de la constitución en mora del art. 1.100.3 C.c. («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»). (72).

b'.— Las diferencias en sus efectos.

— La resolución judicial y de pleno derecho.

En el art. 1124, la resolución se produce por declaración judicial. La parte cumplidora puede optar entre exigir el cumplimiento o interponer judicialmente demanda de resolución de la venta. El juez examinará, si hay causas justificadas que le autoricen a señalar plazo; o si se dan los presupuestos del incumplimiento, en cuyo caso, el Tribunal decretará la resolución. La resolución se deriva de la sentencia judicial.

En el art. 1504, la resolución de la venta se produce de pleno derecho sin intervención judicial. Una vez requerido de pago el comprador y constituido en mora, y notificado que en caso de impago se resolverá la venta, la resolución se operará de pleno derecho. La resolución no se produce por la declaración de voluntad del vendedor de resolver la venta, porque, como dijimos, ésta sería una nueva voluntad revocatoria («contrarius actus») de la venta inicial. La resolución tampoco se produce con la colaboración y conformidad de la parte compradora, porque se trataría de un nuevo contrato de ambas partes para devolver la cosa vendida desde el comprador al vendedor («nueva compraventa»). La resolución de la venta opera de pleno derecho como consecuencia de la constitución en mora del comprador y además por el ejercicio unilateral del poder resolutorio del vendedor mediante la puesta en vigor de la misma cláusula resolutoria. Pero el comprador puede oponerse judicialmente a la constitución en mora, cuyos presupuestos legales están bajo su salvaguarda de los Tribunales de Justicia.

(72) Las STS en éste sentido son: la de 16 de noviembre de 1979. STS de 7 de marzo de 1983, 7 de febrero de 1984, 19 de octubre de 1984, y 21 de octubre de 1989 (para la resolución del art. 1504 han de concurrir los requisitos del art. 1124).

— Por la naturaleza de la acción resolutoria.

En el art. 1124 Cc, la parte perjudicada puede optar entre exigir el cumplimiento o la resolución. La acción resolutoria es de tipo rescisorio, que va dirigida al juez para que éste declare la resolución de la venta, con los efectos de los artículos 1295 y 1298 Cc. Es de tipo personal, y sólo puede dirigirse contra el comprador, y no surte efectos contra los subadquirentes de buena fe (art. 1295 Cc.). Tiene efectos «ex nunc», y por tanto, no actúa retroactivamente. La jurisprudencia oscila en cuanto a los plazos de su prescripción. Según unas sentencias prescribe a los quince años (art. 1964 Cc), aunque según otras, prescribe a los cuatro años (art. 1299 Cc).

En el pacto resolutorio expreso, el vendedor también puede optar entre el cumplimiento o la resolución. Pero esta opción no se deriva, como dice la jurisprudencia de la aplicación de la norma general del art. 1124. Esta opción tiene su causa, respecto a la facultad de exigir el cumplimiento, en el mismo contrato de venta, a través de la «*actio venditi*»; mientras que el poder resolutorio tiene su causa en la voluntad de las partes constatada en la propia cláusula resolutoria expresa. El poder resolutorio se dirige directamente al comprador mediante una notificación de quedar resuelta la venta de pleno derecho. Es de tipo personal, por dirigirse contra el comprador-deudor, pero también de carácter real, al inscribirse en el Registro de la Propiedad, y tener eficacia frente a terceros subadquirentes y titulares de derechos reales. (art. 11 LH). Los efectos son «*ex tunc*», y por tanto, con eficacia retroactiva. La jurisprudencia (como la STS de 17 de junio de 1986) aplica las normas establecidas para las obligaciones condicionales en el art. 1123 Cc., pero, de acuerdo con la posición que mantenemos, respecto a la constitución en mora del comprador incumplidor, no se debe aplicar las reglas del usufructuario, para la restitución de las pérdidas, deterioros o mejoras, (como ordena el art. 1123), sino las del poseedor de mala fe, al quedar el comprador en situación de moroso por no atender el requerimiento de pago. Otras sentencias aplican los arts. 1295 y 1303 Cc por entender, que sean estas normas aplicables en el ámbito general del art. 1124 Cc.

C. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: HIPÓTESIS DE CLÁUSULAS RESOLUTORIAS

Los arts. 1124 y 1504, regulan dos tipos distintos y diferentes de resolución de la venta, como hemos defendido. Ahora nos tenemos que plantear cuando una venta de inmuebles está bajo la norma del art. 1124 y cuando dentro del art. 1504.

El principio general de la autonomía de la voluntad está reconocido en el art. 1255 Cc, al permitir a los contratantes establecer los pactos que tengan por conveniente, que no sean contrarios a la ley, moral y or-

den público; y el art. 1091 Cc, atribuye a las obligaciones que nacen de los contratos fuerza de ley.

La Resolución DGRN de 4 de febrero de 1988, declara que «si bien al amparo del art. 1504 Cc, la resolución prevista para el caso de impago del precio estipulado en la venta puede operarse de modo automático y extrajudicial por voluntad unilateral del vendedor, dicho automatismo y extrajudicialidad no puede predicarse totalmente respecto de las consecuencias accesorias estipuladas... que deben ajustarse a la posibilidad de su corrección judicial» (fundamento 4).

El problema se traslada al análisis de la voluntad de las partes, plasmada en la cláusula resolutoria, para determinar hasta donde puede llegar la autonomía de la voluntad en el ámbito de la autotutela privada, y desde donde deben incidir imperativamente los presupuestos de la resolución legal implícita. En otras palabras. Cuando una venta puede resolverse judicialmente por el art. 1124, y cuando procede la resolución extrajudicial por el art. 1504 Cc, con la proyección registral del art. 11 LH y 59 RH, dependerá de la redacción de la cláusula resolutoria. Veamos las distintas hipótesis de cláusulas:

a. *Venta sin pacto resolutorio*

El contrato de compraventa de inmuebles, con precio aplazado y sin pacto resolutorio alguno. La facultad de resolver se deriva de la condición de contrato sinalagmático que tiene la compraventa según dispone el art. 1124 Cc, y la constancia registral del mero aplazamiento de pago tendrá su cauce en el art. 10 LH, y no surtirá efectos en perjuicio de tercero.

b. *La cláusula resolutoria sin requerimiento*

La venta que contenga el pacto que llaman los franceses «sans sommation», es decir, aquellos en que se pacta la resolución automática al vencimiento del plazo convenido, sin necesidad de requerimiento alguno; es decir como la «lex commissoria» romana, del «dies interpellat», («si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit» Dig. 18, 3, 2).

La doctrina y la jurisprudencia consideran que el requerimiento del art. 1504 Cc tiene carácter imperativo, y es de orden público, y por tanto no puede ser excluído dentro del ámbito del art. 1504, por la voluntad de las partes. Sin embargo, fuera del ámbito del art. 1504, resulta perfectamente admisible dentro del ámbito del art. 1124 Cc. (Así, R. Adrados, *ob. cit.*, pp. 60,79, 88. Mullerat, *ob. c.*, pp. 528 y 529. García Cantero, p. 435).

La jurisprudencia STS 8 de julio de 1933. La STS 1 de mayo de 1946, dice que la resolución facultativa del art. 1124, «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...». «El art. 1504 Cc... en el que, por razones de orden público a que constantemente se refiere la reiterada jurisprudencia... establece una forma especialísima de resolución... no solo de la mera falta de pago en la forma y plazos estipulados, sino mediante un requerimiento judicial o notarial...».

Entendemos que el art. 1504, se refiere a éste pacto («sans sommation»), cuando dice, «aun cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato...». Es decir, cuando se pacta la resolución «ipso iure», por impago en el día pactado, el comprador puede purgar su demora ínterin no haya sido requerido de pago. El requerimiento de pago no puede eliminarse ni por renuncia del comprador, ni por pacto entre vendedor y comprador, por ser un requisito imperativo, de orden público, porque va dirigido a humanizar la posición del comprador permitiéndole purgar su demora a pesar de haber vencido el plazo pactado, como lo impusieron los autores costumbristas franceses. Lo que no es ni de orden público, y se puede renunciar es el híbrido «requerimiento resolutorio», cuando el vendedor opte, por el ejercicio de la «actio venditi», al reclamar solo el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina dualista suelen interpretar la frase «aun cuando...» en el sentido, de que exista o no pacto resolutorio, procede aplicar el requerimiento del art. 1504 al ámbito del art. 1124. Entre ellas la STS 20 de diciembre de 1986. Por nuestra parte disentimos de esta afirmación, porque el requerimiento del art. 1504 tiene una función específica que es la mora del comprador y cuya consecuencia es la prohibición judicial de conceder prórrogas, y no se puede trasladar al art. 1124, que no exige el requerimiento ni la constitución en mora del comprador y por esta razón el juez puede conceder nuevas prórrogas.

c. *La cláusula del requerimiento resolutorio*

Se basa en que el requerimiento del art. 1504 no es de pago (a pesar de que lo dice literalmente), sino que es una intimación o requerimiento a que el comprador se allane a la resolución, para lo cual se precisa que se de cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato queda resuelto, por lo que se trata de una simple notificación. Así las Resoluciones DGRN de 17 de noviembre de 1978 y de 29 de diciembre de 1982.

La práctica jurídica redacta las cláusulas resolutorias, bajo las directrices de esta jurisprudencia. La cláusula notarial que recoge el paquete de Resoluciones DGRN de 1990, 1991, 1992 dicen así: «La resolución plena y automática de la venta se producirá por la notificación del vendedor al comprador, y por el transcurso del plazo de gracia de treinta días, a contar desde el siguiente a la notificación que ésta deberá conceder».

En síntesis, se trata de una cláusula de requerimiento resolutorio, sin requerimiento de pago. ¿Es posible prescindir de la previa constitución en mora? La respuesta debe ser negativa, en base a la tradición del precepto y al carácter de orden público e imperativo del requerimiento de pago. En caso afirmativo, ¿se puede renunciar a la prohibición judicial a conceder prórrogas? ¿Qué es de orden público, el requerimiento de pago con la posibilidad del comprador de exigir los presupuestos de la constitución en mora, o la notificación automática de resolución? Parece pues, que la opción de resolver puede ser renunciada; no el requerimiento de pago constitutivo de la mora del comprador.

Las respuestas contrarias a la admisibilidad de esta cláusula están en la parte histórica de este trabajo, y en las reflexiones que haré a continuación en el derecho vigente español.

d: *La cláusula de resolución*

Esta cláusula expresa en síntesis, que la falta de pago dará lugar a la resolución de la venta. Omite, que la resolución se produzca «de pleno derecho» como consecuencia del requerimiento del vendedor al comprador, y omite que tiene el carácter de condición resolutoria expresa.

Entendemos que se debe expresar en la cláusula: que la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho como consecuencia del requerimiento de pago como exige de manera imperativa el art. 1504 Cc.: que se atribuya a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa como exige el art. 11 LH, para que su inscripción produzca efectos a terceros y, para que al cumplirse la condición se reinscriba la finca a favor del vendedor como exige el art. 59 RH.

La omisión de estos elementos en la cláusula resolutoria da lugar a que ésta mera cláusula resolutoria, al no cumplir los requisitos de dichos artículos, debe desplazarse al ámbito del art. 1124 Cc (y en consecuencia sujetarse a la necesidad de la intervención judicial para que se declare la resolución, de la venta); su constancia registral, no será la del art. 11 LH sino la del art. 10 LH sin efectos a terceros; la reinscrip-

ción a favor del vendedor, no se producirá mediante los documentos del art. 59 RH sino mediante la sentencia judicial que declare la resolución (73).

En la Res. de 13 de junio de 1962 se declara inscribible la cláusula que decía: «la falta de pago de la cantidad aplazada a su vencimiento dará lugar a la resolución de este contrato...». A nuestro entender esta cláusula está en el ámbito del art. 1124, y no en el art. 1504 Cc ni 11 LH, y por tanto, no debe ser inscribible.

En la Res. de 18 de junio de 1962, la cláusula decía que: «Se somete la compraventa a la condición resolutoria de la falta de pago en sus respectivos vencimientos de cualquiera de las letras de cambio, bastando para acreditarla con su protesto, que operara de pleno derecho...». La cláusula sustituye el requerimiento de pago por la formalización del protesto de la letra por falta de pago, pero éste no basta, sino que se precisa además la notificación resolutoria.

En todas ellas, se declara que «cualesquiera que sean los términos gramaticales empleados en la redacción de la cláusula de aplazamiento de pago del precio, siempre que resulte de manera clara y precisa la voluntad de las partes de considerar el impago como condición resolutoria podrá inscribirse, conforme al art. 11 LH, en el Registro de la Propiedad, a fin de que sea eficaz respecto a terceros». Por nuestra parte esta declaración tan espiritualista de la jurisprudencia registral es válida siempre que, de cualquier manera aparezca la voluntad de las partes de sujetarse a los arts. 1504 Cc, 11 LH, y 59 RH.

e. *La cláusula de la condición resolutoria expresa*

La venta inmobiliaria con pacto de condición resolutoria expresa. Esta cláusula es el centro de nuestro estudio, y constituye el clásico pacto de la «lex commissoria».

En nuestro derecho tradicional español la cláusula debe ser redactada en términos claros «verba directa» de manera que denote que la resolución tenga lugar de pleno derecho «pro infecto vel habeatur pro nullo, irrito ipso iure, vel quod possit venditor sine iudicis ministerio rem ipsam adsumere, possidere, frui propria auctoritate» (Covarrubias, «Variarum Resolutionum», *ob. cit.*). Sin embargo, cuando se emplea «verba obliqua», se considera un pacto de retro venta. Así cuando se

(73) Las Resoluciones DGRN de 1962, no han entendido así este tipo de cláusulas en varios recursos interpuestos revocan la nota del Registrador de la Propiedad de Madrid. Sr. Resa. porque según éste no aparece en la cláusula «explícitamente articulada la resolución de pleno derecho, y tal supuesto no puede repercutir en perjuicio de tercero».

dice «res redatur, seu restituatur, vel similia: quia tunc erit pactum de retrovendendo», (*ob. c.*) (74).

En nuestro derecho vigente, la cláusula resolutoria expresa se debe articular en base a estos tres artículos de nuestro ordenamiento jurídicos:

— Que el impago del precio y la mora del comprador se produzca desde que haya sido requerido de pago, con la consiguiente resolución de pleno derecho de la venta, conforme al art. 1504 Cc.

— Que se estipule que la falta de pago tenga «el carácter de condición resolutoria explícita», para que su inscripción surta efectos en perjuicio de terceros, conforme al art. 11 LH.

— Y que «se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato y se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta, conforme al art. 59 RH produciéndose una reinscripción a favor del vendedor mediante la presentación de la notificación de quedar resuelta la venta.

El pacto resolutorio expreso, puede redactarse así:

«Condición resolutoria expresa».

Las partes convienen atribuir el carácter de condición resolutoria expresa, conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria, al mero hecho del impago a su vencimiento de cualesquiera de los plazos pactados en la cláusula, pudiendo el vendedor resolver la venta, que tendrá lugar de pleno derecho, de conformidad con los artículos 1504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario.

Con la redacción de la cláusula que contenga los elementos que exige nuestra legislación vigente, para evitar el ámbito del artículo 1124, vamos a estudiar a continuación estas tres fases:

La fase de pendencia: En qué consiste la condición resolutoria, y su poder resolutorio. Como puede negociarse el crédito del precio aplazado y su poder resolutorio.

La fase de incumplimiento de la condición resolutoria: su cancelación.

La fase de cumplimiento de la condición resolutoria: Ejercicio de la resolución y sus efectos.

(74) La doctrina francesa, coincide con esta idea. La cláusula que expresa, «La falta de pago del precio en el término convenido, dará lugar a la resolución de pleno derecho de venta». La doctrina francesa unánime entiende que esta cláusula está reglamentada en el art 1656 Code, y en éste caso, no es necesaria la intervención judicial, o empleando las palabras de Baudry Lacantinerie, «ce contrat sera résolu sans qu'il soit nécessaire de recourir a une instance en justice dont la clause qui nous occupe e eü pour but déviter la lenteur y les frais». (*Traité theorique et pratique de Droit civil*, Paris, 1908, t. 19, p. 383).

VI. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

La cláusula resolutoria, decimos, que es un pacto añadido a un contrato de compraventa de bienes inmuebles, en el que se atribuye el carácter de condición resolutoria expresa a la falta de pago que da lugar a la resolución de pleno derecho de la venta. Ahora vamos a estudiar en qué consiste este carácter de condición resolutoria expresa que exige el art. 11 LH para que su inscripción produzca efectos frente a terceros.

Manresa, nos habla de una doble condición, puesto que «conjuntamente tiene que darse el hecho negativo de la falta de pago del comprador y el positivo del requerimiento en el vendedor»; y añade que «el requerimiento es la declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica e indudable, que hace patente su propósito de optar por la resolución», (Comentarios, X, p. 306).

Por nuestra parte la condición resolutoria entraña un doble evento condicionante, pero con estas matizaciones: uno es el impago del precio por el comprador, que se formaliza mediante un acta de requerimiento, y que luego examinaremos con más detalle, y el otro, es el poder resolutorio que se le atribuye al vendedor para actuar la vigencia de la resolución pactada mediante una declaración de voluntad que se formaliza mediante un acta de notificación.

Ahora vamos a estudiar las distintas posiciones de la doctrina, sobre si es o no una condición resolutoria, y en qué consiste este poder resolutorio en estado de pendencia.

A. TEORÍAS QUE NIEGAN EL CARÁCTER DE CONDICIÓN RESOLUTORIA

Un sector de la doctrina niega el carácter de condición resolutoria, porque ésta supone un evento externo, y aquí está «in obligatione» y esto supone dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la obligación, lo que se prohíbe en el art. 1115 Cc. Estas doctrinas se centran en analizar la naturaleza del poder resolutorio.

a. *Teoría de la facultad jurídica*

El poder resolutorio es una facultad jurídica. Si atendemos a desentrañar su concepto de acuerdo con el Profesor de Castro: «La facultad jurídica es la posibilidad de actuar garantizada a la persona como consecuencia de una situación jurídica»; sus caracteres, además de la actuación libre por parte del titular, es la de carecer de independencia como tal, por estar siempre basada y unida a

una situación jurídica principal. La consecuencia de esta carencia de independencia es que la facultad jurídica no puede ser enajenada o renunciada más que en unión de la situación principal de que depende, mientras no se independice formando un nuevo derecho subjetivo. Desde esta perspectiva, la facultad jurídica resolutoria, no sería un derecho subjetivo independiente porque está unida inmediatamente al propio crédito del precio aplazado del contrato de compraventa. Tampoco sería una unidad independiente en la masa patrimonial del vendedor con que se respondería a los acreedores (art. 1911 Cc).

Por nuestra parte y frente a esta teoría de la facultad jurídica, hacemos las observaciones siguientes:

El poder resolutorio tiene en nuestro derecho positivo un valor patrimonial que se independiza de la restante masa patrimonial del vendedor, al ser susceptible de una inscripción especial de conformidad con el art. 11 LH y de una posposición de su rango hipotecario, tal como lo admite la Resolución de la Dirección General de 25 de octubre de 1979, al proclamar que cabe posponer una condición resolutoria a una hipoteca futura, «dada la identidad de razón que se aprecia en el supuesto contemplado, y de acuerdo con el art. 4.1.º Cc, al ser semejante en nuestro derecho el juego de la hipoteca preferente respecto a las segundas y posteriores —art. 131 LH— y el derivado de dicha hipoteca respecto de la condición resolutoria». El poder resolutorio es susceptible de una renuncia aislada e independiente del crédito principal como se verá más adelante al desarrollar el contenido del poder resolutorio. Estimamos que la realidad social del tráfico jurídico reclama la independización de esta facultad resolutoria, mediante su conversión en un derecho subjetivo autónomo, entendido en el sentido del Profesor de Castro, como una situación de poder concreto que se concede al vendedor insatisfecho para resolver la venta, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa. La independización del poder resolutorio como objeto de tráfico, aun con el carácter accesorio del crédito que tiene el vendedor al precio aplazado, se manifiesta también al ser susceptible bajo la denominación de «condición resolutoria», de inscripción en el Registro de la Propiedad por el art. 11 LH con efectos específicos frente a terceros, que no tiene el simple crédito del vendedor con precio aplazado a secas, aunque se exija la constatación registral por el art. 10 LH.

b. *Teoría del derecho potestativo*

Otra teoría sobre la naturaleza de este poder resolutorio consiste en incluirlo entre los derechos potestativos o de formación jurídica y que será la facultad potestativa del vendedor de operar la resolución de la venta sin constricción para otro sujeto, que en nuestro caso sería el

comprador. Una de las características de estos derechos sería la imposibilidad en que se encuentra aquel a quien se dirige el derecho potestativo de impedir o paralizar, en general, la realización del efecto derivado del ejercicio de tales derechos.

Esta es la tesis predominante en la doctrina española.

Por nuestra parte, estimamos que no se puede configurar el poder resolutorio como un derecho potestativo, con la configuración que de los derechos potestativos hace De Castro. Como dice este maestro, la doctrina de los derechos potestativos no ha conseguido resultados aprovechables, por no haberse encontrado caracteres comunes; ni una sola regla general es aplicable a todo el heterogéneo conglomerado de figuras jurídicas que se pretende englobar en esta categoría de derecho; y tampoco la doctrina está de acuerdo, ni en determinar cuales son estos derechos, ni en señalar sus efectos.

La característica de estos derechos potestativos es la imposibilidad en que se encontraría el comprador de impedir o paralizar la realización de este derecho. El comprador, en nuestro caso, entendemos que sí que puede paralizar la acción resolutoria del vender, mediante el pago de la deuda aplazada dentro del plazo señalado en el contrato, o dentro de los dos días laborables que le confiere el Reglamento Notarial (art. 202 para contestar al acta de requerimiento de pago), o bien oponiéndose a la constitución en mora por no cumplirse todos los presupuestos legales para que ésta pueda tener lugar, bien porque el comprador tiene realizado ya el pago, o bien porque el vendedor no ha cumplido íntegramente con sus obligaciones.

La Resolución DGR de 29 de diciembre de 1982, contradice esta teoría del derecho potestativo, cuando declara que la resolución no opera, si al hacerse el requerimiento no se allana el requerido, sino que se opone categóricamente a él. Exige, pues, el requerimiento «a que se allane» el comprador, lo que significa un verdadero consenso resolutorio, un contrato nuevo de venta de la cosa que se transmite desde el comprador al vendedor.

B. TEORÍA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Esta es la doctrina tradicional que históricamente ha sido aplicada a la venta de bienes inmuebles. Esta es la doctrina que recoge el artículo 11 LH (el aplazamiento de pago surte efectos a terceros cuando se da a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita).

El término de «condición resolutoria», goza de una amplia aceptación en las leyes, la doctrina jurídica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General, y la práctica contractual.

Sin embargo, la doctrina moderna suele rechazar la teoría de la condición resolutoria, porque las notas características estructurales de ésta, no existen en el pacto comisorio que estudiamos. Argumentan que entre las notas estructurales de la condición resolutoria está la existencia de un evento futuro e incierto del que depende la resolución de la venta. Si el evento condicionante es el impago del precio, esto no es suficiente, puesto que no opera automáticamente la resolución de la venta por el solo hecho del impago, sino que se precisa el requerimiento por parte del vendedor al comprador notificándole su voluntad de dar por resuelta la venta. Esta doctrina negativa de la condición resolutoria dice lo siguiente:

No hay condición resolutoria, sino cláusula resolutoria, porque la resolución no se deriva automáticamente del impago del precio por el comprador, sino que la fuente de la resolución se encuentra en la declaración de voluntad negocial del vendedor al notificar al comprador la resolución de la venta (Iruzun, *La cláusula resolutoria*, ob. c., II, p. 27).

No es condición resolutoria, porque al derivarse ésta de una declaración de voluntad del vendedor, quedaría el cumplimiento del contrato al arbitrio del vendedor en contra de los artículos 1256 y 1115 Cc (Rodríguez Adrados, *Algunos aspectos*, p. 58).

C. TEORÍA DE LA CONDICIÓN POTESTATIVA RESOLUTORIA

Roca Sastre nos aproxima a la doctrina de la condición potestativa resolutoria. Dice que el evento condicionante es la opción resolutoria ejercitada por el vendedor impagado, y que esta opción no contradice los arts. 1256 y 1115 Cc, (el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes), puesto que el vendedor, que es quien ejercita el derecho, ya ha cumplido la obligación que le incumbía, como es la entrega de la cosa mediante la tradición, y la determinación resolutoria se funda en un hecho nuevo o sobrevenido, como es el impago del precio debido. Como afirma Castán, es lícita y válida la obligación sujeta a condición potestativa del acreedor y, sobre todo, cuando esta condición es, asimismo, resolutoria (Roca, *Derecho Hipotecario*, tomo II, p. 797).

D. NUESTRA OPINIÓN

El pacto de la «lex commissoria», que estudiamos entraña una condición resolutoria, cuyos eventos condicionantes son dos:

Uno es el impago por el comprador del precio aplazado, y cuya constancia formal tiene lugar mediante el requerimiento de pago que establece el art. 1504 Cc, cuyo efecto consiste en constituir en mora al comprador e impedir que el juez pueda concederle nuevo plazo.

El otro evento condicionante, consiste en el ejercicio por el vendedor de la opción resolutoria, de manifestar su voluntad de ejercitar esa opción resolutoria, que tiene como efecto el operar de pleno derecho la resolución de la venta, y que se constata formalmente mediante la notificación al comprador, según el art. 59 RH.

En contestación a los autores que defienden que el poder resolutorio es una facultad jurídica, consistente en una declaración de voluntad que es la fuente de la resolución (Irurzun). Entendemos que esta declaración unilateral de voluntad resolutoria, no puede ser la fuente inmediata de la resolución. Si esto fuera así, tendríamos una segunda declaración de voluntad que expresa una valoración de oportunidad contraria a la conclusión normal de la venta inicial. Sería un «*contrarius actus*» dirigido a conseguir la ineficacia de la venta, es decir, sería una verdadera revocación. El vendedor se reservaría, caso de impago del precio, el derecho a revocar la venta, de manera similar a la revocación de las donaciones (75).

Por estas razones, el ejercicio del poder resolutorio, a nuestro entender, implica una declaración de voluntad negocial y unilateral dirigida a pedir la vigencia del pacto de la «*lex commissoria*», que entraña una condición resolutoria caso de impago. La resolución no se deriva de inmediato de ésta segunda declaración de voluntad. La resolución se deriva del pacto de la «*lex commissoria*» inicial, activado y puesto en vigor por el ejercicio del poder resolutorio.

Para evitar ambigüedades y dudas sobre la manera de ejercitar el poder resolutorio, es conveniente que se pacte expresamente su carácter unilateral, que elimine la posible necesidad de que intervenga el comprador para formalizar la resolución de la venta. A tal efecto, se propone esta cláusula:

«El mero hecho del impago a su vencimiento de cualesquiera de los plazos, faculta al vendedor para ejercitar el poder resolutorio unilateralmente, mediante acta notarial por la que se requiera de pago al comprador, y si éste no pagase en el término de gracia de los quince días siguientes, se le notifique su voluntad de poner en vigor esta condición resolutoria, produciéndose la resolución de pleno derecho de la venta, y la retransmisión de la propiedad de la finca a favor del vendedor, entendiéndose consumada la tradición» (76).

En contestación a la negativa de la condición resolutoria, porque quedaría al arbitrio del vendedor contra los arts. 1256 y 1115 CC (Ro-

(75) FUENMAYOR, en *La revocación de la propiedad*, distingue y diferencia la revocación y la resolución de ésta manera: 1. En la facultad resolutoria no hay cambio alguno de voluntad por parte del autor del acto, a diferencia de la revocación que si que hay una voluntad contraria al acto revocado. 2. La resolución se aplica solo a los contratos bilaterales, mientras que la revocación no se concibe mas que en los actos unilaterales. (*La revocación de la propiedad*).

(76) La validez de este pacto de resolución unilateral, se reconoce en la Resolución DGRN de 4 de octubre de 1988, en su fundamento 4: «como ya declara la

dríguez Adrados). A nuestro entender no estimamos aplicable el art. 1115 Cc, que dice que «cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula». En nuestro pacto la resolución de la venta no depende «exclusivamente» de la voluntad del deudor-comprador no pagando el precio en el plazo convenido, sino que depende también y además, de la decisión del acreedor-vendedor de optar por la resolución. Si dependiera el cumplimiento de la obligación de la exclusiva voluntad del deudor comprador, sería nulo la totalidad del contrato de venta, según el art. 1115, y no sólo la nulidad de la condición. Lo que pretende el art. 1115 Cc, es que por un acto unilateral del deudor, se deje de cumplir la obligación. El art. 1504, por el contrario, recoge el pacto de la «lex commissoria», y este pacto ha sido tradicionalmente un pacto válido y lícito, desde el derecho romano hasta nuestros días. Si un contrato depende su cumplimiento exclusivamente del deudor, es nulo, y de esto no le salva, el cambio de las etiquetas, eliminando la de «condición resolutoria», por otra menos comprometida de «cláusula resolutoria».

En conclusión, por las razones apuntadas aceptamos la condición resolutoria, a pesar de las reticencias dogmáticas de sus detractores, por estar admitida en nuestras leyes, y en la práctica jurídica.

La condición resolutoria entraña dos eventos: el impago, que examinaremos más adelante al tratar del ejercicio de la resolución, y el poder resolutorio, que vamos a estudiar a continuación.

VII. EL PODER RESOLUTORIO

De acuerdo con lo que antecede, entendemos que el poder resolutorio que estudiamos, no es una facultad jurídica, ni un derecho potestativo, ni una facultad revocatoria. Es un derecho con un gran contenido patrimonial que le aproxima a la categoría de derecho subjetivo, como vamos a ver a continuación, al analizar el tratamiento jurídico que le otorga nuestro ordenamiento jurídico. En efecto.

Resolución de 29 de diciembre de 1982, si bien al amparo del artículo 1504 Cc, la resolución prevista para el caso de impago del precio estipulado en la venta puede operarse de modo automático y extrajudicial por voluntad unilateral del vendedor...». La validez del pacto de resolución bilateral, cuando su ejercicio se formaliza mediante escritura en la que comparezca el comprador para prestar su consentimiento a la resolución y a la retransmisión de la finca al vendedor, y el de éste de readquirirla, también la reconoce esta misma Resolución de 4 de octubre de 1988, en su fundamento 3, apartado segundo, que dice: «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 los terceros, pero entonces habrían de cumplirse los correspondientes requisitos de constitución y constar, para su inscripción en el Registro, en escritura pública». Esta Resolución la comenta PEDRO AVILA ALVAREZ, en *RCDI*, 1988, pp. 1359 y ss.

A. LA INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

a. *La inscripción especial*

La condición resolutoria cuando se pacta como «explícita», es susceptible de inscripción especial en el Registro de la Propiedad, que le atribuye efectos a terceros. El artículo 11 LH dispone que «la expresión del aplazamiento de pago (del precio), conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel con hipoteca o se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita».

El pacto de la «lex commissoria», envuelve una condición resolutoria, integrada por dos eventos condicionantes: el impago del precio y la opción resolutoria, que es lo que se inscribe en el Registro de la Propiedad. La inscripción registral atribuye a la opción resolutoria, unos efectos reales, oponibles frente a terceros, conforme el art. 11 LH. Sin embargo, la constancia registral del mero aplazamiento de pago del precio de la venta, es decir, sin que se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, sólo le atribuye eficacia personal, sin que sea oponible a terceros, conforme el art. 10 LH.

Pero el art. 11.1 LH, también hace una aplicación del principio de especialidad, de determinación de los derechos que afectan a varias fincas, al exigir determinar la parte de precio de que responde cada inmueble en caso de ser dos o más fincas las vendidas.

b. *La posposición del rango*

Otra manifestación de la autonomía patrimonial que tiene el poder resolutorio se pone de manifiesto en la posibilidad y licitud de la posposición del rango hipotecario de la condición resolutoria inscrita.

La doctrina y la práctica jurídica admite la posposición del rango hipotecario, con lo que le atribuye una sustantividad y una negociabilidad propia. Como dice Sanz Fernández, el rango supone un nuevo punto de vista de los «iura in re aliena», contemplados en su vida de relación de unos con otros, no aislados. Es una tercera dimensión del contenido del derecho real, es «una cualidad del derecho real que determina cual ha de ser el poder excluyente del mismo en relación con los demás derechos reales que gravan la misma finca». El rango no afecta a la estructura del derecho, sino a la dimensión de su colisión con los demás (77).

(77) SANZ FERNÁNDEZ. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid. 1945-53.

El rango tiene una sustantividad principalmente económica. Como dice Don Jerónimo González, el contenido del derecho no se altera, pero su valor económico decrece por el número de inscripciones contrarias que le preceden. El valor económico tiene como consecuencia que se destaque del derecho y obtenga plena sustantividad. (78).

La doctrina admite la negociabilidad del rango hipotecario, en íntima relación con la sustantividad. Si el rango se concibe con plena sustantividad podrá existir por sí mismo, antes y después de la inscripción. Si el rango es una cualidad del derecho, sin previa sustantividad, únicamente existirá desde que el derecho tiene acceso al Registro y se extinguirá tan pronto como el asiento sea cancelado.

La Resolución de 25 de octubre de 1979, admite la posibilidad de posponer una condición resolutoria a una hipoteca futura. Transcribimos su considerando: «Que al entrar propiamente en la materia discutida, es de observar que el art. 241 RH, aparece literalmente preferido al supuesto exclusivo de posposición entre hipotecas, pero su aplicación resulta viable igualmente a una condición resolutoria pospuesta, dada la identidad de razón que se aprecia en el supuesto contemplado, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4. 1 Cc, al ser semejante en nuestro derecho el juego de la hipoteca preferente respecto a las segundas y posteriores art. 131 LH, y el derivado de dicha hipoteca respecto de la condición resolutoria».

B. RENUNCIA AL PODER RESOLUTORIO

El vendedor que tiene a su favor un crédito del precio aplazado y como accesorio a éste un poder resolutorio, en caso de impago ¿ésta accesoriedad permite al vendedor renunciar al poder resolutorio, dejando intacto su crédito?

El análisis de esta cuestión vamos a plantearlo en dos vertientes:

Una en el aspecto material, que tiene lugar, cuando el vendedor renuncia al poder resolutorio, produciendo el efecto de extinguir este poder resolutorio en el plano civil o extrarregistral.

Y la otra en el aspecto meramente registral, de renunciar solamente a la inscripción registral del poder resolutorio produciendo el efecto de la cancelación del poder resolutorio, dejando en vigor el poder resolutorio en el plano civil o extrarregistral.

a. *La renuncia en el aspecto material o extrarregistral*

Veamos lo que dice Roca Sastre: «El pacto de la lex commissoria se inserta en el contrato de compraventa exclusivamente en beneficio o provecho del vendedor, sirviéndole de garantía al efecto, en caso de

(78) D. JERÓNIMO GONZÁLEZ. *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*. Madrid. 1948.

no satisfacerse a tiempo el precio debido, en todo o en parte. Pero el vendedor, por una razón de equidad, no ha de estar sujeto al automatismo inicial de la condición resolutoria, porque este automatismo podría redundar en perjuicio de él, lo cual es inadmisibile.

En este sentido se produce el Derecho romano en un fragmento de Pomponio (D. 18.3.2.), cuando expresa que el efecto de «*inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit*». Las razones que dicho fragmento aporta, son convincentes, pues cabe que por acaecimientos sobrevenidos dentro del tiempo del aplazamiento del pago del precio, la cosa vendida haya desmerecido de tal manera que ya no interesa al vendedor recuperarla. El pacto de la ley comisoria responde al interés del vendedor, pero éste puede renunciarlo lógicamente, y exigir, en consecuencia, la ejecución del contrato de compraventa». (D.º Hipotecario. II, p. 796).

Por lo tanto, el vendedor con poder resolutorio derivado del pacto comisorio, a quien no le interesa ejercitar este poder y desencadenar la resolución de la venta, puede optar por el cumplimiento del contrato requiriendo de pago al comprador y renunciar de manera expresa al ejercicio del poder resolutorio.

Pero esta renuncia al poder resolutorio, también puede ser tácita, cuando el vendedor se limita a requerir de pago al comprador, sin manifestar su voluntad de ejercitar el poder resolutorio, si el comprador no atiende al requerimiento.

En las fuentes romanas, la renuncia al poder resolutorio era tácita, si el vendedor pidiese el precio, puesto que no podía variar y usar del beneficio de la «*lex commissoria*» (79).

b. *La renuncia en el aspecto meramente registral*

Es la renuncia a la inscripción de la condición resolutoria, con el fin de conseguir la cancelación de la condición resolutoria realizada conforme al art. 11 LH. y dejar solamente la constancia registral como un mero aplazamiento de pago conforme al art. 10 LH. Es decir, pasar de la situación jurídica del art. 11 LH, (condición resolutoria expresa con efectos a terceros), a la situación del art. 10 LH (mero aplazamiento de pago, sin efectos a terceros).

El derecho a inscribir se puede concebir, como dice, Don Jerónimo González, como el derecho a la constitución de un derecho real, y entonces se dice que el derecho nace con la inscripción y ésta es constitutiva; o bien, como el derecho a dar publicidad a un derecho real

(79) «*Post diem commissoriae praestitum si venditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatur videtur, nec variare et ad hanc redire potest*». (DIGESTO, lib. 18, tit. 3, VII).

nacido dentro del ámbito del derecho civil puro, y entonces se dice que el derecho nacido se hace oponible frente a terceros mediante la inscripción, y que ésta es declarativa.

En las anotaciones preventivas, existe una desconexión entre el asiento que se cancela y la situación jurídica anotada que subsiste. La anotación preventiva supone una garantía a favor de sus titulares, y su renuncia solo actúa para enervar la fe pública de los terceros, pero no afecta a la subsistencia de la situación jurídica anotada... El titular de la anotación preventiva (heredero, legatario, embargante...), puede renunciar a esa provisoria y limitada protección que el Registro le concede, pero conservando los derechos y acciones o situaciones que la anotación publicaba.

El RH. en su art. 206.12. admite la cancelación de la anotación preventiva, cuando «la persona a cuyo favor estuviere constituida la anotación renunciare a la misma o al derecho garantizado». El art. 208 RH, señala la manera de practicarla (por escritura, resolución judicial, solicitud al Registrador).

Pero en materia de inscripciones, la doctrina no es pacífica, sobre si se puede renunciar al asiento solo de la inscripción, sin renunciar a la vez al derecho inscrito, puesto que la desconexión entre asiento (aspecto formal) y el derecho inscrito (aspecto material), puede no darse. En efecto:

En las inscripciones constitutivas, la conexión actúa para dar nacimiento a la vida jurídica al propio derecho real. Cancelado el asiento, el derecho queda extinguido, por lo que no cabe renunciar al asiento solo, dejando subsistente el derecho inscrito. En nuestro caso, la condición resolutoria no es de constitución registral, sino que nace fuera del Registro.

En las inscripciones declarativas, la conexión entre el asiento y el derecho inscrito no afecta al nacimiento del derecho, sino que tiene una vertiente probatoria, de conformidad con el principio de legitimación registral de los arts. 38.1.º LH (presunción de existencia y titularidad del derecho inscrito), y 97 LH (cancelado el asiento se presume extinguido el derecho inscrito). Para la inscripciones declarativas, la renuncia y cancelación del asiento presume que el derecho inscrito queda extinguido, pero se puede probar que el derecho queda subsistente. El problema de la admisibilidad de una cancelación de los asientos registrales que no vaya unida a una correlativa extinción de los derechos inscritos, debe matizarse, según se trate de inscripciones de dominio, o de inscripciones de derechos reales «in re aliena».

La base jurídica se encuentra en el llamado principios del consentimiento formal que se halla consagrado en el art. 82 LH. El principio del consentimiento formal germánico es una pieza de su sistema registral, que lleva aparejada la inscripción constitutiva y el negocio abstracto. La modificación registral actúa sin necesidad de alegar el negocio que le sirve de causa. En España, la necesidad de alegar la

causa, debe operar para las inscripciones declarativas de dominio, puesto que no parece posible cancelar el asiento de inscripción si no va acompañada al mismo tiempo de la extinción del dominio inscrito. Si se admitiera la cancelación de la adquisición inscrita, el derecho que el Registro publicaría sería el del transmitente anterior. La cancelación de un asiento de dominio repristina el asiento anterior dándole vigencia.

Respecto a los derechos reales «in re aliena», en que la inscripción es declarativa, es posible una cancelación del asiento de inscripción sin una correlativa extinción del derecho inscrito. Se habrá producido entonces un debilitamiento de la eficacia del derecho real, que quedará limitada a las partes de la relación jurídica (80).

Por nuestra parte, entendemos, que el poder resolutorio que entraña la condición resolutoria inscrita, por similitud con los derechos reales «in re aliena», puede renunciarse por su titular que es el vendedor, con lo cual, se extingue la eficacia frente a terceros que establece el art. 11 LH. para la condición resolutoria expresa, y se produce una limitación de su eficacia entre las partes, de conformidad con el art 10 LH.

Como dice Díez Picazo, la renuncia al asiento registral, es un negocio jurídico privado consistente en una declaración de voluntad unilateral emitida por la persona favorecida por la inscripción y perjudicada por la cancelación (negocio cancelatorio básico), y recepticio que se dirige a facilitar y facultar a otra persona, perjudicada por la inscripción y favorecida por la cancelación, para que emita su voluntad dirigida al Registrador con el fin de que extienda el asiento de cancelación (Díez Picazo. *ob. c.* p. 1279.)

La cancelación de la condición resolutoria inscrita, sin extinguir el poder resolutorio en el ámbito civil, podrá tener lugar mediante el oportuno reflejo en la cláusula resolutoria, expresando que la parte vendedora, renuncia expresamente a la inscripción de la condición resolutoria inscrita conforme al art. 11 LH y presta anticipadamente su consentimiento cancelatorio, facultando al comprador o a su causahabiente, a que solicite del Registrador de la Propiedad que practique la cancelación de la condición resolutoria mediante nota marginal, quedando inscrito el precio aplazado de la venta de conformidad con el artículo 10 LH.

C. EL PODER RESOLUTORIO TEMPORAL

El llamado pacto comisorio temporal tiene lugar cuando se conviene la extinción del poder resolutorio por el transcurso del tiempo, acordado al efecto.

(80) DÍEZ PICAZO. El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación. RCDI. 1967. p. 1263 y ss.

Es un principio general, que los derechos derivados de un contrato pueden ser configurados como temporales. La doctrina, Roca Sastre, Gayoso, admiten la extinción del derecho real de hipoteca por expiración del término convenido.

Rodríguez López, también admite la temporalidad de la facultad resolutoria, y argumenta así: «Tal facultad resolutoria, que compete al vendedor, tiene marcado un tiempo máximo para su ejercicio: el de su prescripción, según señalan los artículos 1.961 y ss. Cc, mas allá del cual no puede prolongarse su vida, aunque otros sean los deseos de los interesados». Pues bien, si éste límite máximo no puede ser nunca rebasado, nada impide que pueda acortarse por convenio, señalándose un plazo extintivo mas breve, que ya no podrá decirse que sea de prescripción, puesto que ésta sólo puede establecerla la Ley, ni quedará sujeto a las normas relativas a ésta última (81).

La Resolución DGRN de 11 de diciembre de 1974, admite la validez del pacto comisorio temporal, aunque deniega la cancelación por la vía del art. 355 RH. La Resolución DGRN de 28 de noviembre de 1978, admite la validez de ésta cláusula «que la condición resolutoria que respecto de la finca que se pacta, queda extinguida por el transcurso del plazo de 45 meses a contar desde el día de hoy, si antes no se hubiera ejercitado el derecho de resolución». También admite el procedimiento cancelatorio por la vía del art. 355 RH.

Tirso Carretero, al comentar la Resolución de 1974 (RCDI 1975. p. 654), niega la validez del pacto comisorio temporal, porque aunque todos los derechos reales derivados de un contrato pueden ser configurados como derechos temporales, ello no va con la condición resolutoria explícita, que es eso, una condición, pero nunca un derecho.

Por nuestra parte, el pacto de la «lex commissoria», implica una condición resolutoria, y ésta entraña dos eventos: uno es el impago, y el otro el poder resolutorio, y es éste como derecho que es, al que se le puede configurar como un derecho temporal al amparo del art. 1255 Cc. Otro tema es el de la cancelación de la condición resolutoria temporal, que examinaremos mas adelante.

D. CESIÓN DEL CRÉDITO DEL PRECIO APLAZADO Y EL PODER RESOLUTORIO

a. *Introducción*

La transmisión del dominio en la venta de bienes inmuebles, se rige por la doctrina del título (el contrato), y el modo (la tradición), de conformidad con el art. 609 Cc.

(81) «El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del art. 355 RH». RCDI. 1981. p. 11.

Sin embargo, en la cesión de créditos el efecto traslativo de la titularidad del crédito, no se produce por aplicación del art. 609 Cc., con la doctrina del título y el modo. En la cesión de créditos mediante una venta, el efecto traslativo de la titularidad del crédito, se produce por el mero consentimiento, y no precisa la entrega del crédito. El art. 1526 Cc. tiene su precedente en el art. 1457 del Proyecto de 1851, y según García Goyena el sistema de la cesión del crédito no requería la entrega del crédito para la producción del efecto traslativo, como se desprende de los arts. 1192 y 1193 del Código del cantón suizo de Vaud (Comentarios. III, p. 428).

La Ley de Bases del Código civil, en su base 20, sanciona la separación de los sistemas de traslación derivativa: el del dominio y demás derechos reales, «como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Y los créditos, derechos y acciones mediante su cesión, sin necesidad de entrega (82).

b. *Su posibilidad*

La doctrina no es pacífica en orden a la posibilidad del vendedor de ceder su derecho de crédito del precio aplazado con condición resolutoria. Un gran sector doctrinal entiende que el vendedor solo puede ceder su contrato de compraventa, y por tanto, la posición jurídica que le corresponde como vendedor. Sin embargo, un reducido sector doctrinal, estima que es posible la simple cesión del crédito del precio aplazado juntamente con el poder resolutorio. La diferencia es ésta:

En la cesión de contrato, no sólo se ceden la cualidad de acreedor, sino también las relativas a la formación del contrato, su nulidad, rescisión por lesión etc.; esto es, la sustitución en la totalidad de la relación contractual, para lo cual se precisa el consentimiento del deudor comprador para la perfección y eficacia de la cesión (art. 1205 Cc).

Sin embargo, en la cesión de crédito con condición resolutoria se cede solamente una parte de los derechos derivados de la relación contractual, y es irrelevante el consentimiento del deudor cedido, como luego veremos.

Según la doctrina más generalizada, el vendedor sólo puede ceder el primitivo contrato de venta con la cláusula resolutoria por el precio total de la finca, de la que el cesionario descontaría la parte ya satisfecha al cedente por el comprador. El vendedor puede ceder su contrato de compraventa, pero no sería necesario el consentimiento del comprador primitivo cuando el vendedor cedente hubiere cumplido con ante-

(82) Para un estudio extenso sobre esta materia. ver, PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos». ADC. 1988. IV, pp. 1033 y ss. GAVIDIA SÁNCHEZ, «La cesión de créditos» Valencia. 1993.

rioridad todas las obligaciones frente al mismo y sin liberarse en cuanto a las garantías. (R. Adrados, «Algunos aspectos de la *lex commissoria*» RCDI. n.º 464. 1968, pp. 49 y ss.).

La posibilidad que tiene el vendedor de ceder su derecho de crédito del precio aplazado derivado de venta con la condición resolutoria puede tener su fundamento en las siguientes razones:

La posibilidad del vendedor de ceder su derecho de crédito con condición resolutoria, se basa en la transmisibilidad en general de los derechos y especialmente los de éste tipo que sanciona el art. 1112 Cc (Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario). Esta transmisión lleva consigo la de todos los derechos accesorios de acuerdo con el art. 1528 Cc (la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio), y del art. 1212 Cc (la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos).

Para Navarro Pérez, la cesión del contrato, por la que se pasa a ligar a personas distintas de quienes igualmente lo contrajeron, es posible en el derecho patrio a la luz del principio de libertad de pactos que proclama el art 1255 CC, de tal manera que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si éstas aun no se han cumplido, en consentimiento, anterior, coetáneo o posterior del contratante cedido; pero si la parte cedente ha cumplido sus obligaciones contractuales, se produce la figura de la cesión de créditos, a virtud de la cual sólo se cede a favor de un tercero la posición acreedora del contratante vendedor, para lo que no se exige la prestación del consentimiento por parte del cedido, que solo permanece en el contrato como deudor, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el de obligarle con el nuevo acreedor. El cesionario en el crédito del vendedor en el pago del precio aplazado, viene legitimado para el ejercicio de la acción resolutoria del contrato de compraventa por incumplimiento del comprador. Y agrega este autor, que éste es el sentido del Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de octubre de 1984 (otras, 28- X-1957; 7- VII-1958; 5- XI-1974) (83).

La STS de 23 de octubre de 1984, está dentro de nuestro tema de la cesión del crédito. Se refiere a una cesión de un crédito derivado del precio de una venta con condición resolutoria y en la cesión se precisaba claramente que se comprendía en la cesión la pretensión resolutoria. El cesionario ejercita la facultad resolutoria del art. 1504 y obtiene el bien que el cedente había entregado al deudor incumplidor. Pero el núcleo de la sentencia versaba sobre si hubo una cesión de crédito o una

(83) «La cesión de los créditos en el derecho español» Granada. 1988, p. 53, Dice que «el cesionario en el crédito del vendedor para el pago del precio viene legitimado para pedir la resolución de la venta por incumplimiento del comprador».

cesión de contrato, pues, si sucedió lo primero, es la cesionaria la que está legitimada para resolver «ex» art. 1504 Cc la venta; y si sucedió lo segundo, sólo lo es la cedente dado que la parte deudora no consintió la cesión. La sentencia del TS, de acuerdo con la doctrina dominante en España y fuera de ella, así como la precedente jurisprudencia, asevera que solo hubo una cesión de crédito, pues para que exista cesión de contrato, es necesario, que siendo éste sinalagmático, no haya cumplido sus obligaciones ninguno de los contratantes. En el supuesto de la sentencia, habiendo cumplido la vendedora sólo queda pendiente el acto de cumplimiento de la compradora, lo que implica que siendo cedente aquella, solo puede ser objeto de dicha cesión el crédito y no la entera posición contractual. El considerando 3 de la sentencia lo expresa así con éstas palabras: «...tanto en el campo de la doctrina, como en el de la jurisprudencia, la cesión del contrato sí está plenamente configurada, tanto en cuanto a su alcance como a sus efectos, y así, doctrinalmente, la cesión del contrato entraña la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presuponiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas, que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral, en el que necesariamente han de intervenir —aunque en sus efectos tengan distinta proyección— el cedente, el cesionario y el cedido, cuya presencia es inexcusable, a fin de prestar su aquiescencia o consentimiento a la cesión, de tal manera que si no es así, o sea, si la reciprocidad de las obligaciones ha desaparecido, por haber cumplido una de las partes aquello a lo que venía obligada, podrá haber una cesión de crédito, si cede el cumplidor, o una cesión de deuda, si cede el que no ha cumplido, sin que en tales supuestos sea exigible el consentimiento del deudor...».

Angel Badía, propugna la cesión del crédito del vendedor con condición resolutoria sin consentimiento del comprador. La condición resolutoria es un derecho accesorio del crédito que garantiza. En cambio si debe exigirse la notificación al deudor comprador, por los arts. 1527 Cc y 149 LH, con el fin de que sea válido el pago hecho al nuevo acreedor (84).

En nuestra opinión, se debe distinguir entre la cesión del crédito y el poder resolutorio.

— El crédito del vendedor derivado del precio aplazado, es transmisible, por el principio general de la autonomía de la voluntad (art. 1255), y el de la transmisibilidad en general de los derechos (art. 1112), pero esta cesión se debe notificar al deudor comprador (art. 1527), no como un requisito de la validez de la cesión, sino para vincular a éste frente al cesionario. No se precisa el consentimiento del comprador, por tratarse de la cesión de un crédito cuyo titular ha cumplido íntegramente su obligación con la entrega y posesión de la cosa vendida.

(84) En torno al art. 1504 Cc.: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor. Homenaje a Tirso Carretero. Madrid. 1985, p. 65.

— El poder resolutorio imbricado en la condición resolutoria, es un accesorio del crédito del precio aplazado derivado de la compraventa, y debe considerarse comprendido entre los accesorios del crédito según el art. 1528 Cc. En los acuerdos entre el cedente y cesionario, se comprende, no solo el crédito y las garantías en sentido estricto, sino también todas las posiciones activas que estructuralmente estén ligadas al crédito, como lo es el poder resolutorio. Para evitar dudas, debe expresarse en la cesión del crédito del precio aplazado que se comprende también la condición resolutoria; y en la cláusula resolutoria se debe hacer constar lo siguiente:

«Las partes prestan su consentimiento anticipado desde este momento y expresamente, a la cesión del derecho de crédito derivado de las cantidades aplazadas con la condición resolutoria que realice el vendedor, y a que el cesionario se subroge en los mismos, renunciando la actual parte compradora al derecho a ser notificada de ésta cesión».

— La cesión en el ámbito del art. 1124 Cc.

El problema se plantea en la cesión de créditos derivados de obligaciones sinalagmáticas sin pacto de «lex commissoria», y cuando al otorgarse la cesión no se pacta expresamente que en la cesión se comprende la facultad de resolver implícita del art. 1124 Cc. La doctrina entiende comprendida en la cesión esta facultad de resolver por ser un accesorio del crédito (85).

Pantaleón Prieto («Cesión de créditos» ADC. 1988. IV. p. 1086) escribe que «es cedible el crédito integrante de una relación obligatoria sinalagmática, aunque la contraposición no se haya cumplido todavía. La cesión afectará solo al lado activo de la posición jurídica del cedente, permaneciendo a su cargo las obligaciones en que la contraprestación consista, que únicamente pueden ser transferidas con el consentimiento de la otra parte de la relación (art. 1205 Cc.). Quien estará legitimado, llegado el caso, para resolver la relación obligatoria ex art. 1124 Cc.? No se plantearán dudas, si cedente y cesionario han pactado al respecto. Caso contrario... a mi juicio, la solución correcta ha de partir de la premisa de que la facultad de resolución corresponde al cesionario, por la sencilla razón de que éste es el «perjudicado» del art. 1124 Cc, y «que podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución»:... y que «también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento...». «Lo único que puede discutirse

(85) GARCÍA GOYENA, dice que: «Pasa, pues, al comprador todo lo accesorio, inherente a la acción o crédito vendido, como la aparejada ejecución, si aquel era ejecutivo, la cláusula o condición resolutoria, expresa o tácita», según los arts. 1041 («cuando la obligación se hubiere contraído bajo condición resolutoria...», que es el actual artículo 1123 Cc.) y 1042 («la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación», que es el art. 1124 Cc. actual).

En la actualidad sigue esta posición GAVIDIA SÁNCHEZ, «La cesión de los créditos». Valencia. 1993, p. 230.

es si el cesionario precisará o no el concurso del cedente para ejercitar la facultad resolutoria. Y con dudas me inclino por la respuesta afirmativa...» (*ob. c. p.* 1088).

c. *Su inscribibilidad*

Otro problema es el su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad.

Para los que propugnan que solo es posible la cesión del contrato de compraventa, no es posible su inscripción, porque en el Registro no se inscriben los contratos, (art. 9 RH.), sino el dominio y demás derechos reales inmobiliarios (arts. 2 LH y 7 RH).

Por nuestra parte, entendemos que existen razones a favor de la inscripción, tanto en la ley como en la jurisprudencia. En efecto:

El art. 59 RH, parece admitir su inscripción, cuando dice que «será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente...».

El art. 11 LH, admite la inscripción del aplazamiento de pago cuando se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita.

El art. 7 RH, admite la inscripción de «cualquier contrato de transcendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

La Resolución DGRN de 17 de enero de 1933, admite «obiter dicta» su inscripción, con una argumentación que asumimos íntegramente: «La cesión del derecho al precio aplazado garantizado con la condición resolutoria, con todos sus efectos, constituye en verdad un contrato legítimo que modifica para el futuro el ejercicio de facultades del dominio inscrito sobre bienes inmuebles o derechos reales, y que puede tener entrada en el Registro al amparo del artículo 14 RH (RH. de 1915, equivalente al art. 7 RH actual), con tanta mayor razón, cuanto que es indispensable para los terceros conocer, al efecto de salvaguardar sus derechos, quien es el titular de la acción resolutoria que puede afectar a la estabilidad y permanencia del dominio inscrito».

Las Resoluciones de 3 y 6 de diciembre de 1986, reconoce la posibilidad de la cesión del crédito, cuando en un considerando dice así: «Piénsese que la condición resolutoria inscrita recae determinante sobre la finca vendida, cuyo precio aplazado se garantiza; que la garantía se refiere a esa obligación y no a cualquier otra...; que el acreedor garantizado puede ser el vendedor o un cesionario del crédito» (S. de 23 de octubre de 1984)...».

E. CONCLUSIONES

El poder resolutorio que hemos estudiado a través de nuestro derecho positivo, y de la jurisprudencia, nos lleva a estas conclusiones:

— La expresión de condición resolutoria, es la que respalda nuestro derecho positivo, y a ésta nos atenemos, a pesar de las reticencias dogmáticas de sus detractores.

— La condición resolutoria expresa está integrada por dos eventos: uno es el impago que se constata por el requerimiento de pago del art. 1504 Cc y tiene por finalidad constituir en mora al comprador e impedir al juez que conceda prórrogas. El otro evento, consiste en el ejercicio del poder resolutorio del vendedor dirigido a resolver la venta.

— El poder resolutorio, por el hecho de su inscripción registral de la condición resolutoria expresa, le atribuye efectos reales frente a terceros (art. 11 LH.), y se le atribuye un valor patrimonial autónomo, no sólo por ser susceptible de una inscripción especial (art. 11 LH), sino que su valor patrimonial puede aumentar o disminuir por su relación con los demás derechos reales, mediante la posposición de su rango.

— El poder resolutorio se configura como un derecho y puede limitarse en el tiempo (pacto comisorio temporal), según admite las Resoluciones DGRN de 11 de diciembre de 1974 y de 28 de noviembre de 1978.

— El poder resolutorio, puede ser renunciado como derecho inscrito, o puede renunciarse solamente su constatación o asiento registral, reduciéndose sus efectos solo entre partes, según el art. 10 LH.

— El poder resolutorio accesorio del crédito del precio aplazado, tiene una autonomía patrimonial que se integra en el activo patrimonial del vendedor. Por su valor económico, se debe considerar como un bien (art. 333 Cc.), que sería susceptible de embargo. por deudas del vendedor. Podrá ser también uno de los bienes objeto de la administración patrimonial, si se declara el concurso o quiebra del vendedor, que podrá ser ejercitado por los Síndicos (art. 1914 Cc; art. 1229 LEC; art. 878 C. de com, y 1350 LEC.).

— El crédito del precio aplazado con condición resolutoria, puede cederse, sin consentimiento del deudor, y sólo con la notificación a efectos de vincularle al cesionario, y además es inscribible en el Registro de la Propiedad.

— El poder resolutorio, de manera similar al derecho de opción de compra, puede pactarse como un derecho real, atribuyéndole sus notas típicas:

& la absolutidad, o su eficacia frente a terceros, que se consigue mediante su inscripción especial por el art. 11 LH.

& La inmediatividad sobre la cosa, sin obligación de contratar en el futuro, sino como de ejecución unilateral de su titular que pide la vigencia de la resolución de la venta para que opere de pleno derecho como consecuencia de la constitución en mora del comprador, y la retransmisión de la propiedad de la finca vendida a su favor entendiéndose consumada la tradición.

En nuestro derecho tradicional vigente hasta la publicación del Código civil, y por el carácter real que tenía el contrato de compraventa, en que la transmisión de la propiedad de la cosa vendida se producía con el pago del precio, el impago de éste, en caso de pacto de la «lex commissoria», producía la retransmisión automática de la propiedad, sin necesidad de requerimiento, y cumplida la condición el vendedor podía ejercitar la acción reivindicatoria (86).

Para que el poder resolutorio se configure como un derecho real, se precisa pactarse expresamente en la redacción de la cláusula resolutoria., que el vendedor pueda ejercitar unilateralmente el poder resolutorio, que la resolución opere de pleno derecho, como consecuencia del impago del precio, y que la retransmisión de la propiedad sea automática y se entienda consumada la tradición.

VIII. LA ASUNCIÓN DE LA DEUDA DEL PRECIO APLAZADO

La doctrina y la práctica jurídica es unánime en admitir la posibilidad de transmitir a un tercero, una finca sobre la que pesa un crédito del vendedor con condición resolutoria expresa.

El poder resolutorio que entraña la condición resolutoria, grava con carácter real la misma finca, y tiene eficacia frente al subadquirente posterior, de conformidad con el art. 11 LH.

La deuda de pago del precio aplazado, sólo vincula como deudor al primitivo comprador. El subadquirente de la finca gravada con condición resolutoria expresa inscrita por sus efectos a terceros se encuentra en una situación similar al adquirente de una finca hipotecada, por lo que puede ser de aplicación, por analogía, lo dispuesto en el art. 118 LH.

Las situaciones en que se puede encontrar el subadquirente de finca gravada con condición resolutoria expresa, son éstas:

a.— La venta de finca con asunción de deuda por parte del subadquirente, libera al primitivo deudor comprador, y el subadquirente que-

(86) Recordamos las palabras de nuestro clásico COVARRUBIAS «dominium rei venditae *absque traditione* ad venditorem legis ministerio revertatur» «ut dominium ad venditorem redeat, opus non est quod praecedat interpellatio», «non solum rem vendicat venditor, sed etiam fructus ex ea per emptorem perceptos consequitur». (Variarum Resolutionum. cit. infra).

da vinculado con el acreedor-vendedor subrogándose en la condición de deudor y quedando afectado con la condición resolutoria inscrita. (arts. 11 y 118.1 LH.).

Para que el subadquirente asuma la deuda se precisa el consentimiento del acreedor-vendedor (art. 1205 Cc.). Este consentimiento pudo ser prestado «in continenti» al pactarse la condición resolutoria, bien, «ex intervalo» cuando se realiza la segunda venta.

El vendedor al ejercitar su poder resolutorio deberá dirigirse solamente contra el subadquirente, que asumió la deuda con la condición resolutoria, mediante el requerimiento de pago y la consiguiente notificación de ejercitar su poder resolutorio en caso de impago.

b.— La venta de finca con retención del precio del importe de la deuda del precio aplazado, por parte del subadquirente, no asumirá la deuda (que continúa «in obligatione» en la persona del primer comprador), sino su cumplimiento («in solutione»).

El vendedor para ejercitar su poder resolutorio deberá dirigirse contra el comprador-deudor para constituirlo en mora mediante el requerimiento de pago, y notificar la voluntad resolutoria tanto al primer comprador que continúa siendo deudor, como al subadquirente que al retener una parte del precio solamente asumió el cumplimiento del pago, del precio aplazado, que caso de impago la venta se resolverá de pleno derecho.

Si paga el subadquirente en cumplimiento de su obligación solutoria, quedará extinguido el crédito y la condición resolutoria, para perseguir la finca que ya le pertenece.

Si el pago se realiza por el primer comprador-deudor de aplicarse el art. 1.118.2 LH., quedaría subrogado éste en el lugar que tenía el acreedor-vendedor en cuanto al poder resolutorio hasta tanto el subadquirente le reintegre del total importe retenido.

Pero esta aplicación es muy discutible. No parece que existe subrogación en el crédito, porque ésta se produce cuando el pago lo realiza un tercero (art. 1209 Cc.), de manera que el pago realizado por el propio deudor da lugar a la extinción de la misma deuda y al de su derecho accesorio que es el poder resolutorio. Tampoco estimo aplicable el art. 1210.1, Cc. que presume la subrogación cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente, porque el subadquirente con retención no es deudor personal del vendedor primero.

c.— Cuando la compra se realiza por el precio total e íntegro de la finca, sin retención, ni deducción de una parte del precio, y sin que el comprador asuma la deuda del precio aplazado, entonces el subadquirente tendrá una situación de tercer poseedor de finca sujeta condición resolutoria. No es deudor del precio aplazado («in obligatione»), ni tampoco asume su cumplimiento («in solutione»), sino que solo está afectado por la condición resolutoria inscrita. El vendedor con poder resolutorio deberá ejercitar su derecho solamente contra el primitivo

comprador-deudor, requiriéndole de pago y notificándole la resolución de pleno derecho en caso de impago. La situación de estos subadquirientes terceros poseedores, se regula en el art. 175.6.º, párrafo 1.º del RH, al disponer que para cancelar las inscripciones de ventas de bienes sujetos a condiciones resolutorias será preciso la presentación del documento que acredite la rescisión de la venta y la consignación del importe de los plazos, que con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.

Desarrollaremos esta materia al tratar de la consignación en caso de ejercicio del poder resolutorio.

IX. LA CANCELACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

La cancelación de la condición resolutoria puede tener lugar mediante dos causas fundamentales. La una, tiene una causa material, y es cuando se extingue el derecho inscrito, bien mediante la justificación del pago del precio aplazado, bien porque éste ha prescrito o caducado. La otra, tiene una causa meramente formal, que es la extinción del asiento registral que contiene la condición resolutoria, dejando vigente en el plano civil o extrarregistral la condición resolutoria.

A. POR EXTINCIÓN DEL DERECHO INSCRITO

La extinción del derecho inscrito, en nuestro caso, la condición resolutoria, puede tener lugar, mediante el pago, la prescripción extintiva, y la caducidad pactada.

a. *El pago por reconocimiento del vendedor*

En este caso, procede la escritura otorgada por el vendedor acreedor dando carta de pago del precio y solicitando la cancelación.

Si el inmueble tenía carácter ganancial, el consentimiento cancelatorio debe prestarse por ambos cónyuges, salvo que se tratara de un inmueble adquirido por uno de ellos para su sociedad conyugal, en cuyo caso, bastará el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre se hubiera inscrito el inmueble. Art. 58.2 y 178. 5.º RH.

Pero cuando la parte vendedora es una sociedad disuelta y liquidada, dice Gómez Galligo, que: se puede cancelar, «mediante escritura de cancelación otorgada por la persona especialmente facultada para ello — uno de los liquidadores— si entendemos, para facilitar la concordancia con la realidad extrarregistral, que el poder permanece vigente pese a la extinción de la sociedad; mediante la rectificación de la ins-

cripción de liquidación en el Registro Mercantil, posición ésta adoptada por el Auto del TSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 1990» (87).

b. *El pago y su justificación por el comprador*

El problema se ha planteado en torno al ámbito de facultades que tiene el comprador para justificar el pago del precio aplazado cuando éste está representado por letras de cambio, agudizándose cuando no están identificadas en la escritura de venta, o cuando alguna de ellas se ha extraviado.

1.— La Jurisprudencia registral.

La Dirección General ha declarado que puede preverse en la cláusula resolutoria la cancelación de la condición de resolutoria mediante acta de tenencia de las letras por el comprador siempre que el vendedor hubiera prestado el consentimiento formal anticipado a la cancelación.

Pero a partir de la Resolución DGRN de 30 de mayo de 1980, se admite este medio de cancelación aunque no se haya pactado previamente, sin necesidad de prestación de consentimiento formal cancelatorio por el vendedor, ni anticipado, ni posterior. Esta Resolución se basa en el criterio de que siempre que aparezca debidamente justificado el pago del precio que arrastra como consecuencia la extinción del derecho de crédito del acreedor, habrá de practicarse la nota marginal cancelatoria (del art. 23 LH), sin necesidad del consentimiento del acreedor cuando se den las circunstancias exigidas en el art. 82.2 LH, es decir, cuando la extinción del derecho resulte del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción. Se alega, además, la analogía con el régimen cancelatorio de la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso del art. 156 LH.

La Resolución de 21 de julio de 1986, exige para la utilización de este medio cancelatorio, que las letras estén perfectamente identificadas en la escritura de venta con indicación del número y serie de las cambiales.

(87) Dice así: «La tesis del mantenimiento o subsistencia del poder tres años después de haberse liquidado y extinguido la SA se enfrenta con insalvables obstáculos legales y no se justifica ni aun teniendo en cuenta la finalidad aseguradora de derechos de terceros, pues reconocida la realidad de la extinción de la sociedad, el juego de la representación se desvanece, ya que no se puede representar una sociedad inexistente, no siendo aplicables a las personas jurídicas los arts. 180 y 290 de la Comp. Cataluñ. Cuando una sociedad que tiene operaciones pendientes ha sido objeto de liquidación y cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil, no se extingue en la realidad jurídica material, sino formalmente. Debe, en consecuencia, rectificarse la apariencia formal que reflejan los asientos del Registro para armonizarla con la necesidad material de actual». (GÓMEZ GÁLLIGO. «Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado» RCDI. n.º 613, p. 2491).

Las Resoluciones de 3 y 6 de diciembre de 1986, y 24 de marzo de 1987, exigen igualmente la identificación de las letras, pero al no constar el número ni la serie de las cambiales, estas deficiencias no pueden ser suplidas por el consentimiento anticipado del vendedor para la cancelación, puesto que es imprescindible para obtener la cancelación la justificación fehaciente de la realidad del pago o de la causa extintiva de que se trate.

2.— Crítica.

Martínez Sanchiz critica estas Resoluciones, disociando la causa de la cancelación y la causa de la extinción del derecho, por lo que el consentimiento del vendedor excluye la necesidad de justificar la finalización del derecho. El consentimiento anticipado del vendedor, sí que puede suplir las deficiencias derivadas de la omisión de la serie y número de las letras, «mediante el acta de exhibición ulterior (con indicación del número y serie de las letras), y que, en última instancia, el consentimiento del vendedor traslada implícitamente al comprador la facultad de especificar e identificar las letras... («El deterioro...» ADC. *cit.* p. 1211).

Por nuestra parte, tampoco entendemos bien fundados los argumentos de éstas Resoluciones. En efecto.

El primero de ellos, «que es requisito ineludible la justificación de la realidad del pago» para conseguir la cancelación de la condición resolutoria.

Con anterioridad, al tratar de la renuncia del poder resolutorio, se ha visto como se admite por la doctrina la desconexión entre el derecho inscrito y el asiento registral en materia de anotaciones preventivas, y en los asientos de inscripciones declarativas que contengan derechos «in re aliena», puesto que al renunciar solamente al asiento registral, dejando intacto el derecho en el plano civil o extrarregistral, se produce un debilitamiento de éste derecho, al limitarse su eficacia solo inter partes, y no frente a terceros. Si se puede inscribir la condición resolutoria explícita con efectos frente a terceros por el art. 11 LH. Si se puede inscribir el precio aplazado, sin condición resolutoria, y sin efectos a terceros, por el art. 10 LH. Nos preguntamos, el por qué entre ambos artículos tiene que existir una muralla china infranqueable, que impida pasar de la situación del art. 11 al art. 10 ambos de la LH, si no es abonando el portazgo del previo pago. Por tanto, de acuerdo con lo que antecede, es posible la cancelación del asiento registral de la condición resolutoria, dejando intacta esta condición resolutoria en el plano civil o extrarregistral.

El segundo fundamento de estas Resoluciones que criticamos, es que «el consentimiento que anticipadamente prestara la parte vendedora, no puede suplir esta deficiencia (la falta de identificación de las letras en el título base) ni la exigencia básica de la justificación fehaciente de la realidad de la causa de la extinción». De manera que lo fundamental es la justificación del pago y la identificación de las cambiales, y el consentimiento anticipado del vendedor parece que no tiene valor considerado aisladamente.

Sin embargo, para entender el valor jurídico de éste consentimiento anticipado, se debe volver a las raíces germanas de donde procede el consentimiento formal del art. 82 LH. Un gran sector de autores alemanes entienden que la declaración de voluntad cancelatoria constituye un acto jurídico de carácter procesal, puesto que esta declaración de voluntad cancelatoria se dirige a un órgano del Estado o funcionario público y se presente dentro de un procedimiento (88). En España, el profesor LACRUZ, ha entendido que la declaración de voluntad cancelatoria, aunque se preste ante Notario, tiene por destino exclusivamente el Registro de la Propiedad (89).

Nosotros entendemos, con Díez Picazo, que en nuestro derecho positivo es posible distinguir entre la prestación del consentimiento cancelatorio del titular del derecho inscrito, favorecido por la inscripción y perjudicado por la cancelación, que se realiza en una escritura pública (art. 82 LH), y la instancia o solicitud (rogación) que formula el favorecido por la cancelación y perjudicado por la inscripción, que va dirigida al Registrador para que extienda el asiento de cancelación. Este último acto (instancia o solicitud), puede considerarse como un acto procesal en la medida en que obra o se inserta en un proceso administrativo «sui generis» o acto de jurisdicción voluntaria que va dirigido al Registro.

El consentimiento cancelatorio es un acto de puro derecho privado, y consiste en que el titular de un derecho inscrito facilita a otra persona el presupuesto básico necesario para que éste pueda pretender o demandar la modificación registral. El negocio cancelatorio es un negocio jurídico que da base y sirve de fundamento a la cancelación. Es unilateral y recepticio, en cuanto se emite con dirección y a favor de un determinado destinatario, que debe recibirla para que sea eficaz. El destinatario de la declaración de voluntad cancelatoria es la persona favorecida por la cancelación y perjudicada con la inscripción (90).

Reconduciendo estas ideas de la doctrina germánica elaboradas para el Derecho español, por Díez Picazo, y proyectándolas a las Resoluciones de la Dirección General que criticamos, diremos que el consentimiento que anticipadamente prestara la parte vendedora (favorecido por la inscripción y perjudicado por la cancelación), no es un negocio procesal dirigido al Registrador, sino un negocio jurídico de carácter privado, que se dirige a la parte compradora (favorecido por la cancelación y perjudicado por la inscripción), para facilitarle el presupuesto básico necesario para que pueda solicitar del Registrador la cancelación de la condición resolutoria, en el plano meramente regis-

(88) FRITZ BAUR. «Lehrbuch des Sachenrechts». München-Berlin, 1963, p. 122. HEDEMANN, «Tratado de Derecho civil. Derechos reales», traducido por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y DÍEZ PASTOR. Madrid, 1955, p. 96.

(89) LACRUZ. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Zaragoza, 1957. *Derecho Inmobiliario registral*. Barcelona, 1968, p. 291.

(90) DÍEZ PICAZO, *ob. cit.* p. 1278.

tral. El consentimiento cancelatorio anticipado prestado por el vendedor es base suficiente, para que el comprador solicite al Registrador la cancelación o mera desinscripción de la condición resolutoria, dejando al margen el tema de la extinción del derecho inscrito y la justificación de su pago y de la identificación de las letras.

Por tanto, la justificación del pago del precio aplazado por el comprador puede tener lugar, por los siguientes medios:

3.— Mediante acta a instancia del comprador de tenencia de todas las letras que representan el precio aplazado debidamente identificadas en la propia escritura de venta.

Pero cuando las letras no están identificadas en la escritura de compraventa, o falta la exhibición de alguna letra, la Resolución de 16 de julio de 1992, para el supuesto en que las letras no están identificadas plenamente en la escritura de compraventa, declara que en principio no procede la cancelación automática sin el consentimiento del vendedor. No obstante flexibiliza su rigor y aconseja proceder a la cancelación, cuando se den estas circunstancias: 1.º encontrarse en poder del deudor las 108 letras, cuyos vencimientos corresponden a los de la escritura.— 2.º Certificación bancaria de haberse pagado las restantes.— 3.º Disolución y liquidación de la sociedad vendedora.— 4.º Comparecencia de quien afirma ser la última tenedora de la totalidad de la sociedad vendedora por acta notarial, manifestando no existir cantidad alguna pendiente de percibir en este caso.

Parece que sólo es posible esta cancelación, cuando concurren simultáneamente todas las circunstancias de la Resolución. Pero la pregunta es ésta. En caso de extravío de alguna letra, ¿puede suplirse mediante la certificación bancaria al amparo del art. 45 de la Ley Cambiaria?

En un Registro de la Propiedad de Barcelona, ha sido suspendida la cancelación de una condición resolutoria en base a estas razones:

El art. 45 de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985, exige que la entidad bancaria acredite que es tenedora de las letras extraviadas. Que se acredite el cargo y las facultades del que certifica y la legitimación de su firma. Que el citado artículo deja a salvo que se haya pactado lo contrario entre el librador y el librado, y en el presente caso, en la escritura de compraventa en que constan emitidas las letras, sólo se facultó por la libradora al librado para que solicitase la cancelación de la condición resolutoria, sin precisar el consentimiento de aquella «sin más que acreditar ante el fedatario, la tenencia de las letras reseñadas» (91).

Esta calificación registral, propone como medio cancelatorio el acta notarial a instancia de la entidad bancaria tenedora o portadora de la

(91) La cláusula citada decía así «La sociedad vendedora faculta a la parte compradora para que por sí sola y sin precisar consentimiento de aquella, pueda firmar carta de pago del precio aplazado y solicitar la cancelación de la condición resolutoria pactada, sin mas requisito que acreditar ante el fedatario que autorice la misma la tenencia de las letras antes reseñadas».

letra, en la que manifieste ser tenedora de la letra extraviada, identificada suficientemente, y que ha sido abonada en su día por el librado.

Por nuestra parte, entendemos que basta la certificación bancaria, acreditativa del pago de las letras, de manera similar a la que reconoce la Ley de Sociedades Anónimas para la verificación de las aportaciones dinerarias (art. 40 LSA, art. 132 RRM).

Otro tema es el si para la cancelación es suficiente, con una previsión de consentimiento anticipado cancelatorio por parte del vendedor en la escritura de compraventa. La respuesta debe ser afirmativa en base al art. 45 LC. que admite que por pacto entre el librador y el librado, se sustituya el documento acreditativo del pago en que se identifique suficientemente la letra. Esta posibilidad la estudiaremos al tratar de la cancelación por extinción del asiento registral.

En conclusión: se puede cancelar la condición resolutoria cuando se haya extraviado alguna letra, mediante acta de tenencia de las letras identificadas por el comprador, y el acta de las letras extraviadas a instancia de la entidad bancaria tenedora de dichas letras.

Pero en previsión del extravío o falta de identificación de alguna de las letras, es aconsejable pactar en la cláusula que la parte vendedora presta desde ahora, su consentimiento anticipado a la cancelación de la condición resolutoria con alcance meramente formal, y autoriza al comprador o su causahabiente, para que solicite del Registrador de la Propiedad, la cancelación o desinscripción de la condición resolutoria.

c. Por la prescripción extintiva del crédito por el precio aplazado

Cuando el derecho inscrito se ha extinguido por prescripción extintiva. Según la doctrina y la jurisprudencia es de quince años, conforme al art. 1964 Cc.

El procedimiento a seguir es el expediente judicial de liberación de cargas, conforme a los arts. 209 y 210 LH.

d. Por la caducidad pactada del poder resolutorio

Este medio deja vigente el crédito del precio aplazado, y sólo se pacta la caducidad del poder resolutorio accesorio del crédito. Este medio, precisa un consentimiento anticipado de negocio cancelatorio prestado «sin continenti», que implica una autorización del vendedor al comprador para que solicite del Registrador de la Propiedad la cancelación del asiento registral. Lo lógico es que en base al consentimiento anticipado, el comprador pudiera dirigirse al Registrador para solicitar la cancelación, sin embargo, se ha buscado la vía tortuosa e innecesaria del art. 355 RH. En efecto.

1.— La cancelación por la vía del art. 353.1 RH.

Como ya expusimos, la cancelación de la condición resolutoria puede también articularse, configurando la opción resolutoria inscrita como un derecho temporal. Ahora la base de la cancelación está en la temporalidad del propio poder resolutorio inscrito. Las Resoluciones de 11 de diciembre de 1974 y 28 de noviembre de 1978, ambas admitieron la validez del pacto comisorio temporal. Pero lo que se discutía era el procedimiento cancelatorio por la vía del art. 355 RH. hoy 353.1 RH. reformado por RD. 3503/1983, de 21 de diciembre (rogación presunta por certificación o asiento nuevo).

Roca Sastre, no admite la cancelación automática de una condición explícita por el transcurso de un plazo de tiempo, por la vía del art. 355 RH, por estar de acuerdo con la Resolución de 11 de diciembre de 1974 (Derecho Hipotecario II, p. 824.). Según esta Resolución, el art. 355 RH, tiene carácter excepcional: hace una aplicación especialísima del principio de rogación en el procedimiento registral, que se aplica a las inscripciones que hayan caducado «con arreglo a la Ley Hipotecaria», pero no a las que hayan caducado por pacto. Por esto se presume solicitada la cancelación por el solo hecho de pedirse una certificación o la extensión de un nuevo asiento relativo a la finca o derecho.

Rodríguez López («El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del art. 355 RH» RCDI. 1981, p. 37), concluye su crítica a la vía del 355 RH, con estas palabras: «El pacto por el que los interesados acuerdan que la referida cancelación sea practicada en la forma señalada por el párrafo 1.º del art. 355 RH es nulo y debe denegarse por atentar contra lo contenido en los arts. 3 (documentación), 6 y 79 (rogación, «podrá pedirse»), 99 (calificación en cancelaciones), 254 (vigilancia fiscal) de la Ley Hipotecaria y 97.1.º (plazo para calificar) de su Reglamento, así como por tenerlo en tal forma declarado la Resolución de 11 de diciembre de 1974, en la que se califica el art. 355 como excepcional y no susceptible de aplicación extensiva».

La doctrina de la Resolución de 11 de diciembre de 1974, en cuanto deniega la vía del art 355 RH la suscribo íntegramente.

2.— Por acta a instancia del comprador.

Por nuestra parte, entendemos que no es necesario acudir al procedimiento de rogación presunta de la cancelación por el solo hecho de pedirse una certificación o practicarse un asiento, cuando es más lógica la rogación normal dirigida al Registrador en base al consentimiento prestado anticipadamente por el vendedor a la configuración temporal del derecho inscrito y además a la cancelación del asiento que contiene la condición resolutoria transcurrido dicho plazo, y autorizando al comprador o a su causahabiente a solicitar del Registrador de la Propiedad que practique el asiento cancelatorio correspondiente. La solicitud o rogación cancelatoria, se debe formalizar mediante un acta notarial, en la que el comprador o su causahabiente, exponga como presupuesto, el consentimiento anticipado del vendedor, a la tempora-

alidad del derecho resolutorio inscrito y de su asiento registral, y su autorización al comprador o su causahabiente para que realice la rogación al Registrador de la cancelación del asiento por caducidad del derecho resolutorio inscrito. Este acta debe presentarse en Hacienda para el pago del impuesto, para el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que se refiere el art. 254 LH.

B. POR EXTINCIÓN DEL ASIENTO REGISTRAL

Este consentimiento se refiere sólo a la cancelación del asiento registral que contiene la condición resolutoria, de conformidad con el art. 11 LH (condición resolutoria con efectos a terceros) y el paso a la situación registral del art. 10 LH (precio aplazado sin efectos a terceros). Deja vigente la condición resolutoria en el plano civil o extrarregistral, configurada en el art. 1504 Cc.

En contra de la Res. 3 y 6 de diciembre de 1986 y 24 de marzo de 1987, entendemos que si se puede prescindir para obtener la cancelación de la justificación fehaciente de la realidad del pago, porque en la condición resolutoria inscrita por el art. 11 LH, existe una desconexión entre el derecho inscrito similar al establecido para las anotaciones preventivas (art. 206. 1 RH, admite la cancelación del asiento de la anotación preventiva por renuncia de su titular a la misma o al derecho), y aplicable a las inscripciones declarativas de los «iura in re aliena» (art. 97 LH, cancelado el asiento se presume extinguido el derecho, salvo prueba de que éste subsiste). Pues, como dice Díez Picazo, la cancelación del asiento, sin la correlativa extinción del derecho inscrito, produce un debilitamiento de la eficacia del derecho real que quedará limitada a las partes de la relación jurídica (El negocio cancelatorio... p. 1263 y ss.). En nuestro caso, se pasa del art. 11 LH, con efectos a terceros, al art. 10 LH, que carece de ellos.

En consecuencia, la cancelación de la condición resolutoria puede obtenerse mediante el consentimiento anticipado prestado por el vendedor y plasmado en la cláusula resolutoria, y en la que se autorice al comprador o su causahabiente para que transcurrido un determinado plazo de la vigencia del asiento que contiene la condición resolutoria, inste al Registrador en base a este consentimiento anticipado, a que practique la cancelación correspondiente. Por este procedimiento se limita en el tiempo la vigencia del mismo asiento registral, dejando intacto el derecho resolutorio del vendedor en el plano meramente civil y con carácter meramente obligacional solo frente al comprador primitivo.

Se puede formalizar mediante acta notarial que contenga como presupuesto el consentimiento cancelatorio prestado en la cláusula resolutoria, y en la que el comprador solicite del Registrador de la Propiedad que practique la cancelación del asiento en la parte que contiene la condición resolutoria, de conformidad con el art. 11 LH,

y continúe registrado el mero aplazamiento de pago conforme al art. 10 LH.

C. CONCLUSIONES PRÁCTICAS

Para evitar las dificultades que puedan surgir en el futuro, para acreditar el hecho del pago del crédito aplazado del precio de la venta, bien por el extravío de las letras, o la falta de identidad y numeración de las letras, sería conveniente prever en la cláusula resolutoria, que la parte acreedora presta su consentimiento anticipado a la cancelación de la condición resolutoria como tal, sin necesidad de acreditar el pago de las letras, de acuerdo con la tesis que defendemos.

Por nuestra parte, estimamos que es posible la cancelación solo de la condición resolutoria, bien por caducidad pactada del poder resolutorio inscrito, o bien por la desinscripción meramente registral de la condición resolutorio. Se proponen estas o parecidas fórmulas.

Por caducidad de la condición resolutoria inscrita.

«Las partes convienen expresamente la extinción de la condición resolutoria inscrita transcurrido el plazo de un año desde el vencimiento del último plazo, y la parte vendedora presta su consentimiento anticipado a que se cancele la condición resolutoria una vez transcurrido dicho plazo, a cuyo efecto, autoriza al comprador o a su causahabiente, para que mediante acta notarial solicite del Registro de la Propiedad su cancelación, siempre que no aparezca nada que lo impida en los libros registrales».

Por caducidad registral de la condición resolutoria.

«La parte vendedora presta su consentimiento anticipado a que se cancele la condición resolutoria, una vez transcurrido un año desde el vencimiento del último plazo, a cuyo efecto, autoriza al comprador o su causahabiente, para que mediante acta notarial solicite del Registro de la Propiedad su cancelación, siempre que no aparezca nada que lo impida en los libros registrales».

X. EL EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN DE LA VENTA

Hemos estudiado la problemática de la condición resolutoria en el período de pendencia, es decir desde que se celebra el contrato de venta hasta que tiene lugar el cumplimiento de la condición por el impago de la obligaciones del comprador y el ejercicio del poder resolutorio por parte del vendedor. Ahora vamos a examinar el cumplimiento de la condición, que se produce por la constitución en mora del comprador mediante el requerimiento de pago y la notificación del ejercicio del poder resolutorio.

A. LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL COMPRADOR

Para que el vendedor ejercite el poder resolutorio, se precisa que haya cumplido íntegramente sus obligaciones, que pueden referirse a la entrega de la cosa y a la fijación del precio y que el comprador no pague el precio en el plazo convenido.

Esta exigencia se deriva de la doctrina de la mora que dispone el art. 1100. párrafo último Cc : «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. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

De manera que el comprador-deudor no es moroso, si el vendedor-acreedor no cumple debidamente con su obligación.

La mora exige el cumplimiento del vendedor y el incumplimiento del comprador.

a. *El cumplimiento del vendedor*

Esta exigencia, no se deriva directamente del sinalagma funcional ínsito en toda compraventa, sino más bien del requisito de la constitución en mora, que es específico de la resolución de la venta con «lex commissoria».

Las obligaciones del vendedor se refieren a la entrega de la cosa y a la fijación del precio. Veamos como entiende esta obligación del vendedor la jurisprudencia:

— Respecto de la cosa, debe el vendedor haber entregado la cosa, bien materialmente, o por el otorgamiento de la escritura pública (STS de 19 de mayo de 1988).

Pero si la entrega de la cosa ha precedido al otorgamiento de la escritura, la negativa del vendedor a otorgarla no impide la resolución, cuando está justificada por el impago del comprador. Ahora bien, cuando se hubiere pactado que el pago del precio sea simultáneo al otorgamiento de la escritura, no estaría justificada la negativa del vendedor a otorgar la escritura. (STS. 9 de marzo de 1989). Tampoco estaría justificada la negativa del vendedor a otorgar la escritura de venta, en el caso de un pago parcial en que se supeditó el pago del remanente de precio a la obtención de un préstamo hipotecario que estaba gestionándose, y la negativa del vendedor impidió la obtención del préstamo (STS. 18 de abril de 1989).

El vendedor debe entregar la vivienda con las condiciones de habitabilidad que exige la ley (STS de 26 de octubre de 1987); y que su construcción se ajuste a las normas urbanísticas, de manera que no puedan dar lugar a la pérdida de la cosa por demolición (STS 17 de junio de 1988).

— Respecto de la fijación del precio, y en materia de Viviendas de Protección Oficial, se entiende que incumple el vendedor su obligación cuando la venta se hizo por un precio superior al legal (STS de noviembre de 1985).

b. *La suspensión del pago del precio*

El art. 1502 Cc, permite al comprador suspender el pago del precio, cuando se le perturba en la posesión o dominio de la cosa, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador está obligado a verificar el pago (92).

La jurisprudencia interpreta restrictivamente los presupuestos legales para que proceda la suspensión del pago del precio (STS 20 de diciembre de 1898, 30 de octubre de 1965).

Troplong, estima que el comprador sólo puede suspender el pago del precio, pero no puede suspender el pago de los intereses, que sí debe pagarlos, cuando el comprador continúa con el goce de la cosa, y la ley solo pretende el secuestro del precio, pero no ha querido darle la ocasión de enriquecerse a expensas del vendedor. Y añade, «L'acheteur ne peut donc empêcher les interets de courir qu'en consignant» (De la vente, II, n. 611, p. 79).

García Goyena, hace éste comentario (*ob. cit.* t. III, p. 41) delimitando la extensión de ésta suspensión al pago del precio; pero no reclamarlo ni exigir fianza si ya lo ha pagado. Y respecto a los intereses dice, frente a la opinión anterior, que «Si el comprador puede suspender el pago del precio por el peligro que corre de perder la cosa, igual peligro corre perder los frutos que perciba desde la contestación del pleito; y los intereses son a los frutos, lo que el precio es a la cosa; pero es claro que deberá pagar los intereses, si vence en el pleito».

En el caso de existir un pacto comisorio, para un sector de la doctrina, supone un pacto tácito en contra del art. 1502 (ESCEVOLA). Pero MANRESA entiende que solo por pacto expreso se puede eliminar la facultad del comprador de suspender el pago del precio.

c. *El incumplimiento del comprador: la voluntad deliberadamente rebelde*

El principal requisito que se exige para que tenga lugar la resolución de la venta es el impago del precio por el comprador en el tiempo convenido. Veamos la extensión que puede tener este impago, a través de lo que se entiende por la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

(92) Este precepto es copia casi literal del art. 1653 del Code francés, recogido en el Proyecto de 1851 en el art. 1431.

Las posiciones que existen en la doctrina y la jurisprudencia dependen de la posición, sea dualista o unitaria, que se mantenga sobre la relación entre los artículos 1124 y 1504 Cc, y que pueden sintetizarse en estas tres:

— La voluntad rebelde es presupuesto en el art. 1124, y por ello, debe aplicarse al art. 1504.

— La voluntad rebelde no es presupuesto en el art. 1124, y por tanto, tampoco debe aplicarse al art. 1504.

— La voluntad rebelde es presupuesto en el art. 1124, pero no se aplica al art. 1504, por la especialidad de éste.

Vamos a desarrollar estas tres posiciones.

1.— Un gran sector de la doctrina (Badenes Gasset, Mucius Seaevola, Sabater, Beltrán De Heredia, Rodríguez García) entienden que es aplicable al art. 1504, los requisitos del art. 1124, entre los que figuran la exigencia de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador. Interpretan ambos artículos de manera unitaria y recíproca.

La jurisprudencia declara que el art. 1124 es de aplicación general, cuyos requisitos y efectos se extienden al art. 1504, y uno de ellos es la exigencia que se impone al comprador de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Así lo resume la Resolución DGRN, de 29 de diciembre de 1982 al declarar en un considerando: «que es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de que para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del art. 1124, o de la resolución prevista en el art. 1504, 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».

Se inicia esta doctrina en la STS de 28 de enero de 1944 (Ponente Manuel de la Plaza) al establecer que entre los arts. 1124 y 1504, el régimen jurídico de la resolución contractual es único, como únicos los supuestos que pueden 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.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1944, entre otras muchas, dice que «Las acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales, imponen que haya existido una conducta culposa por negligencia más o menos grave, originaria de responsabilidad en el contratante a quien se imputa la infracción del contrato, tanto en el art. 1124 CC, como en el art. 1504 CC. Además de la voluntad culposa, el Tribunal Supremo también exige para acceder a la resolución de la venta, una voluntad decididamente rebelde por parte del comprador a cumplir la obligación de pago.

Siguen esta orientación, otras sentencias del TS, como la de 1 de febrero de 1967, 16 de noviembre de 1979, 26 de enero de 1980, 7 de febrero de 1983, 23 de octubre de 1984, entre otras.

2.— La segunda tendencia es abandonar la voluntad rebelde como presupuesto del art. 1124, y por tanto, tampoco se debe aplicar al art. 1504.

La jurisprudencia inicia esta nueva línea en la STS de 20 de noviembre de 1984, seguida por las de 22 de marzo de 1985, 8 de mayo de 1987, 12 de mayo de 1988, 5 de junio de 1989. De estas sentencias se extrae la siguiente doctrina:

— Se rechaza la voluntad rebelde al cumplimiento porque ésta expresión corre el riesgo de confundirse con el dolo del deudor incumplidor.

— Se sustituye la voluntad rebelde por ésta otra «voluntad obstativa al cumplimiento» con la que se prescinde por completo de valoraciones subjetivas (intencionales-volitivas), y delimita el supuesto de hecho resolutorio en términos estrictamente objetivos. Esta es la orientación que se sigue en las mas recientes STS. Así:

STS de 18 de diciembre de 1991, dice que no se precisa el requisito subjetivo de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador, sino que basta «que pueda atribuirsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó», que es la objetivación de la falta de pago.

STS de 14 de febrero de 1992, se separa del criterio subjetivo de la voluntad deliberadamente rebelde, y basta con el incumplimiento de la obligación de pagar, cuando es duradera, persistente, y frustra para el vendedor la finalidad del contrato y no encuentra para el comprador explicación razonable alguna de su postura» (93).

3.— Jordano Fraga, hace un análisis exhaustivo de la jurisprudencia, en su libro, «La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1504 Cc.». Madrid, 1992, al que seguimos en ésta exposición.

Dice este profesor que en base a los criterios de decisión que subyacen en las sentencias que declaran que la voluntad rebelde es presupuesto del art. 1124 (y por tanto, del art. 1504), como las que abandonan la voluntad rebelde, para acogerse a la voluntad obstativa en el art. 1124 (y por tanto en el art. 1504), subyacen otros criterios de decisión, para conservar el contrato.

3.1.— Los criterios que se encienden en el concepto de «voluntad rebelde» en el art. 1124 son:

— la imputabilidad del deudor que incumple, que falta en el caso fortuito y que exime de responsabilidad contractual al deudor no cumplidor. (STS 26 de enero de 1980 y 7 de febrero de 1983).

(93) Comenta estas dos sentencias RODRÍGUEZ GARCÍA, en su «Arrumbamiento de un tópico jurisprudencial: una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento». *La Ley*, n.º 3150, de 8-dic- 1992), y se pregunta: ¿Cuándo está presente esta conducta obstativa? Y contesta: será una cuestión de equidad sujeta al arbitrio judicial, la cual, deberá tener presente la cantidad que se ha pagado y la que falta por pagar, para lograr «el equilibrio contractual» o «la reciprocidad de intereses» (art. 1289 cc.).

— la gravedad del incumplimiento, que falta cuando lo que debe el comprador es de escasa importancia. (STS de 4 de octubre de 1983, 20 de noviembre de 1984, 22 de marzo de 1985, 29 de febrero de 1988, 25 de octubre de 1988, 5 de junio de 1989).

— El abuso de la facultad resolutoria, que falta cuando el vendedor no colabora con el deudor para que éste cumpla (cambio de domicilio del acreedor no comunicado al deudor). (STS de 26 de enero de 1980, 2 de febrero de 1984).

— El incumplimiento de la parte resolvente. (STS de 16 de noviembre de 1984, 22 de marzo de 1985, 29 de febrero de 1988, 5 de junio de 1989).

— el incumplimiento que falta cuando el comprador ya pagó o discuta la cuantía.

Concluye este autor que muchas sentencias «utilizan el paraguas terminológico de la voluntad rebelde» para mantener y conservar el contrato con la consiguiente apreciación restrictiva y hasta excepcional de la acción resolutoria.

3.2.— La voluntad rebelde en el art. 1504 tampoco es un requisito autónomo constitutivo de la resolución por incumplimiento, sino que ha sido el vacuo envolvente terminológico de otros criterios de decisión que subyacen en las sentencias del Tribunal Supremo, similares a los expuestos.

El nuevo movimiento jurisprudencial que abandona la voluntad rebelde, por la voluntad obstativa, solo es una mutación terminológica que pretende evitar el fuerte acento subjetivista y pudiera pensarse que es el dolo del deudor incumplidor el que provoca la resolución del contrato. Prescinde de toda calificación voluntarista de la persona del incumplidor, y se limita a subrayar la falta de los verdaderos presupuestos de la resolución por incumplimiento, y en particular, el incumplimiento inequívoco, objetivo, e imputable al deudor incumplidor, y el cumplimiento de sus obligaciones por parte del resolvente.

Concluye Jordano Fraga diciendo que el requisito de la gravedad del incumplimiento, se excluye por el pacto resolutorio expreso. Las partes pueden atribuir carácter resolutorio al impago de escasa transcendencia cuantitativa en relación al total precio convenido y aplazado; en este sentido la jurisprudencia ha declarado que cuando existe un régimen convencional de resolución contractual por incumplimiento, éste se antepone o desplaza a dicho régimen general (STS de 24 de febrero de 1966, 4 de mayo de 1972, y 18 de diciembre de 1956). Por el contrario, cuando no exista pacto resolutorio expreso si que debe entrar el requisito de la gravedad cuantitativa (objetiva) y cualitativa (el tiempo de retraso, en cantidades impagadas), del incumplimiento del comprador (94).

(94) JORDANO FRAGA, «La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1504 Cc.» Civitas. 1992. pp. 56 a 165.

4. La doctrina que hemos llamado dualista, (Roca Sastre, Rodríguez Adrados, Martínez Sanchiz), estima que el art. 1504 Cc es un precepto específico, y al que no es aplicable el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde en el cumplimiento por parte del comprador. Basta el impago considerado objetivamente.

A nuestro entender, como hemos expuesto con anterioridad, los arts. 1124 y 1504, son diferentes y distintos en sus presupuestos de aplicación. El art. 1124, exige que el incumplimiento sea culposo, y por esta razón, impone el resarcimiento de daños y abono de intereses. El art. 1504 no impone el resarcimiento de los daños, porque no exige el impago culposo, ni la voluntad deliberadamente rebelde, ni la voluntad obstativa. Como dice Jordano Fraga, estas expresiones envuelven el criterio de mantener el contrato y evitar la resolución por ser algo excepcional en el ámbito del art. 1124, pero dentro del art. 1504 impera la voluntad de las partes que excluya la gravedad del incumplimiento.

d. *Extensión del impago: precio, intereses, impuestos, letras de cambio*

1. El impago del precio.

Un gran sector de la doctrina, como Rodríguez Adrados, Molina García, Ogayar Ayllon, Mullerat, entre otros mantienen que el impago se refiere solamente al precio de la venta.

Sin embargo, que el impago de otras obligaciones o cantidades distintas del precio estricto de la venta, no se puedan comprender en el pacto de la «lex commissoria» no es pacífica en la doctrina, como veremos a continuación.

2.— El impago de los intereses.

Es posible extender la cobertura de la condición resolutoria expresa a la obligación del pago de los intereses del precio aplazado.

La Dirección General de los Registros, en las Resoluciones de 5, 6, 7, de febrero de 1990; y 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, sobre los recursos planteados en Barcelona entre el mismo Notario y Registrador, declaran inscribible una escritura de venta con precio aplazado cuya condición resolutoria se extiende, además del precio de la venta a los intereses del aplazamiento. Los argumentos son los siguientes:

— El silencio del art. 1504 Cc. acerca de los intereses por sí solo no puede estimarse como prohibitivo cuando la regla general es precisamente la contraria, esto es, la de permisión de lo no prohibido (art. 1255 CC).

— Las normas legales se dictan en consideración a un contrato-tipo y como en la estructura típica de la compraventa el precio es la contraprestación exclusiva del comprador (art. 1445 CC.), es coherente la restricción del art. 1504 CC al impago del precio —máxime

cuando en la previsión legal el aplazamiento por sí solo no se reputa retribuído (art. 1501 Cc. en relación con el 1755 Cc)— pero ello no quiere decir que las variaciones del concreto negocio celebrado respecto al tipo legal considerado no hayan de merecer la misma protección jurídica. La conclusión que se deriva del art. 1504 CC es la de licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales.

— Cuando la compraventa se realiza pactando el aplazamiento del pago del precio y la retribución de los intereses, no quiebra por ello la unidad negocial de la operación concluída; no cabe hablar de un contrato de venta al contado seguido de un acuerdo accesorio desligado causalmente del anterior, por el que se conviene el aplazamiento del pago a cambio de un interés; el negocio es único y se halla trascendido en su globalidad por el elemento plazo; el plazo retribuído configura sustancialmente el equilibrio económico y jurídico de la operación y repercute sobre todos sus aspectos y consecuencias; no cabe entender que en la consideración de las partes el vendedor quedará compensado del sacrificio patrimonial que le supone desprenderse de la cosa por el pago del importe al contado, cualquiera que sea el momento en que se realice, y que el incumplimiento del resto es irrelevante a tal efecto; el sacrificio equilibrador del comprador viene definido en un doble aspecto cuantitativo y temporal: Efectuar una serie de pagos sucesivos en las fechas fijadas, y el que en cada uno de éstos puedan distinguirse conceptualmente dos partes, capital e intereses, en función de la fijación del importe al contado, no enturbia el hecho de que sólo el pago total procura la satisfacción esperada por el vendedor como determinante de su voluntad negocial. Que la repercusión de la variación temporal introducida en la posición del comprador, respecto a la hipótesis de venta al contado, introduzca una obligación nueva junto a la típica, no determina necesariamente la accesoriedad y minusvaloración jurídica de aquella; ello ni sería conforme con la voluntad de las partes en el negocio celebrado ni se armoniza con la significación económica del tiempo en que las obligaciones pecuniarias en las que la modificación del vencimiento comporta generalmente la alteración del «*quantum*».

A estos fundamentos de la jurisprudencia registral vamos a hacer estas observaciones:

En primer lugar, considera como una sola deuda del comprador, la cantidad del precio y la de los intereses; y por otra parte, considera esencial la determinación de las cantidades en que cada vencimiento corresponden a capital e intereses.

El Registrador de la Propiedad J.M. García García en su informe del recurso, dice con razón, que el precio y los intereses son dos conceptos jurídicos diferentes que no pueden ser confundidos ni unificados. La diferencia se encuentra en varios aspectos:

— en la prescripción de la acción de intereses, como prestaciones periódicas que son, según el art. 1966.3 Cc es de cinco años, a diferencia de la acción de reclamación del precio que tiene el plazo general de los quince años, según el art. 1964 Cc.

— La limitación de que las prestaciones periódicas no afecten a terceros mas allá de cinco años, se reconoce para los intereses de la hipoteca ordinaria (art. 11 4 LH), para las rentas o prestaciones periódicas garantizadas con hipoteca (art. 1 57 LH), y para las pensiones de los censos (art. 11 4 LH), y es un principio general de la Ley Hipotecaria, que se debe aplicar.

Lo que no encuentro fundamento es la afirmación que hace el Registrador para negar que la condición resolutoria comprenda en su cobertura el pago de los intereses, basándose en que los intereses son los frutos del precio de manera similar a los intereses de un préstamo. Los intereses no son los frutos del precio, como defendía el Notario del recurso. A mi juicio, la causa de los intereses se encuentra en el uso y disfrute de la cosa vendida por parte del comprador. El precio es a la cosa, lo que los intereses es a los frutos, como gráficamente decía García Goyena (Comentarios, III, p. 411). El art. 1501.1, impone el pago de los intereses cuando la cosa vendida produce fruto o renta (95).

Otra cosa son los intereses moratorios. Estos no nacen de la cláusula resolutoria inserta en el contrato de compraventa, sino que surgen desde el momento en que el vendedor requiere de pago al comprador para constituirlo en mora (art. 1501.3) (96).

3.— El impago de los impuestos

La posibilidad de extender la cobertura de la condición resolutoria a los impuestos, ha sido rechazada por la Dirección General, en la Resolución de 16 de septiembre de 1987, a propósito del Impuesto de Tráfico de Empresas, al declarar que no tiene la consideración de precio y no aparece integrado en la contraprestación básica del comprador, ni participa en la reciprocidad de las prestaciones que motiva la venta. La resolución de la venta se justifica por la frustración del fin básico perseguido, y por la quiebra del equilibrio fundamental tal como subjetivamente fue configurado, pero no en aquellas hipótesis en las que el propósito determinante de la negociación queda consumado, aunque no sus consecuencias accesorias. Se prohíbe el pacto comisorio (arts. 1859 y 1884 CC), con una excepción concreta en el art. 1504 CC,

(95) En la doctrina francesa así lo entiende, DOMAT, *Les lois civiles...ob. c. I.* 265, IV. Troplong, *ob. c.* etc.

(96) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, «El mecanismo resolutorio de la venta de bienes inmuebles por impago de los intereses». RDN. 1986, n.º 133-134, p. 69 y ss. entiende que los intereses del precio están solidamente unidos al precio bajo el principio de la integridad del pago del art. 1157 Cc, y la aplicación de la regla de imputación de pagos del art. 1173. Los intereses moratorios derivan de la interpelación de la mora.

por lo que no procede extender la garantía arbitrada en ésta norma a prestaciones accesorias derivadas del contrato de compraventa.

Lo expuesto estimamos aplicable al IVA.

Tampoco es posible la extensión de la cobertura de la condición resolutoria al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.

La jurisprudencia ha abordado el problema en la Sentencia del Tribunal Supremos de 7 de junio de 1963. Dice que: El incumplimiento por el comprador de la obligación a que se comprometió de satisfacer determinadas plusvalías de la finca adquirida al vendedor, que correspondía en principio pagar a éste, no puede considerarse como incumplimiento de una obligación accesoria a la principal del pagar el precio, sino independiente de él, de modo, que por ello, no es resoluble el contrato de compraventa, ni aun cuando la obligación de pagar esas plusvalías se hubiere puesto (como ocurrió) en la misma cláusula contractual que sirvió para determinar el importe del precio de la venta.

Para la Contribución rústica y urbana, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1945, declara que no procede la resolución de la venta por el impago de las contribuciones de la finca comprada, porque no supone una obligación accesoria del precio, si no que es independiente.

4.— El impago de letras de cambio.

La doctrina se plantea el problema de si es posible que el pacto comisorio que garantiza el pago del precio aplazado pueda extenderse expresamente al pago de las letras, configurándolo como un poder resolutorio cambiario, similar a la hipoteca cambiaria.

Rodríguez Adrados, estima que no es posible que el pacto comisorio garantice directamente el pago de las letras que representan el precio aplazado, sencillamente, porque tiene que garantizar el pago del precio de la venta: «Cuando se pacta la resolución por falta de pago de alguna de las letras, se utiliza de una manera abreviada de hablar, lo mismo que se pueden fijar los plazos con referencia al vencimiento de las cambiales». La consecuencia de esta separación, es que el endoso de una de las letras o de todas ellas, no produce la cesión del crédito de precio aplazado con su garantía de pacto comisorio. Es decir, la potestad resolutoria no puede constituirse a favor de los tenedores presentes y futuros de las cambiales. El tenedor de las cambiales no puede ejercitar el poder resolutorio y resolver la venta. La desconexión entre el poder resolutorio y las cambiales desaparece en el momento final, el del pago, porque al pagar las cambiales, se paga el precio aplazado de venta y se puede instar la cancelación de la condición resolutoria (97).

En el derecho español vigente, nos falta la conexión causal entre la emisión de la letra de cambio y el poder resolutorio derivado del pacto comisorio en la escritura de compraventa.

(97) «Algunos aspectos.... p. 75 y ss.»

La Dirección General ha abordado la cuestión de las letras exigiendo para que se reinscriba a favor del vendedor la finca vendida en caso de resolución, la presentación de las letras no vencidas y pendientes de pago:

La Resolución de 29 de diciembre de 1982, dice que «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». En iguales términos las Resoluciones de 16 y 17 de septiembre de 1987.

La Resolución de la Dirección General de 24 de marzo de 1987, reproduce éste considerando, y añade lo siguiente:

La facultad resolutoria no puede derivar propiamente del impago de las letras emitidas, sino del incumplimiento de las obligaciones causales para cuyo pago fueron aquellas puestas en circulación; no son las obligaciones cambiarias, sino las obligaciones subyacentes a las que sirve la cobertura de aquella facultad resolutoria, aun cuando las vicisitudes de las primeras puedan revelar (y no necesariamente) la suerte de las segundas; de modo que para mantener la eficacia de la condición resolutoria convenida, habrá de entenderse dicha cláusula como si se estableciese directamente para el caso de impago de las obligaciones nacidas de la compraventa celebrada; así se deduce de la normativa que en sede de interpretación de contratos contiene nuestro CC (arts. 1281, 1284, 1285, 1287).

En el caso concreto, las letras no estaban identificadas por su número y serie en la escritura, por lo que habrá de prescindirse del mecanismo cambiario arbitrado, y centrarse exclusivamente en las obligaciones derivadas del contrato celebrado.

La devolución de las letras, está comprendida en la obligación que tiene el vendedor que ejercita la resolución, de restituir lo que tenía percibido. Pero esta obligación de devolver las letras se puede sustituir por la restitución de su importe. La resolución de la venta podrá tener lugar, mediante la consignación de su importe, cuando las letras no vencidas y pendientes de pago no se puedan presentar por haberse descontado.

Como aplicación práctica de lo que antecede es conveniente pactar expresamente en la cláusula resolutoria, que para conseguir la inscripción, se presentarán, además de los documentos previstos en el art. 59 RH, las letras pendientes de vencimiento posterior, y si alguna de ellas se hubiere negociado bastará acreditar que se ha consignado su importe a disposición del comprador, a fin de que éste pueda atender su pago a sus respectivos vencimientos.

B. EL REQUERIMIENTO DE PAGO Y LA NOTIFICACION RESOLUTORIA

a. *Los antecedentes*

La tradición española, desarrollada en la primera parte de este trabajo, se incardina dentro del derecho romano y Las Partidas, desarrollada por los clásicos de derecho común y la práctica jurídica, hasta la publicación del Código civil. La resolución sólo se produce en virtud del pacto de la «lex commissoria» (no se sobreentendía), con efectos de pleno derecho por el vencimiento del plazo («dies interpellat»), pero el vendedor vencido el plazo debía manifestar que optaba por la resolución y no el cumplimiento (declaración de opción resolutoria), que debía notificarse al comprador. Esta tradición se extendía a todas las zonas geográficas españolas.

Pero los legisladores del Código civil, rompieron con esta tradición, e introdujeron el derecho francés desarrollado por el derecho canónico y por el «droit coutumier», con el fin de favorecer al comprador del rigor del derecho romano, concediéndole purgar su demora, mientras no se le requiera por una «sommation». Era un aplazamiento que se le concedía al comprador consumidor (en el lenguaje actual). Veamos como encajan éste cambio la doctrina y la jurisprudencia.

b. *Doctrina de MANRESA*

La doctrina existente al tiempo de la publicación del Código civil recoge el derecho romano («dies interpellat») matizado por el derecho francés (purgar la mora mientras se realice la «sommation»). El requerimiento del art. 1504 Cc es de pago para constituir en mora al comprador, y está relacionado con el art. 1100 Cc. Quizás, la supresión de la frase del Proyecto de 1851 «puesto en demora por un requerimiento», por la sincopada del art. 1504 «ínterin no haya sido requerido», se debiera a estimar una redundancia requerir de pago y constituir en «mora debitoris».

Pero la doctrina sufre un giro radical a partir de MANRESA, quien afirmó claramente que el requerimiento del art. 1504, no es tal intimación al pago, sino una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato, y que se dirige al comprador para que se allane y no ponga obstáculos a la resolución. Decía «lo paradójico que resulta el requerir de pago a una persona precisamente para impedirle que pague y para fundar en ese requerimiento una eficacia negativa de la aceptación del precio» (Comentarios al Código civil, X, edic. 1950, p. 306).

La opinión de Manresa, y hasta la literalidad de sus palabras se transcribe en los considerandos de la sentencias del Tribunal Supremo y en la doctrina de los autores.

c. *La Jurisprudencia*

Tanto del Tribunal Supremo, como de la Dirección General, han seguido a la letra el error de principio de Manresa. Como botón de muestra citaremos a la Resolución de 17 de noviembre de 1978, que proclama en un considerando que «es copiosa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en numerosas sentencias ha declarado —y aun empleando el término «requerimiento»— que este requisito exigido por el artículo 1504 Cc tiene el valor de una intimación que está referida, no al pago del precio, sino por el contrario, a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato quede resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo, por lo que se trata de una simple notificación, término que introduce ya con precisión al recoger esta reiterada jurisprudencia el RH a partir de la reforma de 1947 en su art. 59 que regula ésta cuestión...» (98).

El análisis de esta materia puede verse en mi trabajo «El requerimiento del art. 1504 del Código civil». RDN abril, 1981. Con posterioridad la jurisprudencia sigue fielmente la doctrina de la notificación y «el requerimiento a que se allane», como luego veremos mas adelante,

d. *La doctrina española*

Un gran sector de la doctrina, sigue las pautas marcadas por Manresa, rechazando el concepto de requerimiento de pago por ser incom-

(98) La reiterada jurisprudencia, que cita esta Resolución, no es «rigurosa jurisprudencia» en muchas sentencias, por no estar en relación la «ratio decidendi» con el caso decidido. Así la de:

— 3 de julio de 1917, que no se había estipulado en la venta la condición resolutoria y lo que declara: que el acto de conciliación equivale al requerimiento.

— 30 de octubre de 1922, dice que vale el acta con el vecino, por estar cerrada la casa del requerido.

— 11 de noviembre de 1943, dice que el precontrato de venta no se comprende en art. 1504.

— 1 de mayo de 1946 y 30 de diciembre de 1955, dice que es imprescindible el requerimiento para que opere la resolución.

— 28 de enero de 1948, no hay pacto comisorio, sino demora en el comprador en medir un solar.

— 9 de marzo de 1950, no se trata ni de la resolución de una venta, sino de la suspensión de los efectos del contrato celebrado en zona roja.

— 23 de septiembre de 1959, dice que el requerimiento se puede hacer por carta o cédula remitida por correo.

— 6 de febrero de 1979, dice que el vendedor tiene que haber cumplido su obligación para pedir la resolución.

— 26 de junio de 1978, no es fundamento de la Resolución que comentamos, sino al contrario favorable al requerimiento de pago, al decir que el acta del vendedor de requerimiento de pago para que abonase el precio aplazado dentro de los dos días siguientes a la diligencia, cumple las exigencias del art. 1504.

— 30 de mayo de 1942, declara que el requerimiento de pago, sin expresar la voluntad del vendedor de resolver la venta, no impide que el comprador realice el pago, y por tanto, excluye la resolución de la venta.

patible con la opción de resolver, e ignorando la tradición francesa del art. 1504. Todas estas opiniones son muy variadas en matices personales. Algunos autores estiman que la interpretación del art. 1504 se debe realizar a través de la doctrina italiana (Natali, Mosco, Barbero...), llegando a señalar «la identidad sustancial del art. 1504 con la cláusula resolutoria expresa del art. 1456 del Código italiano», olvidando que en Italia no existe ningún precepto similar al nuestro art. 1504 ó 1656 del Code Francés. Todos coinciden en que no es un requerimiento de pago sino una voluntad de resolver (99).

e.— *Teoría del requerimiento de pago y la notificación resolutoria.*

De acuerdo con la doctrina de la condición resolutoria que defendemos, ésta entraña dos eventos condicionantes: el requerimiento de pago para que opere la constitución en mora del deudor comprador, (del art. 1504 Cc), y la notificación de la voluntad de resolver para que opere la resolución de la venta de pleno derecho (del art. 59 RH.). En efecto:

1.— El requerimiento del art. 1504 CC, es un requerimiento de pago, es decir, es una intimación dirigida por el vendedor al comprador para que realice el pago, y éste puede hacerlo dentro del plazo fijado en el contrato o dentro de los dos días laborables que admite el Reglamento Notarial en su art 204 y si el comprador no paga, se le notifica de manera subsidiaria, la decisión de resolver la compra, de poner en marcha el poder resolutorio.

El requerimiento del art. 1504 Cc. es una intimación al pago que se realiza mediante una declaración de voluntad no negocial (como un acto semejante al negocio jurídico según la terminología de ENNECERUS) y que va dirigida a constituir en mora al comprador y por ésta razón y en su consecuencia a impedir que el juez puede conceder nuevo plazo (100).

(99) Sigue doctrina de la notificación, entre otros: BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, en *Revista de Derecho Privado*. 1962, pp. 681 a 684.

MARTÍNEZ SARRIÓN. «Repercusiones prácticas de escrituras notariales». *RDP*. 1964, pp. 183 y ss.

RODRÍGUEZ ADRADOS, «Algunos aspectos...» p. 75 y ss.

IRURZUN, «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio». *Estudios de Derecho Privado*. 1968, p. 75 y ss.

BADENES GASSET, «El contrato de compraventa» II. 1979, p. 884.

MULLERAT, BALMAÑA RAMÓN, «El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles». *ADC*. 1971, pp. 481 a 529.

SABATER. «El art. 1504 del Código civil». *Revista de Derecho Judicial*. 1960, p. 17.

ROCA SASTRE. *Derecho Hipotecario*, II, p. 803.

(100) ENECERUS, dice que actos de derecho o semejantes a negocios jurídicos, son aquellos actos humanos lícitos, cuyo efecto no se determina por el contenido de la voluntad, sino únicamente y con carácter forzoso por la ley. Díez PÍCAZO, dice que «la intimación de la mora es una declaración de voluntad unilateral y recepticia dirigida

El requerimiento de pago se deriva de relacionar el art. 1504 Cc con la doctrina de la mora del deudor que recoge el art. 1100 Cc. En el derecho romano, la «*interpellatio*» era un presupuesto para la constitución de la «*mora debitoris*», en las obligaciones sin fijación de término. Pero en las obligaciones a término, el vencimiento de éste se considera que constituye la mora, de acuerdo con la máxima «*dies interpellat pro hómine*».

Así García Goyena, decía respecto al requerimiento, que «en el Derecho Romano y Patrio, el día o plazo vencido «*interpelabat*», hacía las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros habemos establecido lo contrario en el art 1007 («para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor»), y lo aplicamos al caso de este artículo; pero si además, concurriere la circunstancia prevista en el n.º 1 del art 1007 (se incurre en mora, sin necesidad de requerimiento cuando se estipule que el sólo vencimiento del plazo lo produzca), se observará lo dispuesto en el mismo». Como se puede observar, para el autor del Proyecto, es admisible el pacto «sin requerimiento».

En el Proyecto de 1882, se recoge la exigencia del requerimiento de pago, en su art. 1533, pero sufre una amputación, al suprimir la frase «puesto en demora por un requerimiento», del Proyecto anterior, y sustituirla por esta otra, «ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial», y con ésta última redacción se transcribe en el art. 1504 Cc.

El requerimiento es la necesaria intimación al pago para que la mora exista, si el comprador no cumple o no se allana a cumplir lo que le incumbe (art. 1.101 Cc.).

2.— El otro evento condicionante de la condición resolutoria, consiste en el ejercicio por parte del vendedor de una declaración de voluntad unilateral, (que no precisa el consentimiento del comprador), y que no es fuente por sí sola de la resolución de la venta, sino que va dirigida a poner en vigor la condición resolutoria pactada, y esta última activada su vigencia, si que es la fuente de la resolución.

Según Irurzun, la notificación contiene la voluntad del vendedor de resolver la venta y ésta voluntad es la fuente de la misma resolución. Ya vimos que esta voluntad no puede ser distinta y posterior a la contenida en la cláusula resolutoria. Porque esa voluntad distinta se ejercería en uso del derecho reservado en el pacto y en contra de la misma venta, lo que nos llevaría a configurarla como una revocación, en su

por el acreedor al deudor, que no es un auténtico negocio jurídico, sino mas bien, lo que la doctrina denomina «actos semejantes a los negocios jurídicos», y que De Castro, ha llamado «declaraciones modificativas». Fundamentos de Derecho Patrimonial. I, pág. 673. Por tanto, este requerimiento, no es la fuente de la resolución de la venta, sino de la constitución en mora, como lo era en el derecho francés, tanto en el derecho antiguo, como en el moderno.

concepto de «contrarius actus» dirigido a la ineficacia de la venta, y la revocación sólo se aplica a los actos unilaterales, no a los bilaterales (FUENMAYOR). Tampoco puede ser que esta voluntad resolutoria precise el asentimiento del comprador para que opere la resolución, porque entonces estaríamos en presencia de otro contrato nuevo de compraventa en sentido contrario al primero, es decir, con transmisión de la cosa desde el comprador al vendedor.

El análisis y la naturaleza del poder resolutorio la hemos estudiado en el apartado VII.

f. *El requerimiento de pago del art. 1504 y el comiso enfiteutico.*

La interpretación del art. 1504 Cc, se debe relacionar con el comiso enfiteutico del Cc. que es la resolución de la enfiteusis por el dueño directo por falta de pago de la pensión por el enfiteuta; para ello «deberá requerir de pago al enfiteuta judicialmente o por medio de Notario; y si no paga dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, quedará expedito el derecho de aquel» (art. 1649 Cc). El enfiteuta podrá pagar dentro de éste plazo redimiendo el censo; y del mismo derecho podrán usar los acreedores del enfiteuta dentro de los 30 días siguientes de haber recobrado el pleno dominio el dueño directo (art. 1650).

La reglamentación del comiso enfiteutico también tienen inspiración francesa y concretamente en los arts. 1912 y 1913 del Code Nap., a través del Proyecto de 1851, que en su art. 1551, dice que el capital del censo no es exigible, sino en caso de quiebra o insolvencia del deudor, o cuando habiendo dejado pasar dos años seguidos sin pagar la pensión, y requerido judicialmente, no paga en el término de diez días, contados desde el requerimiento».

García Goyena, hace la exégesis de la palabra «requerido judicialmente»: «éstas palabras previenen o resuelven las muchas cuestiones a que ha dado lugar el artículo francés, y pueden verse en Rogron; el artículo de esta parte guarda armonía con el art. 1007 (requerimiento para la mora debitoris), pero es claro que no puede tener aplicación a los censos anteriores» (101).

En efecto, el comiso enfiteutico del CC quiebra la tradición jurídica española.

Tanto las Partidas (part. V,t. 8, ley 29), como el Código de Justiniano (Lib. IV,tit. 66, ley 3), habían establecido el comiso del predio enfiteutico en el caso de éste artículo.

En la Edad Media, los señores se reservaban el derecho de recobrar la finca acensuada como pena o castigo al enfiteuta por la comisión de determinadas faltas; por el influjo de los canonistas, el incumplimiento de una carga se asimilaba a la ingratitud. Las Partidas, establecían que la falta de pago de dos años, «que dende en adelante los señores della, sin mandado del juez, la puedan tomar» (ley 28,t.8.V).

(101) *Concordancias*, III, p. 497.

Pero a pesar de esta reglamentación, «González Serrano, comentarista de la Leyes de Toro, lo consideraba en desuso y aun dudaba que se hubiera aplicado nunca en la práctica. La sentencia de 29 de abril de 1868 estableció que la alegación de cualquier causa justa que hubiera impedido el pago del canon, relevaba del comiso, y aunque no se alegara, debía dejarse al arbitrio judicial que declarase o no su procedencia sin embargo, ni esta corriente ni el ejemplo del foro catalán que nunca admitió el comiso, lograron obtener de los redactores del cc. la supresión tan odiosa» (102).

Vemos en el comiso enfiteúatico el mismo origen que el pacto comisorio del art. 1504, y la misma finalidad, de proteger al comprador, al no bastar el impago, sino exigir además que se requiera de pago, y en el acto del requerimiento pueda el enfiteuta pagar las pensiones vencidas.

g. *El requerimiento de pago y la Compilación de Navarra*

La Compilación de Navarra, recoge la doctrina que defendemos, en su Ley 486, bajo la rúbrica «De la venta con pacto comisorio, concepto: «En la compraventa con precio aplazado, total o parcialmente, puede establecerse el pacto comisorio por el cual la falta de pago de todo o parte del precio en el tiempo convenido facultará al vendedor para ejercitar de pleno derecho la resolución del contrato, que sólo tendrá lugar una vez cumplido el término de un mes y un día, o el plazo mayor que se haya pactado, a contar del requerimiento fehaciente que el vendedor hiciese al comprador exigiendo el cumplimiento de la obligación. El vendedor podrá optar entre la resolución o el cumplimiento del contrato mediante la percepción del precio aplazado». Ley 487. «En caso de resolución, una vez notificada, la cosa se tendrá por no vendida, y quedará sin efecto los actos de enajenación y gravamen, así como todos los arrendamientos concertados por el comprador».

En conclusión. El requerimiento del artículo 1504, es una intimación dirigida por el vendedor al comprador a que pague y produce como consecuencia la constitución en mora. La mora del deudor comprador se produce como una consecuencia legal de la intimación o requerimiento de pago (art. 1100 Cc).

h. *La cláusula «sin requerimiento»*

1.— El requerimiento entendido como una intimación al pago y dentro del ámbito de la mora del comprador, puede ser concebido como ¿puede ser renunciable?

(102) CASTAN. *Derecho civil español común y foral*. 1950.II, p. 609. La tradición catalana derogó el comiso desde el Reconoverunt Proceres, hasta la actual ley de Censos en Cataluña.

García Goyena, llevando a las últimas consecuencias la aplicación de la doctrina de la mora del deudor al pacto de la «lex commissoria», admitía que por pacto se establezca que se incurra en mora por el solo vencimiento del plazo fijado, sin necesidad de requerimiento. De manera que se puede pactar la resolución «ope legis» por el mero hecho del vencimiento del plazo, o lo que es lo mismo, la sumisión al régimen del derecho romano según la máxima «dies interpellat pro hómine».

En el derecho francés la cláusula «sans sommation» era lícita, porque se permite estipular que el vencimiento del término constituya en mora al deudor (art. 1139 Code). La intención de las partes con esta cláusula es excluir la aplicación de la condición resolutoria tácita (art. 1184 Code), y del pacto comisorio expreso (art. 1656 Code, que exige la «sommation»), para que se produzca el efecto enérgico de la condición resolutoria ordinaria, por el mero hecho del impago al vencimiento del plazo.

Scaevola, observa que el Art. 1504, es precisamente una limitación del pacto de los contratantes, en obediencia a los principios jurídicos de orden superior que definen la responsabilidad por mora, y que la estipulación particular no puede modificar estos principios, sin desnaturalizar el pensamiento del legislador (Comentarios, XXIII, p. 735).

2.— Pero el requerimiento del art. 1504 lo configura la doctrina y la jurisprudencia española, como una intimación a la resolución de la venta, a que el comprador se allane a la resolución. Y este requerimiento resolutorio tiene carácter imperativo, es de orden público, y no puede derogarse por pacto.

Manresa, dice que «Si consultamos el espíritu del art. 1504, a poco veremos que su finalidad no es otra que procurar la firmeza y seguridad de los contratos y suministrar medios para que lleguen a efectuarse en los términos convenidos, para lo cual, el Código, sin duda se funda en poderosas razones de orden público; si atendemos a su letra, muy especialmente a la frase «aun cuando se hubiera estipulado, etc.», llegaremos a la misma conclusión. Es por tanto, para nosotros indudable que el requerimiento de que tratamos no puede renunciarse, ni en el momento de perfeccionarse el contrato, ni por acto posterior». (Comentarios, X, p. 307).

Mullerat, estima que es inderogable. (El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles. ADC. 1971, p. 528).

Rodríguez Adrados, es inderogable: «esta doctrina es a mi manera de ver indudable, y viene impuesta por el mismo tenor literal de la norma que al permitir al comprador pagar en todo caso, a pesar de cualquier estipulación, hasta que hubiere sido requerido, hace indispensable el requerimiento para conseguir el efecto de que el comprador no pueda ya pagar, y por tanto para conseguir la resolución (*ob. cit.* p. 79, 80).

La jurisprudencia está acorde con ésta doctrina y declara que la exigencia del requerimiento formal es imperativo y el pacto que la ex-

cluya o la renuncia del comprador a que se le haga por el vendedor, se tiene por no puesta. Son varias las sentencias en este sentido. Así, en sentencia de 8 de julio de 1933: «por motivos de orden público, no tiene otra finalidad (el art. 1504) que obligar a los contratantes, en las compraventas de inmuebles a procurar la firmeza y seguridad en los contratos y suministrar medios para que lleguen a efectuarse en los términos convenidos». La STS de 27 de noviembre de 1987, donde la existencia de un pacto de exclusión del requerimiento, y de la afirmación de la resolución por el simple hecho del impago del comprador en el plazo convenido, no impide la aplicación del art. 1504.

La STS de 1 de mayo de 1946 reitera la misma doctrina en el ámbito del art. 1504, y dice que «por razones de orden público a que constantemente se refiere reiterada jurisprudencia que ha motivado su interpretación, y para procurar la firmeza y seguridad de los contratos de tales naturaleza y objetividad». Sin embargo, esta misma sentencia, en el ámbito del art. 1124 Cc declara que pacto «sin requerimiento» es perfectamente admisible.

3. En mi opinión, es renunciable el requerimiento resolutorio, y no lo es el requerimiento de pago.

El requerimiento resolutorio puede ser renunciado. porque cuando el vendedor opta simplemente por exigir el cumplimiento del contrato, es que renuncia tácitamente a la resolución. Pero también puede el vendedor renunciar a la resolución de la venta por no interesarle volver a adquirir la finca. Este tipo de requerimiento ¿qué tiene de imperativo, si está dentro de la opción que tiene el vendedor entre exigir o resolver?

Sin embargo, el requerimiento entendido correctamente como una intimación al pago, para cortar la purga de la mora al comprador, sí que tiene carácter imperativo y no puede renunciarse en el ámbito del art. 1504. Así lo expresa éste precepto, «Aun cuando se hubiera estipulado» la resolución automática por impago en el día pactado, puede el comprador purgar su mora, mientras no se le requiere de pago. Lo que es de orden público, es la purga de la mora, que humaniza el contrato en favor del comprador, como lo disponían los canonistas por razón de equidad en base a las Decretales, que ordenaban que no se puede castigar por un hecho, sino que se precisaba purgar la mora («*delictum praesens cum contumacia coniunctum*»), y que los autores del «*droit coutumier*», formalizaran esta doctrina mediante la exigencia de la «*sommation*», o requerimiento de pago. Todo esto, tiene su encaje perfecto en la tradición de la «*lex commissoria*» romana, en que la resolución se derivaba en la venta del pacto expreso y como consecuencia de la mora del comprador.

Por ser un requerimiento de pago, para constituir en mora al comprador, el Juez no puede conceder nuevo plazo, por ser una contradicción que el vendedor exija el precio al comprador y que el juez le prorrogue el pago. Por no exigirse la constitución en mora dentro del

ámbito del art. 1124, éste ordena que el juez pueda conceder un nuevo plazo.

i. *Las formas del requerimiento*

De acuerdo con la doctrina general del requerimiento resolutorio que defiende la jurisprudencia anteriormente expuesta, las formas del requerimiento pueden ser:

— Por acto de conciliación. Esta es una forma de requerimiento, y la no asistencia del comprador al acto de conciliación puede entenderse como una manifestación mas de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento, negándose a dar por recibidas las citaciones. Así STS de 25 de septiembre de 1982.

— Por acta notarial, con diligencia personal del Notario, aunque entregue la cédula a parientes que habiten en el mismo inmueble que el comprador. Así la STS 25 de septiembre de 1985.

— Por acta notarial de requerimiento efectuado por carta remitida por correo. Así la STS de 27 de mayo de 1985, y de 21 de junio de 1991.

En la STS de 21 de junio de 1991, el recurrente comprador «niega que haya sido cumplido el requisito previsto en el art. 1504, ya que los requerimientos efectuados mediante carta certificada con acuse de recibo remitida por conducto notarial carecen de eficacia por las imprecisiones existentes en la recepción de las expresadas cartas, así como la falta total de identificación de las personas receptoras y por supuesto la no aparición y presencia en dichas actas del demandado y su esposa». La sentencia dice que «el espíritu y finalidad del art. 202 RN, es que «la noticia» o «la voluntad» ínsitas en el acta lleguen efectivamente al destinatario, y la modificación introducida por el RD de 8 de junio de 1984, supone un criterio dulcificador del rigor formal anterior, por lo que reconoce la corrección formal del requerimiento notarial previsto en el art. 1504 Cc cuando ha sido practicado por correo en la forma establecida por el art. 202 RN, requerimiento que tendrá plena eficacia, siempre que se acredite que el mismo llegó a su destinatario».

Pero como dice R. Adrados, el acta de envío de carta no es un requerimiento notarial, sino un acta de presencia de la constancia de un hecho, que es el envío de la carta, pero el destinatario no tiene derecho a contestar dentro de la misma acta, precisamente porque no ha sido notificado o requerido notarialmente, sino que ha recibido un envío postal remitido por conducto notarial («La reforma de 1984 y el instrumento público», prólogo a la edición de la Junta de Decanos de la legislación notarial. Madrid. 1985).

Por las características de éste acta, que es de presencia del hecho del envío de una carta, y no requerimiento notarial, puesto que priva al

requerido comprador del derecho que le asiste a oponerse a la constitución en mora, por no concurrir los presupuestos legales para que ésta tenga lugar, entendemos que no es apta para cumplir la finalidad que dispone el artículo 1504. Sin embargo, si que entendemos que será apta, el acta de requerimiento notarial, con la comparecencia del vendedor solicitando del Notario que requiera de pago, y éste no la diligencie personalmente al comprador, sino utilizando los servicios de correos.

En conclusión, y de acuerdo con nuestra posición sobre este tema, entendemos que la forma correcta del requerimiento de pago para la constitución en mora es el acta notarial o judicial que contenga la intimación al pago, y el ejercicio del poder resolutorio se debe formalizar mediante la correspondiente acta de notificación, de manera subsidiaria y como consecuencia de la mora del comprador.

j. *El requerimiento y la notificación a terceros*

En el caso de existir adquirentes posteriores de los bienes sujetos a pacto comisorio, o titulares de gravámenes constituidos sobre los mismos, debemos plantearnos la necesidad o conveniencia de notificar a estos terceros, el requerimiento que se realiza al propio comprador primitivo.

Los terceros pueden encontrarse en estas situaciones:

— Puede ocurrir que el subadquirente haya pactado con el comprador primitivo, la *asunción de la deuda* por razón del precio aplazado sujeto a la condición resolutoria, con el consentimiento del acreedor vendedor. El primitivo comprador quedará liberado de la deuda, que la asumirá el adquirente posterior. Es a éste posterior subadquirente-deudor a quien se le debe requerir de pago y notificarle la resolución de pleno derecho caso de impago, puesto que su posición jurídica es la misma que la del comprador primitivo-deudor.

— Cuando el adquirente posterior *haya retenido o descontado* del precio la parte de deuda del precio aplazado pendiente de pago. El comprador primitivo continuará siendo el deudor, y el adquirente posterior es el que asume su cumplimiento. El vendedor con poder resolutorio, debe requerir de pago al deudor, que es el primitivo comprador, y notificar, tanto al comprador-deudor, como al subadquirente que asumió el cumplimiento del pago del precio aplazado, que si no se pagan los plazos debidos, el vendedor ejercita el poder resolutorio con la consiguiente resolución de pleno derecho de la venta.

Cuando es el subadquirente que ha retenido o descontado la deuda pendiente de pago, el que atiende el requerimiento de pago, abona este importe retenido y descontado, y provoca la extinción del crédito del vendedor, la liberación de la deuda del comprador-deudor y la cancelación de la condición resolutoria.

Cuando es el primer comprador-deudor el que atiende el requerimiento de pago, provoca la extinción del crédito y de la condición resolutoria (103).

— Cuando el subadquirente, no haya asumido la deuda, ni haya retenido, ni descontado la parte de deuda sujeta a condición resolutoria, tendrá una posición similar a la del *tercer poseedor*. Lo mismo ocurrirá cuando el tercero sea titular de un derecho real constituido con posterioridad. En estos casos el vendedor debe dirigir al comprador primitivo, que continúa siendo el deudor, el requerimiento de pago y la notificación resolutoria. Respecto a los terceros (subadquirente o titular de un derecho real), es optativo del vendedor notificarles a éstos, que ha formalizado por acta el requerimiento y notificación al comprador-deudor primitivo y que si no se pagan los plazos debidos, ejercita el poder de resolver la venta.

Cuando es el subadquirente (tercero poseedor), el que atiende el requerimiento de pago, provoca la extinción del crédito a favor del vendedor-acreedor y del poder resolutorio que le es accesorio, pero continuará como deudor el primer comprador, por lo que en éste caso, el subadquirente pagador quedará subrogado en el crédito por la parte pagada frente al comprador-deudor (art. 1211 Cc.), pero no se aplicará por analogía la subsistencia de la condición resolutoria de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118.2 LH, y por tanto no se subrogará en el poder resolutorio, para perseguir la finca puesto que ésta ya se encuentra dentro de su patrimonio, y la condición resolutoria se extinguiría por confusión.

Cuando es el tercero titular de un derecho real, el que atiende el pago, continúa el primer comprador como deudor del crédito aplazado con condición resolutoria y como propietario de la finca gravada con ésta condición. En éste caso, el tercero que ha realizado el pago al acreedor-vendedor, ¿quedará subrogado en el crédito del precio aplazado y la condición resolutoria frente al deudor-comprador? ¿Es aplicable, por analogía, el art. 131.5. LH, (se notificará a éstos terceros, y cuando pagan quedarán subrogados en los derechos del actor)?

El tercero pagador, parece que se subroga en el derecho de crédito del precio aplazado que tenía el vendedor-acreedor, porque el tercero

(103) Se puede plantear el problema de si es aplicable el art. 118.2 LH, es decir, si el pagador queda subrogado en la parte de crédito retenido o descontado y en el poder resolutorio accesorio, hasta que el subadquirente no le reintegre el total importe retenido o descontado. La subrogación opera mediante el pago realizado por un tercero extraño al crédito, pero no cuando el que paga sea el mismo deudor, porque se producen los efectos extintivos de la confusión. (art. 1210 Cc.). Es difícil de mantener la subsistencia de la condición resolutoria, a pesar de extinguirse el crédito de la venta primitiva. El mismo comprador tiene derecho a exigir el pago del precio que estaba aplazado mediante la retención al subadquirente que retuvo («*actio venditio*»), pero no puede mantener la subsistencia de la condición resolutoria inscrita para garantizar otro crédito distinto que ha sido pagado. Es irregular que una hipoteca no se extinga al ser satisfecho el crédito garantizado, sino que subsista para asegurar otro crédito distinto. Su admisión en la hipoteca se basa en el art. 118.2 LH.; pero en la condición resolutoria no existe norma legal al respecto.

es un acreedor que paga a otro acreedor preferente, y se presume la subrogación por el art. 1210 Cc. Esta subrogación en el crédito comprenderá también la condición resolutoria, por aplicación del art. 1212 Cc («la subrogación transmite al subrogado el crédito con los derechos a él anexos...»). Pero esta subrogación goza de una protección superior a la subrogación que se deriva de la cesión de créditos, y no asume ninguna garantía frente al subrogado. No responde ni de la «veritas nómínis» (de la legitimidad del crédito), ni de la «bonitas nómínis» (de la solvencia del deudor) (104).

k. *La oposición al requerimiento*

La jurisprudencia registral ha declarado que cuando el comprador se oponga al requerimiento resolutorio, no puede inscribirse la resolución de la venta.

La Resolución DGRN de 29 de diciembre de 1982, así lo mantiene en base a unos razonamientos que vamos a examinar a continuación:

«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».

El primer fundamento, es la doctrina de STS, de 16 de noviembre de 1979. Pero esta sentencia, no se refiere al requerimiento del pacto de la «lex commissoria», porque en el caso objeto de la sentencia no hay pacto resolutorio de ninguna clase.

(104) Dice DÍEZ PICAZO, ¿cuál es la diferencia que separa a la subrogación en el crédito frente a la cesión de créditos? La diferencia es seguramente una diferencia de trato y de régimen jurídico, que, a su vez, obedece a una diferencia en orden a la función económica y al interés protegido. Como ha puesto de relieve BETTI, la cesión es un cauce institucional para realizar el interés de la circulación del crédito; en ésta se parte de la consideración del crédito como un bien patrimonial objeto de tráfico jurídico con el que puede comerciarse; por esta causa es siempre negocial, pero entre cedente y cesionario cumple una función de comercialización del crédito. La subrogación, en cambio, realiza en favor del subrogado en el crédito un interés de recuperación o de realización en vía de regreso de un desembolso patrimonial que le ha sido efectuado al acreedor satisfecho; no es una simple acción de reembolso, que significaría un crédito nuevo, nacido en éste instante, sino una vía de regreso para dar satisfacción a quien ha llevado a cabo en favor del acreedor una atribución patrimonial que ha resultado útil. El caso normal de subrogación es el pago de un crédito por persona distinta del deudor. El que paga o libera al deudor puede ejercitar contra éste su derecho de regreso y con éste fin se subroga en el crédito adquiriéndolo. La subrogación es una medida de protección del subrogado, superior en efecto a la concesión de una pura acción de reembolso. El subrogado ejercita el crédito inicial que adquiere y lo ejercita por tanto con su originaria integridad y con todas las facultades a él anexas, como privilegios, garantías... etc. (cfr. art. 1212 Cc.) (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*. I. 1970, p. 801).

La alusión que hace a la «resolución contractual», en la sentencia aludida, no es la que se deriva de un pacto expreso resolutorio, porque no lo hay en el caso de la sentencia, sino que se refiere a la resolución del contrato extrajudicialmente, fuera de la vía judicial, mientras no haya oposición del comprador. Tanto esta sentencia, como todas las sentencias a que alude, se refieren a la posibilidad, cuando no hay pacto expreso resolutorio, de ejercitar la acción resolutoria del art. 1124, pero fuera de la vía judicial cuando no se oponga el comprador. La sentencia dice, que cuando el comprador acepta el requerimiento, se excluye la intervención judicial; pero cuando se opone, se suspende la resolución hasta que se declara por los tribunales (105).

Pero en el caso de pacto comisorio expreso pasa a primer término la voluntad manifestada por las partes en el contrato de que la resolución discurra por la vía extrajudicial cuando el comprador no pague el precio aplazado en el término pactado. El comprador no puede oponerse a la resolución de la venta porque éste derecho lo ha otorgado al vendedor en la cláusula resolutoria expresa, y esta oposición supondría la reserva de una facultad revocatoria, y esto iría en contra del art. 1256 Cc. que establece que la validez y eficacia de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

El otro argumento, es que el requerimiento se dirige a que se allane el requerido, a que no se oponga, a que preste su conformidad a la resolución.

Por la imposición de ésta exigencia, se ha llegado a decir que el art. 59 RH, «es inconstitucional, por implicar la indefensión para el comprador y privación de sus derechos, extrajudicial sin consentimiento del comprador, luego el vendedor al día siguiente pueda transmitir la finca a un tercero del art 34 LH, ... y sería imposible la recuperación de la finca» (106).

Esta doctrina la consideramos inadmisibile.

El requerimiento del art. 1504 Cc es un requerimiento de pago, dirigido al comprador, para constituirlo en mora, y poner fin a la purga de demora que le permitían los canonistas y el «droit coutumier». La resolución opera de pleno derecho, como consecuencia de la mora del

(105) La STS 16-noviembre- 1979, dice que «al hacerse tal requerimiento y no allanarse el requerido 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».

(106) Este párrafo de la inconstitucionalidad es de J.M. GARCÍA GARCÍA, en su informe al recurso de las Resoluciones citadas de 1990 y 1991. En el mismo sentido cita a MEZQUITA DEL CACHO «Seguridad jurídica y sistema cautelar», II, p. 203. Como da por sentado la inconstitucionalidad del art. 59 RH el Registrador debe tener en cuenta la Constitución al calificar las escrituras, y que en la redacción de las escrituras con pacto comisorio, se debe decir que la resolución de la venta se produce por la notificación si consiente o se allana el comprador y en otro caso, la vía judicial.

comprador y la decisión del vendedor de ejercitar el poder resolutorio pactado. La resolución de la venta no puede ser paralizada por el comprador, porque iría contra sus propios actos, puesto que reconoció «in continenti», que el vendedor pudiera resolver la venta, y no puede «ex intervalo» oponerse a lo que se obligó. Por esto, el comprador no tiene que consentir nuevamente la resolución, puesto que ya consintió en ella cuando se celebró el contrato. Este nuevo consentimiento entre vendedor y comprador «ex intervalo» desfigura los perfiles del pacto de la «lex commissoria», y se transforma en un nuevo contrato de compraventa con desplazamiento de la cosa en sentido contrario desde el comprador al vendedor.

Vuelvo a recordar los antecedentes del art. 1504, con las palabras del Tribuno GRENIER en su discurso al «Corp Legislatif: Si l'acquéreur ne répond pas a la sommation par le paiement, le juge ne peut accorder aucun délai, et la resolution de la vente est opérée par la seule force de la convention».

Es cierto, que el comprador no puede quedar en una situación de indefensión frente al requerimiento del vendedor. El comprador puede oponerse al requerimiento de pago para evitar la situación de «mora debitoris», negando alguno de los presupuestos legales, no sólo su propio incumplimiento, sino también negando el cumplimiento íntegro del vendedor (art. 1.100, parafo ult.^o). El camino es acudir a los Tribunales de Justicia, para que éstos controlen la legalidad de los presupuestos de la resolución, que son los de la constitución en mora del comprador (107).

El comprador no queda indefenso y puede oponerse al requerimiento de pago, pero no basta la simple oposición verbal en la contestación del acta de requerimiento, sino que se precisa la prueba fehaciente de haber realizado su pago; o que el vendedor no ha cumplido íntegramente su obligación por lo que el comprador puede pedir al juez un pronunciamiento sobre la legalidad de los presupuestos de la resolución. El Registrador podrá suspender la resolución de la venta, hasta que el juez se pronuncie.

En conclusión. El comprador no puede oponerse a la misma resolución de la venta, porque iría contra el propio pacto resolutorio que atribuye al vendedor la facultad de resolver, y supondría, por el contrario, atribuir al comprador una facultad revocatoria no pactada. Y en

(107) Así lo entiende BORRICARD, cuando dice: «Si le juge peut être amené a intervenir, ce n'est pas pour prononcer la resolution, puisque la clause lui retire le droit d'apprécier l'opportunité de la resolución. Son rôle se réduit a constater une resolución qui s'est effectué en dehors de lui». Distigue este autor entre la sentencia declarativa y la constitutiva de derechos. La sentencia es declarativa porque constata la resolución que se produce por el juego de una cláusula resolutoria, pero cuando la sentencia declara la resolución es constitutiva de derechos. Por tanto la sentencia en este caso no es constitutiva de derechos, porque no declara la resolución misma. «La clause resolutoire expresse dans les contracts». *Revue. Droit. Civ.* LV, pp. 451 y 542.

consecuencia, el comprador tampoco podrá oponerse a la reinscripción a favor del vendedor.

Pero el comprador sí puede oponerse en el momento del requerimiento de pago y constitución en mora, alegando que no se cumplen sus presupuestos, como el incumplimiento del vendedor, o el cumplimiento del comprador. Y en consecuencia si que por éste camino el comprador puede solicitar al Registrador de la Propiedad que proceda a suspender la reinscripción a favor del vendedor (108).

1. *Efectos de la constitución en mora*

El comprador que no ha atendido al requerimiento de pago formulado por el vendedor, incurre en una situación de morosidad que comporta para el comprador deudor una especial responsabilidad: que se produce en dos terrenos: por los daños y perjuicios que el retraso en el cumplimiento le ocasione al vendedor-acreedor, y por la pérdida o destrucción fortuita de las cosas debidas.

1.— El comprador deudor debe indemnizar al vendedor acreedor de los daños y perjuicios que le ocasione el retraso en el pago del precio de conformidad con el art. 1101 Cc. La indemnización comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante según el art. 1106 Cc.

Al ser el pago del precio de la venta una obligación dineraria, el daño sufrido por el vendedor será el no haber dispuesto del capital y no haberse, por consiguiente, beneficiado con sus frutos, concretados en el interés devengado por dicho capital. Así lo establece el art. 1108 Cc, al decir que la indemnización por la mora, «no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

De manera que el requerimiento de pago no atendido produce que el comprador deba aquello que expresamente haya sido pactado para el caso de mora, y y si no hay pacto especial, deberá los intereses moratorios. El art. 1501 Cc, dispone que «El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio.... Si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1.100».

(108) MARTÍNEZ SANCHIZ propone que en caso de oposición del comprador a la propia resolución de la venta, se lleve 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 por eventiva de demanda solicitada por el comprador. Sería una modalización contractual de los efectos resolutorios. El plazo de caducidad sería, por imitación del art. 45.2 LH, el de 180 días. («El deterioro del pacto resolutorio en la JH». ADC. p. 43).

El comprador moroso será responsable de los riesgos por la pérdida o destrucción fortuita de la cosa comprada hasta que se realice la entrega.

La mora del deudor producía en el derecho romano la «perpetuatio obligationis» que era una agravación de la responsabilidad. El deudor moroso no puede exonerarse por la pérdida fortuita de la cosa debida. No obstante la jurisprudencia imperial y el derecho justiniano, admitieron que el deudor se liberara demostrando que el acreedor hubiera perdido igual la cosa si ésta le hubiera sido puntualmente entregada.

En nuestro derecho, según Díez Picazo, parece subsistir esta «perpetuatio obligationis» en los arts. 1096.3 Cc (serán de cuenta del deudor moroso, los casos fortuitos hasta que se realice la entrega), y el art. 1182 (la obligación de entregar la cosa se extingue cuando la cosa se pierde o destruye «sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora»). No obstante, estos preceptos parecen un residuo de la originaria responsabilidad objetiva del deudor poco coherente con la valoración espiritual de la conducta del Derecho Moderno. (*Fundamentos...* I, p. 676.) Albaladejo, entiende que no debe responder el deudor por caso fortuito cuando éste hubiera podido afectar a las cosas, aunque se hubieran encontrado en poder del acreedor.

Estas reglas deben ser matizadas en la compraventa, por la «compensatio morae» del art. 1100.3, «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». Lo que significa que el vendedor debe tener cumplidas sus obligaciones íntegramente, para que el efecto de la mora se produzca.

C. LA CONSIGNACIÓN DEL PRECIO RECIBIDO Y LA CLÁUSULA PENAL

a. *La consignación del art. 175,6 RH: génesis y evolución*

El art. 175.6 RH, actual se refiere a varios supuestos de cancelación, *sin* el consentimiento del titular registral, que operan automáticamente, por estar el derecho extinguido.

La Dirección General en varias Resoluciones, y un sector de la doctrina, estima que la consignación del precio por parte del vendedor es un requisito previo para la inscripción de la resolución de la venta (reinscripción a favor del vendedor). Veamos lo cierto de ésta tesis, en los antecedentes del art. 175.6 RH. siguiendo a Roca Sastre (*Instituciones..edic. 1941, pp. 477 y ss.*).

La LH de 1861 y su Reglamento silenciaron este tipo de cancelación automática, porque solo previeron la cancelación *con* consentimiento del titular registral en sus art. 82 y 83 LH.

Pero el principio de la cancelación *sin* el consentimiento del titular ya se manifestó en el RH de 1870, en su art. 72, que admitió la cancelación, en ciertos casos, sin necesidad de consultar al titular inscrito.

Pero los Registradores fervorosos seguidores de la LH de 1861, y la propia Dirección General, prescindieron del art. 72 RH, aplicando estrictamente el art. 82 LH. La Resolución de 19 de enero de 1.877, llegó a declarar que lo dispuesto en el art. 72 RH no podía derogar total o parcialmente el precepto claro y terminante del art. 82 LH.

Sin embargo, fuera del ámbito registral, la tendencia era favorable a la cancelación automática. La Real Orden de 27 de septiembre de 1867 (recogida en el actual art. 177 RH) admite la cancelación automática del derecho de retracto convencional. La sentencia 6 de diciembre de 1876, declaraba que la venta de una finca hipotecada hecha judicialmente para pagar el crédito a que estaba afecta anulaba de derecho las demás inscripciones posteriores, pasando al comprador dicha finca libre de los referidos gravámenes.

Para poner fin a esta situación, en que la Dirección General y los Registradores hacían caso omiso del RH, vino el Real Decreto de 20 de mayo de 1880, que admitía supuestos de cancelación *sin* consentimiento del titular registral, y establecía que «para cancelar las inscripciones de constitución de derechos reales impuestos sobre bienes vendidos sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias, exige, además del documento que acredite haberse anulado o rescindido la venta, otro en que conste que se ha consignado en la Caja de Depósitos, el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto» (109).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, desarrolló el RD de 1880, en sus arts. 1518 y 1519, aplicándolo a la cancelación de las hipotecas posteriores a la de la hipoteca que se ejecuta. La Real Orden de 10 de diciembre de 1883, extendió esta doctrina a los gravámenes y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta.

La LH de 1909, a pesar de la amplia autorización para armonizar las disposiciones dictadas en ésta materia, tampoco recogió los preceptos del RD de 1880, relativos a la cancelación sin consentimiento del titular, lo que constituyó un punto criticable.

Pero fue el RH de 1915, el que incluyó las disposiciones del RD de 1880, y RO de 1883 en sus arts. 150 y 151.

(109) Como dicen GALINDO y ESCOSURA, este Real Decreto provocó una amplia discusión en todos los medios, en las Cortes, en la prensa política, en la profesional y hasta en particulares conversaciones. Algunos quedaron alarmados por su publicación presagiando perjuicios y perturbaciones. Para BIENVENIDO OLIVER, dicha disposición había derogado un principio fundamental del sistema germánico. Pero como dice ROCA SASTRE, este RD no introducía cambio alguno, pues no hacía mas que recordar un principio que en el RH ya existía y adaptarlo a los casos de los arts. 107 y 109 LH.

El art. 150 impone la cancelación automática, sin consentimiento de sus titulares cuando quede extinguido el derecho inscrito (110).

El art. 151 dispone la cancelación de las inscripciones cuya existencia no depende de la voluntad de los interesados (111).

Este precepto y sus antecedentes se refieren claramente a la cancelación automática de los derechos constituidos posteriormente sobre bienes que ya están sujetos a condición resolutoria, (es decir, cuando haya terceros), para lo cual, se precisaba poner a disposición de estos titulares el valor o precio que haya de ser devuelto en su caso.

El RH actual ha reproducido en los arts. 175 y siguientes el contenido de los arts. 150 y 151 del RH de 1915, con algunas variaciones. El art. 175.6 RH recoge en su párrafo 2.º, el contenido del RO de 1880 y RH de 1915, que se refieren a la cancelación de los derechos reales constituidos posteriormente sobre bienes ya sujetos a condición resolutoria.. Pero introduce un nuevo párrafo 1.º para las ventas de bienes sujetos a condiciones resolutorias. Como advierte LA RICA, el art. 175.6 distingue entre la cancelación de las ventas a favor de subadquirientes en el párrafo 1.º y la de los derechos reales posteriores, en el párrafo 2.º (Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario. Madrid. 1948. En conclusión:

Los presupuestos legales del art. 175.6 RH:

En el ámbito subjetivo, sólo se refiere a los terceros.

En el ámbito objetivo, la consignación sólo comprende el importe de los plazos que con las deducciones, que en su caso procedan, y haya de ser devuelto.

En el ámbito registral, solo se refiere a la cancelación de los asientos a favor de terceros, y sin consentimiento de éstos.

Así se desprende de la evolución histórica expuesta, y además de una Resolución DGRN, 3 de junio de 1961, que, limita la exigencia de la consignación, para poder cancelar las cargas o gravámenes constituidas por el comprador de los bienes sujetos a condición resolutoria, siempre que no se haya estipulado expresamente como cláusula penal un derecho del vendedor a retener en todo o en parte el precio recibido.

(110) «Las inscripciones verificadas en virtud de escritura pública podrán cancelarse, sin que preste su consentimiento la persona a cuyo favor se hayan hecho, o sus causahabientes o representantes legítimos, y sin necesidad de que recaiga la providencia ejecutiva., cuando quede extinguido el derecho inscrito por declaración de la ley resulta así de la misma escritura inscrita» art. 150 RH de 1915.

(111) «6. Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias, y las de constitución de derechos reales impuestos sobre los mismos, podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta o constitución, y que se ha consignado en la Caja de Depósitos el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto».

b. *La jurisprudencia registral*

La Resolución DGRN de 17 de noviembre de 1978, se separa de anterior orientación, y exige la necesidad de la consignación, en el ámbito subjetivo, haya o no terceros, pero dejando a salvo las deducciones procedentes. Veamos como lo dice: «Los mencionados preceptos (arts. 1504 Cc y 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 el 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 apropiarse 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 art. 175.6 RH. solo 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».

La Resolución de 29 de diciembre de 1982, exige la consignación total sin deducciones para que tenga lugar la reinscripción a favor del vendedor. Así declara, que además de los requisitos del art. 59 RH es preciso, que «se haya realizado por el vendedor aquellas obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación, de acuerdo con el art. 175.6 RH del valor del bien vendido o del importe de los plazos, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el art. 1154 Cc.».

Las Resoluciones de 16 y 17 de septiembre de 1987, reproducen este considerando, solo que suprimen el párrafo final, «cuando pueda tener aplicación la corrección judicial».

La Resolución de 4 de febrero de 1988, dice que el art 175.6 RH, no precisa a favor de quien deba verificarse la consignación, pero que por similitud con las hipótesis de los arts 107.7 RH. (bienes vendidos a carta de gracia que se hipotecan), art. 131.2.17 LH (consignación a favor de hipotecas posteriores), art. 175.2 RH (consignación a favor de créditos posteriores) y 4 RH (consignación de la cantidad subhipotecada a favor del hipotecante), establece que la consignación debe hacerse, por subrogación real, tanto en favor del comprador, como en favor de los titulares de gravámenes posteriores, aunque estos podrían unilateralmente eximir al vendedor, por su parte, de la obligación de consignar.

Las Resoluciones de 5, 6, y 7, de febrero de 1990, sigue la misma amplitud subjetiva que la anterior Resolución, y dispone que la consignación se impone, tanto en favor del comprador primitivo, como de los

terceros, pero respecto de la amplitud objetiva, exige la consignación global de todas las cantidades que el vendedor hubiera recibido del comprador, como presupuesto de la operatividad registral de la resolución; el efecto subrogatorio se opera respecto de una parte, después de hechas las detracciones que procedan según el contrato.

Las Resoluciones 8, 9, 10, 11, 14 de octubre de 1991 declaran que «es indudable la necesaria consignación, en caso de resolución, tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues unos y otros integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida, sin que sea suficiente establecer que el vendedor consignará el precio pagado en el momento de ejecutar la resolución».

En conclusión, según esta jurisprudencia registral, el art. 175.6 RH, tiene:

En el ámbito subjetivo una mayor extensión, y se refiere tanto al comprador-deudor, como a los terceros.

En el ámbito objetivo, comprende todo lo recibido por el vendedor, precio e intereses, «que con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto».

En el ámbito registral, es requisito para la reinscripción de la finca a favor del vendedor, y la cancelación de los asientos a favor de terceros.

En el ámbito extrarregistral, el vendedor, si que debe hacer las detracciones pactadas, y el resto, quedará afecto al pago de las cargas, y la distribución serán debidamente actuadas judicialmente.

Por nuestra parte, vamos a intentar replantear nuevamente el sentido que tiene la consignación, para desenredar la madeja de la jurisprudencia registral, aunque soy consciente de la dificultad de ésta empresa. Por esto, voy a analizar a continuación, la consignación en el plano subjetivo y en el objetivo o cuantitativo, y en el plano registral.

c. *La consignación y los terceros*

Entendemos que la consignación se exige sólo en el caso de existir terceros, sean estos subadquirentes de la cosa, o sean titulares de derechos reales o cargas posteriores a la venta con pacto comisorio expreso, y la consignación tiene por finalidad la cancelación de los asientos practicados a favor de los terceros, como se deduce de los antecedentes históricos expuestos y de la Res. DGRN de 3 de junio de 1961.

El art. 175.6 RH en el segundo párrafo, se refiere a la cancelación de los derechos reales posteriores (es decir, se refiere a los terceros titulares de derechos reales); y en el primer párrafo, se refiere a las ventas posteriores de bienes *ya sujetos* a condiciones resolutorias (es decir, se refiere a los subadquirentes de bienes gravados con condición reso-

lutoria). En ambos casos la cancelación se opera automáticamente y sin intervenir en absoluto los terceros.

El supuesto del art. 59 RH, tiene un ámbito subjetivo limitado al vendedor y comprador (no a los terceros), y el registral (reinscripción a favor del vendedor), pero silencia en absoluto la necesidad de consignar el precio recibido por el vendedor.

Lo que entendemos que no es admisible, es hacer una aplicación conjunta de ambos artículos reglamentarios.

La aplicación del art. 175.6 RH, (que es un caso de cancelación de una carga a favor de un tercero), al art. 59 RH, (que es un caso de reinscripción a favor del vendedor), daría lugar al absurdo de que una misma situación jurídica, la resolución de la venta con pacto comisorio, tendría un tratamiento registral diferente: en el art. 59, sería una reinscripción a favor del vendedor, con intervención y consentimiento del propio titular registral del poder resolutorio; sin embargo, en el art. 175.6, RH, sería un asiento de cancelación automática, sin intervención del titular registral; en este caso, los únicos que no intervienen son los terceros adquirentes o titulares de derechos reales posteriores.

La consignación del art. 175.6 RH, es un presupuesto para cancelar los asientos a favor de terceros, sin el consentimiento de éstos; no es un requisito previo para que opere la resolución de la venta. Este precepto antepone la resolución de la venta y la consignación, a la cancelación de los asientos a favor de los terceros, al decir que se practicará «presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario... el importe de los plazos...». Este precepto no se refiere a inscripción de la resolución de la venta (que está regulado en el art. 59 R.H.), y menos aún, que la consignación sea presupuesto de ésta.

La doctrina española, también limita el ámbito de la consignación a la existencia de terceros adquirentes o titulares de cargas posteriores. Así, Roca Sastre (D. Hipotecario. p. 275. III), Rodríguez Adrados (*ob.cit.* p. 92). Para Molina García en el caso de estipularse en la cláusula la exigencia de la consignación del precio, prima la autonomía de la voluntad y la consignación se basaría en la propia estipulación (Molina García, La resolución de la compraventa de inmuebles. Madrid, 1981).

Martínez Sanchiz, entiende que la consignación solo es necesaria cuando existan terceros, por existir una concurrencia de varios acreedores sobre un mismo crédito en base al art. 1176 Cc. (El deterioro... p. 1199).

d. *La consignación y su ámbito cuantitativo*

La extensión cuantitativa de lo que tiene que restituir el vendedor se refiere al precio percibido, a la devolución de los intereses, y a la amplitud de las detracciones pactadas por la cláusula penal.

Estas restituciones como reconoce la jurisprudencia registral citada, se desenvuelven en dos vertientes o planos distintos, a saber:

Uno se refiere al plano meramente registral, es decir, el «quantum» que debe restituirse para conseguir la cancelación de los asientos a favor de terceros, y no como erróneamente dispone la jurisprudencia, para conseguir la reinscripción a favor del vendedor que resuelve. El otro se refiere al plano material o extrarregistral, es decir, como debe distribuirse el precio que se devuelve; una parte para atender al interés del vendedor en el precio, y la otra, para atender al interés de los terceros posteriores (112).

Pues bien, en estos dos planos, registral y extrarregistral, vamos a analizar la cuantía de la restitución.

1.— Restitución de los intereses.

& En el plano extrarregistral.

Ya vimos con anterioridad, que es válido el pacto por el que se extiende la cobertura de la condición resolutoria expresa a la obligación del pago de los intereses, según reiterada jurisprudencia registral (Resoluciones de febrero de 1990 y de octubre de 1991).

Los intereses no son accesorios del precio aplazado, sino que están en correspondencia con el uso y disfrute de la cosa, como antes se ha visto. Así el art. 1501 Cc., dispone que el comprador pagará intereses si la cosa vendida y entregada produce frutos o renta.

Los intereses *pactados* no deben restituirse porque son la compensación al vendedor por el uso y disfrute del inmueble por parte del comprador.

Pero el comprador que no ha atendido el pago y constituido en mora, deberá abonar, además, los intereses legales *moratorios*, desde que se constituyó en mora, por aplicación del art. 1501.3 Cc.

& En el plano registral, la jurisprudencia citada, exige para la reinscripción de la finca al vendedor, la consignación del precio y los intereses satisfechos, «pues unos y otros integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida, sin que sea suficiente establecer que el vendedor consignará el precio pagado

(112) La Resolución de 6 de febrero de 1990, se hace eco de estas diferencias y declara: que a efectos registrales es suficiente, para que el vendedor consiga la reinscripción a su favor, con la consignación global de las cantidades que el vendedor haya recibido del comprador, pero que no implica que pertenezcan al comprador y de modo definitivo. Por esto, en el aspecto material, se deben tener en cuenta los intereses de los que participan en la titularidad del bien: por una parte el interés del vendedor en el precio que éste devuelve y hechas las deducciones que procedan según el contrato; por otra parte, se debe de tener en cuenta el interés de los titulares de las cargas o gravámenes recayentes sobre el bien rescatado que deban extinguirse al operarse la resolución, por lo que otra parte de lo consignado quedará afectada al pago de estas cargas; y otra parte de lo consignado se integrará indiferenciadamente en el patrimonio del comprador para servir de garantía a sus acreedores; y todo esta distribución debe ser consecuencia de las previsiones contractuales estipuladas, debidamente actuadas judicialmente.

en el momento de ejecutar la resolución». (Res. DGRN 8, 9, 10, 11, 14 octubre 1991).

A esta doctrina se debe añadir y aclarar que el precio e intereses son la contraprestación del comprador, pero el precio es el que equilibra la transmisión dominical y los intereses el uso de la cosa. Los intereses son la remuneración del tiempo que el comprador ha usado la cosa, y si se devuelven, tendrá el comprador un enriquecimiento sin causa.

2.— Restitución del precio percibido

El problema es el de si debe restituirse todo el precio, o solo la parte que resta despues de realizadas las deducciones que en su caso procedan.

& En el plano extraregstral.

Se puede pactar la detracción de una parte del precio, para retenerlo el vendedor, a título de arras, o al de cláusula penal.

3.— La restitución del precio: las arras y cláusula penal

Para abordar este tema, es preciso recordar los distintos tipos de arras y la función que tuvieron en nuestro derecho patrio.

Las arras romano-clásicas tenían una función confirmatoria, o de prueba de la celebración del contrato de venta. «Argumentum est emptionis et venditionis contracta» Inst. de Gaio, III, 139.

Las arras justinianas, introducidas por los compiladores bizantinos, de su pérdida por el comprador o la devolución del duplo por el vendedor, caso de arrepentimiento, tenían una función penal (no penitencial que se confundía con el arrepentimiento, según D'Ors.). Las arras intervenían tanto en los contratos imperfectos, como en los contratos perfectos, y en ambos, tienen la función de penar el desistimiento del contrato.

Pero el texto del Digesto (18, 3, 6,), aplica las arras a la venta con «lex commissoria», con otro efecto, que es la de retener el vendedor lo que se dió por razón de las arras. Las discusiones de los romanistas sobre el tema se expuso con anterioridad. La opinión de Wieacker, es que el texto del Digesto se refiere a una venta, no clásica productora de obligaciones, sino a una venta griega, similar a la posclásica, productora de efectos reales, con arra penal, cuya función es la de proteger el vendedor del impago del precio. Esta opinión es la mas coherente con la ley y las costumbres del derecho patrio.

En el derecho visigótico, la reglamentación de las arras, se contiene en el Liber y Fuero Juzgo (ley 5, 4, 4,), que pasaron al Fuero Real en la ley 3, 10, 2, cuando dice que si el vendedor tomare señal, y el comprador no pagare el precio, pierda la señal, e non vala la vendida.

Las Partidas, reglamentan las arras justinianas del arrepentimiento con la pérdida o la devolución doblada en la Partida V, V, VII.

Pero el Rey Sabio, no se limitó a transcribir el derecho romano justiniano, sino que, como dice Otero, también recogió el derecho de nuestros Fueros medievales y del Fuero Real. Así ocurre en la Partida,

V, V, XXXVIII, que regula la venta con «lex commissoria», mediando arra, y dice «que si el comprador no paga aquel día», «gana por ende el vendedor la señal, o la parte de precio que le fue dada».

Dice Benito Gutiérrez, que si el optase por rescindir el contrato podría retener la señal o parte del precio que se le hubiere entregado, y el comprador no deberá restituir los frutos que hubiese sacado de la cosa, sino los que excedan del precio que entregó. Mas si el comprador renunciase a la señal y parte del precio recibido, el comprador deberá devolver todos los frutos recibidos (113).

De acuerdo con esta tradición se puede pactar la retención que puede hacer el vendedor configurándola con arras penales, y no como cláusula penal. Pero mientras la cláusula penal, no implica entrega actual antes del incumplimiento por parte del deudor, sino solo una obligación accesoria para el caso de que la obligación principal se incumpla. En cambio, en las arras si hay entrega por el deudor, antes de su incumplimiento, precisamente por la doble función que desempeñan las arras: si no hay incumplimiento, las arras entregadas por el deudor se consideran como cumplimiento, como pago parcial del precio. Si hay incumplimiento funciona como medida fijada anticipadamente de la indemnización que corresponda. Pero tiene una particularidad, y es que la entrega no se produce en un único acto, sino que puede producirse sucesivamente en varios, tantos como pagos parciales haya.

Pero el pacto por el cual, el vendedor podrá retener a título de indemnización de daños y perjuicios la totalidad o una parte de las cantidades satisfechas a cuenta del precio, tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen que éstas cláusulas tienen naturaleza de cláusula penal. Estas están sujetas al control judicial con la posibilidad de ser moderadas (reducida) por los Tribunales, por el art. 1154 Cc cuando el importe indemnizatorio que resulte de su aplicación sea desproporcionado, excesivo o abusivo (114).

Tanto, si se configuran como arras penales, como si se configuran como cláusula penal, siempre están sometidas a la moderación judicial del art. 1154 Cc y por consiguiente a la posibilidades de reducción del importe indemnizatorio que resulte de la aplicación de éstas cláusulas. (Albaladejo, Díez Picazo...).

4.— La moderación judicial.

Los principios que rigen la moderación judicial del art. 1154 Cc. siguiendo a Jordano Fraga, son los siguientes:

a'.— La moderación judicial del art. 1154 Cc tiene carácter imperativo, y no puede ser excluido por voluntad de las partes. De manera que se considerará como no puesto, el pacto entre el vendedor y

(113) B. GUTIÉRREZ, *Tratado de las obligaciones*. Madrid, 1877, IV, p. 348.

(114) ALBALADEJO, *D.º civil*, I, 1, p. 269. GARCÍA CANTERO, *ob. c.* p. 434. RZ. ADRADOS, *ob. c.* p. 89. STS 3 de marzo de 1967, y STS 7 de diciembre de 1990.

comprador de excluir la aplicación del art. 1154 Cc, así como la renuncia del comprador que tenga tal contenido (115).

b'.— El control judicial se aplica «ex officio» por los órganos jurisdiccionales a los que la ley ordena su realización, y sin necesidad de una petición de parte del comprador incumplidor (116).

c'.— La moderación judicial del art. 1154, se aplica a los casos de incumplimiento del deudor, no solo parcial como literalmente dice éste art., sino también el total, pues la finalidad del 1154 es corregir todas las cláusulas penales que sean abusivas o desproporcionadas para el deudor incumplidor (117).

La cláusula por la que el vendedor retiene la totalidad de las cantidades satisfechas por el comprador presenta dos riesgos de signo contrario, según Jordano Fraga:

— Si el nivel de cumplimiento del comprador ha sido elevado, la cláusula deberá reducirse ex art. 1154. Por esto, las partes en previsión de éste riesgo, suelen establecer un tope máximo a la indemnización

(115) Admite la renuncia a la moderación del 1154, M. SANCHIZ, pues si la facultad moderadora de los Tribunales sólo existe respecto del incumplimiento parcial (no en caso de incumplimiento total (art. 1154 Cc) puede preverse convencionalmente para lo menos —incumplimiento parcial— lo que la ley prevé para lo más. (*El deterioro... ob. cit.*).

(116) Existen dos sentencias (STS de 20 noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981) que sostienen la necesidad de la petición por parte interesada a efectos de proceder a la moderación moderación judicial: su doctrina es ésta:

«Al expresar el legislador que el juez modificará equitativamente la pena, cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, no está imponiendo un deber de imperativa observancia, con independencia de las alegaciones de los litigantes, ya que afirmar, que la modificación se hará de manera equitativa implica algo consustancial con la valoración y apreciación discrecionales, que es ajeno a la idea de un mandato imperativo, e implica la necesidad de que sea solicitado por aquel a quien interese. Critica JORDANO FRAGA estas sentencias. La verdadera «ratio», de la STS de 1981, no fue la falta de petición de la moderación judicial por el sujeto interesado, sino que el Tribunal no Supremo, no apreció en la cláusula penal de autos desproporción o abuso. En la de 1970, la «ratio» del rechazo de la moderación judicial fue que la infracción del art. 1154 se planteó, a efectos de casación, como una cuestión nueva. Añade este autor, que no es necesaria la petición del interesado, porque ésta no figura en el supuesto de hecho del art. 1154, como un requisito de su aplicación, sino que la simple presencia de la desproporción o el abuso es la hipótesis fáctica ante la que se ordena reaccionar a la autoridad judicial, sin necesidad de petición de parte (*ob. cit.* pp. 195 a 197).

(117) La gran mayoría de la doctrina limita el ámbito del art. 1154, sólo a los casos de incumplimiento parcial. Así ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 1, p. 266-267. LA-CRUZ-SANCHO, *Elementos...* II, 1, p. 382). Pero arguye JORDANO FRAGA: «Esta doctrina no repara en el dato, de que la penalización de que se habla prevé, por hipótesis, la existencia de un incumplimiento parcial (y no total) y que, en su propia previsión, ajusta gradualmente el importe de la penalización/indemnización a los distintos grados posibles de cumplimiento parcial por el comprador: para cada grado parcial una indemnización (una cantidad de dinero retenida) distinta. Una tal cláusula, con arreglo a los planteamientos de la doctrina mayoritaria, nunca podría judicialmente reducirse, al existir una perfecta adecuación, en cada caso, entre la pena convencional que se aplica y la medida de pago parcial a que se corresponde. Y en cambio, si que lo es para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria. (JORDANO FRAGA, *ob. c.* p. 202).

por resolución, fijado en un porcentaje del precio total convenido (un 25% se ponía en la Res DGRN de 2 de febrero de 1988), o un tope máximo, por cada año transcurrido desde la celebración del contrato del 20% del precio total.

— Si el nivel de cumplimiento del comprador es nulo o mínimo, se deberá pactar un tope mínimo de indemnización a satisfacer por el comprador, que será la diferencia entre el mínimo pactado y las sumas inferiores efectivamente pagadas al vendedor a cuenta del precio (118).

5.— Inscripción de la cláusula penal.

Un sector de la doctrina, consideran que la cláusula penal tiene un alcance obligacional, y que no debe inscribirse en el Registro, porque sólo tienen acceso registral, los derechos con transcendencia real (art. 2 LH).

La jurisprudencia, admite su inscripción, en la Res. de 6 de febrero de 1990, y en el bloque de 1991 y 1992.

— Declara inscribible la cláusula penal prevista para caso de resolución frente al criterio del Registrador que la negaba por tratarse de estipulaciones personales carentes de transcendencia real. Transcribo el considerando: «Dada la unidad negocial configurada en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real al simultáneo cumplimiento de cierto contenido obligacional, así como la posible actuación extrajudicial del supuesto y la hipotética aparición de terceros interesados, se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo que la eficacia plena de cada una de ellas no puede determinarse aisladamente sino en conjunción con las restantes; por ello, la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional, de cada una de sus estipulaciones, sino que junto a este criterio ha de procurarse la no desnaturalización de la autonormación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales (arts. 1255 CC; 2 y 9 LH; 7 y 51 RH)».

— Declara que la cláusula penal es conveniente y necesaria su inscripción para la mejor claridad de los derechos de los terceros adquirentes posteriores de bienes resolubles. Dice la Resolución: «Como a efectos registrales es suficiente con la consignación global.... podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada. Mas no puede ignorarse que tal omisión produciría una innegable ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución, respecto de los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre el bien resoluble; éstos desconocerán si ese silencio registral implica la definitiva extensión de sus expectativas subrogatorias a todas las cantidades abonadas por el comprador o si', por el contrario, habrán de atenerse en cuanto a dicho extremos al concreto contenido contractual estipulado. Por todo

ello, y habida cuenta de las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito (arts. 9-2.º LH, y 51-6.º RH), debe mantenerse la consignación registral de las cláusulas penales que acompañan a las previsiones resolutorias explícitas.

La Dirección General admite la conveniencia de la inscribibilidad de la cláusula penal; sin embargo, exige la consignación global para la reinscripción a favor del vendedor, sin que quede afectada por el resultado de la decisión judicial sobre el porcentaje de lo devuelto que corresponda al comprador o a los terceros.

El pacto de arras, que implica una retención dineraria inmediata y gradual por el vendedor de carácter real, es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad. Mientras que a la cláusula penal se le alega su carácter obligacional, que le impediría su acceso al Registro.

e. La consignación de las letras

Cuando la obligación de pagar el precio está representada por letras de cambio, la obligación de consignar el precio se traduce, en la de consignar las letras, para conseguir la reinscripción a favor del vendedor.

La Resolución DGRN, de 29 de diciembre de 1982, abordó este tema. Así dice su Considerando: «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».

La analogía entre ambas figuras es relativa. En la hipoteca cambiaria, el tenedor de la letra garantizada con hipoteca tiene dos acciones, una hipotecaria y la otra cambiaria y por tanto puede haber doble ejecución. En la condición resolutoria, el vendedor tiene la posibilidad de ejercer su poder resolutorio contra el comprador, y el tenedor de las letras que representan la obligación de pagar el precio aplazado de la venta, puede ejercer la acción cambiaria contra el aceptante comprador.

La consignación en los casos de letras de cambio tiene algunas especialidades:

— Que el vendedor debe poner a disposición del comprador todas las letras no vencidas. Esta obligación de consignar debe actuar, tanto en la hipótesis de la existencia de terceros, como la de entre partes.

— Que esta obligación de consignar puede suplirse con la restitución de su importe cuando las letras no sean rescatables por haberse descontado.

XI. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

A. EFICACIA LIBERATORIA Y RESTITUTORIA DE LA RESOLUCIÓN

El primer efecto que produce la resolución es la extinción del contrato de compraventa, con la consiguiente desvinculación de las partes de la relación obligatoria en que se encontraban, y la parte compradora que incumplió el pago del precio, queda liberado del deber jurídico de realizarlo.

El segundo efecto es el deber recíproco de las partes de restitución y liquidación de sus respectivas prestaciones. La restitución será «in natura», y consistirá en los mismos bienes que hubieren sido objeto del contrato, es decir, en la retransmisión de la propiedad de la finca a favor del vendedor, y en su caso, los frutos e intereses, así como las mejoras y deterioros producidos en la finca.

B. EFICACIA RETROACTIVA DE LA RESOLUCIÓN

La doctrina entiende que la resolución produce efectos retroactivos, y alcanza a los actos dispositivos y constitución de derechos reales sobre la finca objeto de la restitución. De acuerdo con esta idea, se aplica la máxima «resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum».

Su apoyo legal se encuentra en el art. 1120 Cc. que dispone que: «Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella. Esto no obstante, cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiere estado pendiente la condición».

C. RETRANSMISIÓN DE LA FINCA AL VENDEDOR

a. *La retransmisión automática o mediante escritura de retransmisión*

¿Cómo se produce la resolución, por la sola fuerza de la resolución, o necesita un nuevo acto expreso de retransmisión del comprador al vendedor?

La solución depende de la concepción que se tenga del contrato de compraventa, como contrato real u obligacional. Si la venta es real, el solo consentimiento de las partes produce la transmisión del dominio sin necesidad de la tradición (sistema romano quiritarario, francés, e italiano); la resolución retransmite «ipso iure» el dominio de la finca al vendedor. Si la venta es obligacional, será un contrato generador de obligaciones, que exige para que se transmita la propiedad la entrega de la cosa vendida o tradición (sistema del derecho romano clásico y del Código civil español); la resolución de la venta faculta al vendedor para pedir al comprador que le retransmita la finca.

En nuestro derecho histórico español, como hemos expuesto con anterioridad, se aplicó el sistema de venta como contrato real, procedente del derecho romano vulgar que continuó en el Código de Eurico, según el Profesor Merea; recogido en los Fueros de Castilla y León, según Fernández Espinar; pasó a Las Partidas (III, 28, 48, «la tradición de la cosa vendida transfiere su dominio al comprador; pero si el comprador no oviesse pagado precio...non pasaría el señorío de la cosa fasta que el precio se pagase»); se aceptó por la doctrina de los clásicos castellanos de derecho común y perduró a lo largo del siglo XIX (119).

Por último, la tradición de Las Partidas, se recogió en el Código de Comercio de 1885, en su artículo 909.8, al admitir la «separatio ex iure domini» de la masa de la quiebra a los géneros vendidos y no pagados; y estuvo vigente hasta la publicación del Código civil.

De acuerdo con este sistema de compraventa real, nuestros clásicos castellanos, atribuyen a la resolución de la venta una eficacia real, como si la venta no se hubiese celebrado, con la consiguiente readquisición «ipso iure» del dominio al vendedor, sin necesidad de nueva tradición, y siempre que el pacto comisario se estipulara con palabras directas. Como consecuencia de la situación de propietario que adquiriría el vendedor, éste podía ejercitar la acción reivindicatoria... Cuando se pacta «verba obliqua» era un pacto de retroventa, que no retransmitía el dominio «ipso iure», sino mediante la «actio venditio», de carácter personal (120).

Pero los legisladores de nuestro Código civil, prescinden de la tradición secular española, e instauran el sistema romano clásico- justic-

(119) GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, declaran la vigencia en el siglo XIX, de esta tradición que opere la transmisión del dominio en la venta, y la de Aragón de hacer depender la eficacia de la venta de la redacción de la carta. «Elementos de derecho civil y penal de España». Madrid, 1861, p. 62.

(120) Así adicionaba AYLLÓN LAYNEZ al texto de ANTONIO GÓMEZ: «Quod pactum legis commissoriae directis verbis conceptum operatur resolutionem contractus ipso iure, traslationem domini in venditionem abque nova traditione.; it agi poterit rei vindicatione, condicione adveniente.. Secus vero..quando verbis obliquis conceptum fuit praedictum pactum.; quia... nunc non trasferitur dominium ipso iure, sed debet agi actione venditio., vel prescriptis verbis ad observationem contractus». ANTONIO GÓMEZ. «Variae Resolutiones...» Madrid. 1794, p. 500 *De emptione et venditione*, cap II. n.º 31.

nianeo de la venta como contrato generador de obligaciones, en su art. 1445 (uno se obliga a entregar la cosa y el otro se obliga a pagar el precio), y 1450 (la venta se perfeccionará, aunque no se entregue la cosa o el precio). La transmisión de la propiedad se produce mediante la tradición de la cosa (art. 609 Cc).

Con éste sistema, la resolución de la venta incide sobre el propio contrato obligacional, que precisa una ejecución posterior de retransmisión del dominio del comprador al vendedor. Veamos cómo se interpreta en la doctrina moderna:

Para Ogayar, la resolución de la venta no produce la retransmisión de forma inmediata y automática, sino que la resolución sólo impone un deber de retransmitir mediante un negocio dispositivo realizado con la voluntad del comprador, y si el incumplidor no lo realiza voluntariamente, que lo otorgue el juez en ejecución de sentencia (121).

Baleriola, escribe lo siguiente: «Creo que la resolución es plenamente retroactiva y opera su eficacia *in rem* (revocación real), por mucho que así sea, y dado que estamos haciendo referencia a una situación extrarregistral, entiendo que de alguna forma se ha de evidenciar esa puesta en poder y posesión del vendedor. Pues bien, no veo inconveniente alguno para aplicar a este ámbito la tradición instrumental configurada en dirección contraria. Claro que no sería el puro régimen del art. 1462.2 Cc configurado al revés, sino que se trataría de un escritura meramente retraditoria, tendente exclusivamente a restituir la posesión de la cosa... Y si se quiere prescindir de la escritura pública... cabe otra vía... la retrotradición simbólica no instrumental: la entrega de llaves...» (122).

Según las anteriores opiniones, la retransmisión de la propiedad se produce mediante una nueva escritura retraditoria otorgada con el consentimiento del comprador, y en su defecto, mediante la intervención del juez. Esta solución condena al vendedor del contrato resuelto a que no adquiera la propiedad, si no es con el consentimiento del comprador o por la actuación judicial.

Sin embargo, creemos que la venta debe quedar resuelta de pleno derecho, como consecuencia de la constitución en mora del comprador, y ésta queda perfecta si al hacerse el requerimiento de pago, el comprador no se ha opuesto a ella (123).

(121) OGAYAR y AYLLÓN. *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 Cc.* 1983.

(122) BALERIOLA LUCAS. «De nuevo, sobre la resolución de la compraventa de inmuebles». *RDN*. n.º 128. año 1985. p. 323-4.

(123) Según la Resolución DGRN de 29 de diciembre de 1982, el comprador puede oponerse a la resolución misma, cuando dice que «si al hacerse el requerimiento no se allana el requerido, sino que se opone categóricamente a él». Por nuestra parte, como se ha dicho con anterioridad, el comprador no puede oponerse a la resolución, porque es un derecho que no le corresponde y supondría la facultad de revocar su propia obligación.

El paso siguiente, es la reinscripción de la finca vendida a favor del vendedor, conforme al art. 59 RH, y esto supone que la tradición ha sido operada mediante el acta notarial en la que se hace constar que ha quedado resuelta la venta, porque si la resolución quedara sólo en el plano obligacional no sería inscribible conforme al art. 9 RH (no es inscribible la obligación de extinguir el dominio), puesto que la inscripción registral no supe a la tradición. Así la inmensa mayoría de la doctrina, Roca Sastre, Sanz, Vallet, Chico Ortiz, Hernández Gil, Lacruz y Sancho Rebullida. Roca Sastre dice, que lo que se inscribe en el Registro en el Derecho español no es el título o contrato de finalidad traslativa, sino la entera traslación, es decir, el conjunto integrado por el título y el modo: así se deduce del art. 2 LH y 9 RH. Para que la inscripción sustituyera a la tradición, sería preciso un texto que así lo determinase, y ese texto no existe en la LH ni en el Cc.

Pero nuestro Código civil, facilita mucho el cumplimiento de la tradición, al reputarla ínsita en el mero otorgamiento de la escritura pública (art. 1462 Cc). Se nos podría argumentar que el acta notarial, como declaración unilateral del vendedor, de requerimiento de pago y de notificación de resolución, está eliminada de la presunción del art. 1462 Cc, que se refiere a escritura pública de venta, como acto bilateral entre el vendedor y el comprador, que representa el consentimiento y la tradición.

Sin embargo, según se ha expuesto con anterioridad y repito ahora, el acta notarial contiene: el requerimiento de pago para constituir en mora al comprador e impedir al juez que conceda nuevo plazo (art. 1504 Cc), y además, la notificación de que el vendedor ejercita el poder resolutorio que tenía atribuido en la cláusula resolutoria, solicitando su vigencia y eficacia resolutoria. La fuente de la resolución está en la cláusula resolutoria, de una parte, y en el acta notarial que le da su vigencia. El comprador ya prestó su consentimiento anticipado en la cláusula resolutoria, y no tiene por qué exigirse que tenga que volver a prestar nuevo consentimiento. Como consecuencia de la resolución de la venta y a falta de normas específicas, habrá que acudir a las reglas de las obligaciones condicionales para determinar sus efectos. En este sentido la Resolución DGRN de 3 de junio de 1961, considera aplicable el art. 1123 Cc, referente a las obligaciones bajo condición resolutoria.

Para salir del campo de las presunciones, será mas claro que en la propia cláusula resolutoria, se exprese claramente el acuerdo de los contratantes, que atribuya al vendedor que pueda ejercitar unilateralmente la resolución de la venta, mediante acta notarial de requerimiento de pago al comprador, y si no paga en el plazo de gracia convenido, la notificación de quedar resuelta de pleno derecho la venta, readquirida la propiedad de la finca y consumada la tradición.

b. *Retraso del comprador en la restitución de la posesión del inmueble vendido una vez resuelto el contrato*

El comprador puede incumplir la obligación legal que le incumbe de restituir la finca vendida al vendedor. El retraso en el cumplimiento de ésta obligación dará lugar a que el comprador incurra en una responsabilidad contractual, siempre que el retraso no obedezca a un impedimento a él imputable, y que el vendedor resolvente ofrezca, por su parte, la restitución de lo recibido como pago parcial de la venta resuelta.

Para ésta responsabilidad contractual, se puede preveer en el contrato de venta («in continenti»), una cláusula penal, que fije anticipadamente el importe que el comprador incumplidor deberá satisfacer cuando el retraso se produzca («ex intervalo»), a razón de una cantidad por día de ese retraso. En la STS de 26 de diciembre de 1990, existía una cláusula que imponía al comprador, si no restituía el inmueble dentro de los siete días siguientes a la notificación resolutoria, debía de satisfacer, pasado ese plazo, 100.000 pesetas diarias, por cada día transcurrido desde entonces, sin hacer la indicada restitución.

Cuando no exista esa previsión especial anticipada en el contrato, el incumplimiento de la obligación legal restitutoria dará lugar a la responsabilidad contractual de los arts. 1.101 y sgs del Cc, consistente en el resarcimiento de daños y perjuicios desde el momento en que la resolución de la venta se produjo de pleno derecho como consecuencia del acta de requerimiento que constata el impago, y subsidiariamente, la de notificación de la decisión de resolver por parte del vendedor. El comprador que retrase la restitución será considerado poseedor de mala fe, con la obligación de restituir los frutos (ex art. 455 Cc.), que en caso de ser civiles, será el precio normal de un arriendo de un inmueble de similares características.

Este es el sentido de la STS de 7 de diciembre de 1990 (ponente López Vilas), en la que casa la sentencia de Primera Instancia, que estimó dos responsabilidades distintas: una primera dimanante de la pena convencional de retener el 50 % de las cantidades previamente satisfechas por el comprador; y otra segunda, que no puede entenderse absorbida por la primera, por el incumplimiento de la obligación de restituir el inmueble retrasando el desalojo efectivo, que se traduce en una posesión de mala fe, con la sanción de abonar los frutos que hubiera podido percibir (art. 455 Cc), que fija en 200.000 pts. mensuales.

D. RESTITUCIÓN DE LOS FRUTOS E INTERESES

Como consecuencia de la responsabilidad del comprador derivada de la resolución de la venta y a falta de normas específicas, habrá que acudir a las reglas de las obligaciones condicionales para determinar

sus efectos. En este sentido la Resolución DGRN de 3 de junio de 1961, considera aplicable el art. 1123 Cc, referente a las obligaciones bajo con condición resolutoria. Se debe distinguir estas situaciones:

— Durante el tiempo en que hubiere estado pendiente la condición, por aplicación del art. 1120 Cc. los frutos producidos por las cosas debidas, se entienden compensados con los intereses del precio. Lo que quiere decir que no hay retroactividad. El comprador, poseedor de la cosa, hace suyo los frutos, hasta el momento en que ha sido constituido en mora al no atender el requerimiento de pago, y no puede reclamar que le sean devueltos los intereses del precio.

Los intereses no son los frutos del precio aplazado, ni son una prestación accesoria de éste, sino la compensación al vendedor por el uso y disfrute de la cosa por parte del comprador. El art. 1501, dispone que el comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio... 2. si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta.

— Una vez resuelta la venta, si el vendedor pide la restitución de los frutos, deberá abonar al comprador los gastos de producción, recolección y conservación (art. 452 Cc.).

Pero si se hubiere estipulado una cláusula penal de retención de un porcentaje de las cantidades previamente satisfechas por el comprador incumplidor, se estará en principio a lo pactado, sin perjuicio de la moderación judicial de las penas que impone el art. 1154 Cc.

— Durante el tiempo en que comprador retenga la posesión de la finca, y considerarse a éste poseedor de mala fe, éste deberá restituir, además, por aplicación del art. 455 Cc. el valor de los frutos, que al ser civiles, serán el precio normal del arriendo del inmueble de similares características.

E. LOS DETERIOROS SUFRIDOS EN LA FINCA Y LAS MEJORAS

Según las reglas 3 y 4, del art 1122, si los deterioros o menoscabos son fortuitos o se producen sin culpa del comprador, deberá soportarlos el vendedor. En cambio si se producen por culpa del comprador deberá éste indemnizarlos.

Respecto de las mejoras, el comprador debe restituir las mejoras provenientes de la naturaleza de las cosas o del tiempo. Pero la mejora que se ha efectuado a expensas del comprador, tendrá el «ius tollendi», siempre que sea posible hacerlo sin detrimento de los bienes que es el derecho que se concede al usufructuario (art. 1122.5 487). Puede también compensar con las mejoras que hubiese hecho en los bienes los desperfectos sufridos por los mismos, de los que él debe responder (488 cc.).

F. EL PACTO DE NO INDEMNIZAR LAS CONSTRUCCIONES FIJAS REALIZADAS POR EL COMPRADOR

a. *En el ámbito del Código civil*

El problema que se plantea es el de las consecuencias de la resolución de la venta respecto a las construcciones realizadas por el comprador, y especialmente, la licitud del pacto de no indemnizar al comprador las instalaciones fijas realizadas por el mismo.

Los gastos de construcción no son gastos de conservación del suelo, sino que tienden a producir un aumento del valor del suelo; son gastos útiles.

A falta de una previsión en la cláusula resolutoria, entendemos, que debe aplicarse, por analogía, el art. 1518.2 Cc, y el vendedor deberá abonar al comprador «los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida».

García Goyena, explica la justicia del abono de los gastos útiles, en consideración a que el comprador es poseedor de buena fe, sin que se pueda estimar privado de esa calidad por la incertidumbre de que el vendedor haga o no uso de su derecho de retracto. Manresa, concluye que, siendo tal poseedor de buena fe, los gastos útiles hechos en la cosa le son debidos con arreglo a derecho, según el art. 453 Cc.; y el vendedor podrá optar entre satisfacer al comprador el importe de los gastos útiles (o de la construcción), o abonarle el aumento del valor que por ellos haya adquirido la cosa (124).

Merino Hernández, («El contrato de permuta». Madrid, 1978), estima que es aplicable a nuestro caso el art. 361 Cc, y por tanto, tendría el vendedor el derecho a hacer suya la obra, previa indemnización, o a que le abone el precio del terreno. Por nuestra parte, estimamos, que no es aplicable en nuestro caso, el art. 361 Cc. porque la clara analogía con la venta con pacto de retro, los efectos del art. 1518 Cc, excluye la aplicación de la regla de la accesión.

Las normas legales expuestas, son de derecho dispositivo, que tienen eficacia, en defecto de pacto expreso de las partes. Manresa, al comentar el art. 1518, se pregunta, «¿qué influencia puede ejercer la voluntad de las partes pactando cosa distinta de lo que la ley establece?... No vemos inconveniente en que se pacte que el precio o mejor dicho, que la cantidad que se restituya sea mayor o menor que el precio de la venta.... pues tal convención implica un pacto lícito, de cuya eficacia no se nos alcanza motivo para dudar» (*ob. cit.* p. 360-1).

Para desvanecer las dudas y cuestiones de interpretación que se pueden plantear, es conveniente, que en la práctica notarial se incluya en la cláusula resolutoria, una previsión al respecto, en el sentido de

(124) MANRESA. «Comentarios....» p. 362.

quedar para el vendedor las construcciones realizadas en la finca vendida, sin tener que abonar por ellas cantidad alguna.

b. *El pacto de mejoras en Cataluña*

El pacto de no indemnizar al comprador las instalaciones fijas realizadas por el mismo, según el informe del Registrador, J.M. García, (en el recurso de la Resolución citada de 1991), vulnera el derecho catalán, porque hay un principio general en Cataluña, que se puede extraer del art. 327 de la Compilación (referente a la venta a carta de gracia), pero también del art. 301 (referente a la enfiteusis), en el sentido de que cuando se resuelve el derecho del comprador o del dueño útil, hay que indemnizarle las obras e instalaciones realizadas por el mismo. Aplica al pacto comisorio, por analogía las reglas de la venta a carta de gracia.

Por nuestra parte, vamos a analizar si el derecho catalán es diferente del Código civil y si se opone a esta cláusula. En efecto:

— Respecto de la enfiteusis. El art. 301 Comp. C. que impone el pago de las «mejoras útiles» dice que expirado el término o cumplida la condición, el dueño directo abonará al enfiteuta las mejoras exigibles hechas por éste, salvo pacto. El Código civil, dice lo mismo, en el art. 1652, para el caso de extinción del censo por comiso, y también impone el abono al enfiteuta de «las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca y que subsistan al tiempo de devolverla»; la posibilidad de pacto en contra se encuentra en el art. 1651.

— Respecto a la aplicación por analogía, de los preceptos de la venta a carta de gracia. Nos parece exacta esta analogía, pero no estamos de acuerdo la diferencia del art. 327 Comp. C. (impone abonar al comprador «las mejoras útiles»), respecto al art. 1518 Cc. (que impone abonar al comprador «los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida»).

Faus, comenta este precepto catalán, diciendo que hace un «desarrollo más minucioso que el art. 1518 Cc aplicándolo a todas las accesiones».

— Pero la reciente Ley 29/ 1991, de 13 de diciembre, al modificar la materia de la venta a carta de gracia, en la Compilación Catalana, se manifiesta claramente en su favor en el Preámbulo, que dice así: «Era necesaria, por lo tanto, la renovación de la venta a carta de gracia para convertirla en una figura realmente operativa dentro del actual tráfico jurídico. Esta renovación debía partir, por lo tanto, de la consideración de que no se trata de una institución perjudicial en sí misma porque no incluye en sus efectos, un derecho real de garantía de un préstamo usuario. La línea de renovación se centra, por lo tanto, en la necesidad de poner de manifiesto como finalidad típica de la figura la que resulta de su eficacia: La transmisión inicial de la propiedad de la cosa de forma indefinida, pero no definitiva. La reforma legislativa se plantea desde

el convencimiento de que en la actualidad la venta a carta de gracia, puede cumplir diferentes finalidades de tipo social y de fomento que justifican no solo el mantenimiento de la figura sino también su difusión. Es el caso, por ejemplo de la utilización de la venta a carta de gracia como instrumento de promoción de viviendas de tipo social».

En la nueva redacción del art. 328.4 Comp. C. dice que se abonarán al titular de la propiedad gravada: Los gastos útiles estimados en el aumento de valor que por ellos haya experimentado la cosa al tiempo de la redención, los cuales no pueden exceder el precio de coste ni, en ningún caso, el 25% del precio fijado para la redención.

G. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LAS PENAS CONTRACTUALES

El art. 1154 Cc, dispone: «El Juez moderará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida».

Siguiendo a Jordano Fraga, los principios generales de la aplicación jurisprudencial de ésta norma son los siguientes:

— El control judicial no puede ser válidamente excluído por las partes del contrato, por el carácter imperativo del art. 1154, tanto por vía de pacto entre el vendedor y comprador, como por la renuncia del comprador.

— El control judicial se aplica de oficio por los órganos judiciales, y no por rogación de parte interesada.

— El art. 1154, según la mayor parte de la doctrina solo se aplica cuando la cláusula penal establece la hipótesis de incumplimiento total por el deudor, y éste incumple solo en parte; o cuando la cláusula penal establece la hipótesis de incumplimiento parcial del deudor, y éste incumple en la medida mas leve que la prevista en la cláusula. Es decir, cuando no exista una adecuación entre la cláusula penal y su medida de pago parcial.

Para Jordano Fraga, por el contrario, entiende que el control judicial se aplica no solo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos. La cláusula penal que prevee por hipótesis la existencia de un incumplimiento parcial (y no total), y que el incumplimiento se ajuste exactamente a la prevista en la cláusula, nunca podría estar sujeta a la moderación judicial, según esta doctrina mayoritaria, y sin embargo, si que lo está para la jurisprudencia. (J. Fraga, *ob. c.* pp. 194 y ss. cita las STS de 23-sept. 1959; 3 de marzo de 1967; 31 de octubre de 1968; 26 de enero de 1980; 30 de junio de 1981; 25 de febrero de 1984; 26 de enero y 8 de febrero de 1988; 26 de diciembre de 1990).

El control moderador judicial es aplicable, no solo a las cláusulas penales que prevén la retención de una parte del precio recibido por el vendedor, por la responsabilidad del comprador incumplidor por consecuencia de la resolución de la venta; sino también las que prevén la indemnización al vendedor resolvente por el retraso del comprador en la restitución del inmueble vendido, una vez resuelto el contrato.

XII. EL PACTO DE LA «LEX COMMISSORIA» Y LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

La aparición de esta Ley de 19 de julio de 1984, ha dado motivo a la doctrina jurídica y a la jurisprudencia a poner a la prueba del fuego la validez y licitud del pacto de la «lex commissoria» cuando se relaciona con el art. 10 LDC. Esta ley tiene la finalidad de proteger al consumidor de los abusos derivados de la redacción de ciertas cláusulas de los contratos. Vaya por delante mi profundo respeto por ésta ley y proclamo el deber de todo jurista de cumplirla en sus justos términos.

Veamos los problemas que plantea la LDC al pacto de la «lex commissoria» (125).

A. EN CUANTO A LA POSIBILIDAD DE EJERCITAR EL VENDEDOR UNILATERALMENTE EL PODER RESOLUTORIO

El art. 10.2 de la Ley dice: «Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por el muestrario...», y añade el apartado 4.º: «Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos».

Las Resoluciones DGRN de 8, 9, 10, 11, 14 de octubre de 1991, consideran que «Respecto de la pretendida vulneración del art. 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984, ha de recordarse la doctrina sentada por éste Centro Directivo conforme al cual los medios de calificación de que dispone el Registrador (art. 18 LH) impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha ley, y por otra parte, no pueden identificarse la facultad discrecional de resolución a que ésta norma -

(125) Han sido puesto de manifiesto por el Registrador J.M. GARCÍA GARCÍA, en sus informes contenidos en las Resoluciones DGRN de 1990, 1991, y 1992, citadas en éste trabajo.

así como el art. 1256 Cc- se refiere con la resolución por impago al amparo del art. 1504 del Código civil».

El informe de J.M. García, dice así: «la reinscripción de la resolución por la vía extrajudicial del art. 59 del RH, sin mas que la mera notificación al comprador, sin contar con la voluntad de éste, y deduciendo directamente cantidades, implica una actuación unilateral del vendedor con posibilidad de incurrir en resolución discrecional de, que es un pacto igualmente abusivo, según el n.º 2 del art. 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores».

A lo largo de este estudio se ha confirmado que efectivamente no basta la mera notificación al comprador para que opere la resolución, pero en lo que discrepo es que se precise una nueva voluntad del comprador que asienta o «se allane» a la resolución, porque éste ya prestó su consentimiento en la misma cláusula resolutoria. El ejercicio del poder resolutorio no lleva consigo una nueva declaración de voluntad negocial, que es fuente de la resolución (cuando esto ocurre nos encontramos dentro del ámbito de la venta con pacto de retro), sino solo que pone en vigencia la condición resolutoria pactada (la fuerza de la convención, que dice Naz).

Pero aparte de esta opinión mía, de la que se puede discrepar, es el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de febrero de 1991, el que interpreta el precepto de la Ley del Consumidor, declarando lo siguiente, a propósito de un caso de renta inmobiliaria con condición resolutoria expresa:

«El ejercicio de la acción resolutoria no puede tildarse de antisocial y las normas de la Ley de 19 de julio de 1984, que consideran excluidas la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato salvan las prescripciones especiales de los artículos 1.124 y 1.504 Cc, pues no los derogan, y que, conjuntamente, proyectan un estatuto privilegiado para el vendedor de bienes inmuebles, cuyo desconocimiento supondría no ya una dislocación del tráfico inmobiliario cuando el vendedor ha cumplido sus obligaciones, sino una patente de incumplimiento de las suyas, tan elementales como el pago del precio por el comprador, acarreando una clara infracción de los arts. 38, 128 y 139 de la Constitución, a cuyo marco económico ha de ajustarse la aplicación de la Ley especial de 19 de julio de 1984, según impone el artículo 1.2 y el transcendente principio de la seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la misma Constitución».

De ésta sentencia se deduce:

— Que la Ley de Consumidores no ha derogado los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil.

— Que estos artículos suponen un estatuto privilegiado para el comprador de inmuebles, quien debe cumplir la obligación elemental de pagar el precio.

— La Ley de Consumidores debe respetar el marco económico de la Constitución en su art.º 38 (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado), art.º 128 (subordinación al interés general) y 139 (libre circulación de bienes en todo el territorio nacional).

B. EL PACTO DE MEJORAS EN LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Se ha dicho que éste pacto está dentro de la prohibición de «las cláusulas estrictamente penales» del art.º 10 n.º 5 de la Ley del Consumidor, por no corresponder a una contraprestación.

Esta cláusula no impone al comprador la obligación de construir en beneficio y sin contraprestación del vendedor. De admitirse esta cláusula de mejora obligando al vendedor a que realice el desembolso de la construcción también sería una penalización a cargo del vendedor, que igualmente estaría prohibida por la citada ley del consumidor.

Pero también respuestas legales procedentes del derecho de las Comunidades Autónomas:

— El pacto de mejora se encuentra en el Decreto de 22 de diciembre de 1990 de la Junta de Andalucía que establece el régimen de venta de viviendas de promoción pública, y las normas para el caso en que el comprador no pague el precio. En su artículo 7.3, dice lo siguiente: «En caso de resolución, las obras autorizadas que supongan mejoras y las instalaciones fijas y permanentes incorporadas, quedarán en beneficio de la finca, sin que el adjudicatario tenga derecho de indemnización alguna por tal concepto».

— Y en Cataluña, en la nueva ley de la venta a carta de gracia (Ley de 13 de diciembre de 1991), que con un gran sentido de equidad, en el artículo 328.4 Compilación de Cataluña, establece un límite: «Los gastos útiles, estimados en el aumento de valor que por ellos haya experimentado la cosa al tiempo de la redención, los cuales no podrán exceder del precio de coste ni, en ningún caso, del 25% del precio fijado para la redención».

C. LA CLÁUSULA ESTRICTAMENTE PENAL

El artículo 10.5 de la Ley del Consumidor, prohíbe las cláusulas en las «que se impongan al consumidor indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales».

Este precepto se interpreta de esta manera: es nula la cláusula estrictamente penal, que no corresponda a una contraprestación, en lo que tenga de punitivo y de lucro, para quien se beneficie de ella, pero se admite la pena sustitutiva del daño. Esta es la interpretación de Bercovitz

(«Estudios Jurídicos sobre protección de consumidores» 1987). Según esta interpretación de la ley debemos distinguir:

— la cláusula penal sustitutiva del daño que se produzca en la cosa, que sería lícita, según esta doctrina.

— la cláusula penal sustitutiva del perjuicio, es decir del lucro cesante del vendedor, del que tendría si la cosa estuviera en su poder, de no haberse celebrado la venta. Como la cosa está en poder del comprador y tiene el uso y disfrute, está beneficiándose o enriqueciéndose a costa del vendedor. La cláusula penal sustituye a la indemnización por este uso y disfrute. La cláusula penal es la contraprestación del uso, y por la misma doctrina debe ser lícita.

— pero cuando, además se estipulan unos intereses, éstos deben considerarse como la contraprestación por el uso y disfrute de la cosa que tiene el comprador. Porque como decía García Goyena, el precio es la cosa, lo que los intereses es a los frutos.

XIII. ENSAYO DE UNA CLÁUSULA RESOLUTORIA

A. CONDICIÓN RESOLUTORIA

Las partes convienen atribuir el carácter de condición resolutoria expresa conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria, al mero hecho del impago a su vencimiento de dos cualesquiera de los plazos pactados en la cláusula anterior, pudiendo el vendedor resolver la venta, que tendrá lugar de pleno derecho, conforme al artículo 1504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario.

B. CESIÓN DEL CRÉDITO Y ASUNCIÓN DE DEUDA APLAZADA

Las partes prestan su consentimiento desde éste momento y expresamente:

a.— A que el vendedor pueda ceder su derecho de crédito derivado del precio aplazado de esta venta con la condición resolutoria, y a que el cesionario se subrogue en los mismos, renunciando la actual parte compradora al derecho a ser notificada de ésta cesión.

b.— A que el subadquirente de ésta finca, si así se pactara, asuma la deuda derivada del precio aplazado con condición resolutoria, y se subrogue en los derechos y obligaciones del transmitente deudor, quedando éste último totalmente liberado.

C. EJERCICIO DEL PODER RESOLUTORIO

El mero hecho del impago a su vencimiento de dos cualesquiera de los plazos pactados, faculta al vendedor para ejercitar unilateralmente

el poder resolutorio, mediante acta notarial por la que se requiera de pago al comprador, y si éste no pagara en el plazo de los quince días siguientes, se le notifique la voluntad de poner en vigor la resolución de la venta, que tendrá lugar de pleno derecho, con la retransmisión de la propiedad de la finca a favor del vendedor, entendiéndose consumada la tradición. El título inscribible será el del vendedor, acompañado de los documentos que anteceden, y las letras no vencidas y pendientes de pago.

La parte vendedora retendrá los intereses recibidos y un 30 % de las cantidades pagadas por el comprador hasta el momento de la resolución, en compensación del uso y disfrute de la finca por el comprador, y como cláusula penal en sustitución de la indemnización de daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento del comprador, y sin que en ningún caso la retención supere el 20 % del precio total de la finca vendida por cada año transcurrido desde la firma de este contrato. Desde la fecha de la resolución de la venta hasta el desalojo efectivo de la finca, se impone al comprador como indemnización de perjuicios por el tiempo transcurrido de ocupación indebida el pago una cantidad mensual calculada de acuerdo con los precios de arrendamiento de fincas similares.

También quedarán en favor de la parte vendedora y sin tener que abonar cantidad alguna, cuantas obras e instalaciones fijas, que tengan la condición de útiles o de lujo, haya introducido en la finca el comprador o su causahabiente.

D. CANCELACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Las partes convienen expresamente la extinción de la condición resolutoria inscrita transcurrido el plazo de un año desde el vencimiento del último plazo, y la parte vendedora presta su consentimiento anticipado a que se cancele la condición resolutoria una vez transcurrido dicho plazo, a cuyo efecto, autoriza al comprador o a su causahabiente, para que mediante acta notarial solicite del Registro de la Propiedad su cancelación, siempre no aparezca nada que lo impida en los libros registrales.

BIBLIOGRAFIA

DERECHO ANTIGUO ESPAÑOL

- ALONSO, María Luz. «La compraventa en los documentos toledanos de los siglos XII-XV», XLIX, 1979, pp. 455-417. *AHDE*.
- ALONSO. «Recopilaciones y Comentarios de los fueros y leyes del Reino de Navarra que han quedado vigentes desde la modificación hecha por la Ley de agosto de 1841. Pamplona 1846.
- ARANGIO RUIZ. «La compravendita nell diritto romano». Napoli, 1956.
- ARCHI, G.G. «Il trasferimento de la proprietà nella compravendita romana». CEDAM. Padova. 1934.
- ARCHI, G.G. «La restituzione dei frutti nelle vendite con “in diem addictio” e con “Lex commisoria”», Studi in memoria di Umberto Ratti». GIUFRE. Milano 1934.
- ARIAS MONET, J.A. «Recepción de formas estipulatorias en la Baja Edad Media». *Boletín Facultade Direto Universidade de Coimbra*. XLII. 1986.
- ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET. «La compraventa en Las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título V, Partida V. Centenario del Notariado». 1965.
- BOFARULL, Manuel de. «Código español según la novísima edición oficial, anotado y concordado». Madrid, 1889.
- BURÓN GARCÍA, Gregorio. «Derecho civil español según los principios de los Códigos y de las leyes precedentes y la reforma del Código civil». Valladolid 1898.
- COVARRUBIAS. «Variarum Resolutionum, cum Additiones, Observationes et notae DE FARIA». Lugduni 1688.
- D'ORS, Alvaro. «El código de Eurico. Edición palingenesia, índices». Roma-Madrid 1960. Estudios visigóticos.
- ESCUADERO, J.A. «Curso de historia del derecho». Madrid, 1985.
- FEBRERO. «Librería de Escribanos». Madrid I, 2.
- FERNÁNDEZ ESPINAR. «La compraventa en el derecho medieval español». *AHDE* XXV. 1955.
- GALINDO Y ESCOSURA. «Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar». Madrid 1880.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO. «Compra a desconocidos y compra en el mercado, en el derecho medieval español», en homenaje a Ramón Carande. Madrid 1962.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO. «Sobre la prenda inmobiliaria en el derecho medieval español», en sus *Estudios medievales de Derecho Privado*. Sevilla 1977.
- GARCÍA GOYENA, Florencio. «Concordancias y motivos y comentarios del Código civil español». Madrid 1852.
- GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN. «Elementos de derecho civil y penal de España». Madrid 1961.
- GÓMEZ, Antonio. «Variae Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii. Cum Additiones Ioannis de Ayllon Laynez». Matriti 1653.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito. «Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las obligaciones». Tomo IV, p. 346. Madrid 1877.
- GUTIÉRREZ, Joannis. «Practicarum Quaestionum Civilium Circa Leges Regias Hispaniae». Lugduni 1730.
- HERMOSILLA, Gaspare A. «Additiones, Notae, Resolutiones, ad 7 Partit. Glos. et cogita Doct. Gregorii Lopetii». 1634.

- HINOJOSA. «El elemento germánico en el derecho español». Madrid 1915.
- IGLESIA FERREIROS, A. «El cartulario de San Cugat del Vallés del Liber Iudiciorum al Corpus Iuris Civilis». Universidad de Barcelona, 1985.
- IGLESIA FERREIROS, A. «La Cataluña Alto Medieval y el Código de Justiniano». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983.
- IGLESIA FERREIROS, A. «Las garantías reales en el derecho histórico español». I. «La prenda contractual desde sus orígenes hasta la recepción del derecho común». Santiago de Compostela 1977.
- IGLESIA FERREIROS, A. «Lecciones de historia de derecho español». Barcelona, 1989.
- LACARRA, J.M. «En torno a la formación del Fuero General de Navarra». *AHDE*. Tomo I, pp. 93 y ss. 1980.
- LARREA, Joanne Baptista. «Novarum Decisionum, Sacri Regii Senatus Granatensis Regni Castellae». Lugduni 1729.
- LASSO GAITÉ, Juan Francisco. «Crónica de la Codificación española». 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Ministerio de Justicia. Madrid 1970.
- LEVY, Ernest. «West Roman Vulgar Law». Filadelfia 1951. «Weströmishes Vulgarrecht, Das Obligationenrecht». Weimar, Böhlaw. 1956. Otra edición posterior hace una recesión D'ORS en *AHD*, tomo 27, p. 1207 y ss.
- LÓPEZ, Gregorio. «Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con la Glosa del Lic. Gregorio López, y Adicciones de SANPONTS, MARTI DE EIXALA Y FERRER SUBIRANA». Barcelona 1843.
- LÓPEZ, Gregorio. «Las Siete Partidas Glosadas por el Licenciado Gregorio López». Salamanca 1955.
- MARTI MIRALLES. «La excepción non numerata pecunia y su renuncia». *Revista Jurídica de Cataluña*. XVIII. pp. 72-77. 1912.
- MAYER, E. «El antiguo derecho español de obligaciones». Barcelona 1926.
- MELGAREJO, Pedro. «Compendio de contratos públicos, autores de particiones executivos y de residencias». Madrid 1733.
- MÉNDEZ APENELA, Eduardo. «La venta de la cosa ajena». Libro homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo. Colegios Notariales, pp. 511 y ss. 1988.
- MEREA, Paulo. «Sobre a compra en venda na legislação visigótica». en *Estudos de direito visigótico*. Coimbra 1948. «A arra penitencial no direito hispânico anterior a Recepção» en *Estudos do direito hispanico medieval*. Coimbra, 1953.
- NAVARRO AMANDI, Mario. «Código civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes». Con un prólogo de Eugenio Montero Ríos. Tomo II, pp. 233 y ss. Madrid 1880.
- NÚÑEZ LAGOS. «La estipulación en Las Partidas». Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid 1950.
- OTERO, A. «Las arras en el derecho español medieval». *AHDE*. 1955, XXV, pp. 189-210.
- OYUELOS, Ricardo de. «Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español». Madrid 1921.
- PÉREZ MARTÍN. «El estudio de la recepción del derecho común en España. I, Seminario de Derecho y Derecho Privado», pp. 243. Bellaterra, 1985.
- SALINAS QUIJADA, F. «Instituciones de Derecho Navarro».
- SCHRÖEDER, Richart. «Lehrbuch der deutschen Rechtsgesiche». Berlin-Leipzig 1922.
- SIGÜENZA, Pedro de. «Tratado de cláusulas instrumentales, útil, y necesario para Jueces, Abogados y Escribanos destos Reynos, Procuradores, Partidores y Confesores, en lo de Justicia y Derecho». Madrid 1627.
- SCHWERIN, Baron von. «Notas sobre la historia del derecho español más antiguo». *AHDE*. i. 1924, pp. 46 y ss.

UREÑA, Rafael. «Legislación gótica-hispánica. Estudio crítico II». Madrid 1906.
WIEACKER, «Lex Commisoria». *Freiburger Rechtsgesichtliche Abhandlungen*. Berlin. 1932.

DERECHO FRANCÉS

- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et LEO SAIGNAT. «Traité theorique et pratique de droit civil. T. XIX». *De la vente et de l'échange*. Paris 1908.
- BENATTI, Francesco. «La costituzione in mora del debitore». Giufrei Milano, 1968.
- BORRICARD, Jean. «La clause resolutoire expresse dans les contracts». *Revue Droit Civil* LV, pp. 433 a 470.
- CAPTANT, Henri. «De la causa de las obligaciones». Paris 1922.
- CASSIN. «De l'exception tiree de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques», p. 94. Paris 1914.
- CASSIN. «Réflexión sur la resolución judiciaire des contracts pour inexécution». *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1945, pp. 160 y ss.
- DEMOLOMBE, C. «Traité des contracts ou des obligations conventionnelles en general». Paris 1878.
- DOMAT (1625-1696). «Les lois civiles dans leur ordre naturel». Paris 1777. Este jurista une la doctrina romanista con la de Derecho Natural, y preparó el camino a la Codificación.
- DUMOLIN. «Variae Iuris questiones» Tomo III. De verborum obligationibus». Rúbrica I, n.º 57 a 63.
- DURANTON, M. «Cours de Droit Civil suivant le Code Français». 4.^a Edición. Société belge librairie. Bruxells. 1841.
- FOTESCO, Victor. «Vente de meubles et immeubles pour default de paiement du prix». Paris 1807.
- GRAVIER. C. «De la lex commissoria dans la vente». Paris 1896.
- GUILLOUARD, L. «Traites de la vente et de l'échange». Paris 1890.
- LEVY, JEAN. «La Résolution de plein droit des contrats». Tesis Doctoral. París. 1931.
- MARTIN, Felix-Jean-Baptiste-Bienvenu. «De la lex commissoria dans la vente en droit romain et de la resolution de la vente pour défaut de paiement du prix en droit français». Paris 1874.
- NAZ, Louis. «Essai sur l'histoire de la resolution de la vente pour default de paiement du prix». Paris 1870.
- PAULE, H. «De la resolution de la vente pour default de paiement du prix». Toulouse 1903. Tesis doctoral.
- POTHIER (1695 -1772). «Traité de la vente». Es un puro jurista que ordena y sistematiza el derecho francés, y sirvió de base inmediata a los redactores del Code de Napoleón.
- ROLAND, G. «De la acción resolutoire du vendeur au cas de non paiement du prix».
- TROPLONG, M. «De la vente», II. Paris 1845.

DEL DERECHO MODERNO:

- ALVAREZ VIGARAY. «La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento». Granada 1972.
- BADENES GASSET. «El contrato de compraventa». Bosh. Barcelona 1979.

- BADÍA SALILLAS, Angel. «En torno al art. 1504 del Código civil: Requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor». *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid 1985, pg. 65.
- BALERIOLA LUCAS, Gabriel. «De nuevo, sobre la resolución de la compraventa de inmuebles». *RDN* n.º 128, pp. 269 y ss. 1985.
- BELTRÁN DE HEREDIA. «Arrumbamiento de un tópico jurisprudencial. Una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. *La Ley*, n.º 3150. (8-diciembre-1992).
- BETTI, Emilio. «Crítica de los sistemas de transmisión». *Conferencia en el I Congreso de Derecho Registral*. Mayo de 1961.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, Jose Ignacio. «El mecanismo resolutorio de la venta de inmuebles por impago de los intereses». *RDN* n.º 133-134, pp. 69 y ss. 1986.
- CARRETERO, Tirso. En el comentario a la Resolución DGR de 11 de diciembre de 1974. *RCDI*. 1975, p. 654.
- DE CASTRO Y BRAVO. «Derecho civil de España». Madrid 1949.
- CLAVERIA GOSÁLVEZ. Comentarios a la STS de 23 de octubre de 1984, en *CCJC*. 6. 1984, p. 2027.
- FONT RIUS, Jose María. Mi maestro en la carrera de derecho, cuyas orientaciones y relaciones bibliográficas le agradezco profundamente.
- GARCÍA CANTERO. En los «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, XIX». art. 1504. Edersa. Madrid 1980. A este profesor, mi agradecimiento, por sus orientaciones bibliográficas francesas.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Manuel. *Informe del Registrador de la Propiedad en el recurso de las Resoluciones*.
- GÓMEZ GALIGO, Francisco J. «Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado». *RCDI* n.º 613. nov-dic. 1992. pp. 2463 a 2494.
- GONZÁLEZ, Jerónimo. «Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil». Madrid 1948.
- HEDEMANN. «Tratado de Derecho civil. Derechos reales». Traducido por González Enríquez y Diez Pastor. Madrid 1955.
- IRURZUN GOICOA, Domingo. «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio». *Estudios de Derecho Privado*. Madrid 1965.
- JORDANO FRAGA, Francisco. «La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1504 Cc». Civitas. Madrid 1992.
- LACRUZ BERDEJO. «Derecho Inmobiliario Registral». Barcelona 1968.
- LACRUZ BERDEJO. «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral». Zaragoza 1957.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. «Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles». *RCDI* n.º 608, pp. 63 y ss. 1992.
- MANRESA. «Comentarios al Código civil español».
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Angel. «El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria». *ADC*. 1989, pp. 1169 y ss.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel. «Repercusiones prácticas de escrituras notariales». *RDP*, pp. 183 y ss. 1964.
- MERINO HERNÁNDEZ. «El contrato de permuta». Madrid, Tecnos. 1978.
- MOLINA GARCÍA. «La resolución de la compraventa de inmuebles». Montecorvo. Madrid 1981.
- MULLERAT BALMAÑA. «El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (art. 1.504 Cc)». *ADC* pp. 481 y ss. 1971.
- NAVARRO PÉREZ. «La cesión de los créditos en derecho español». Granada 1988.

- OGAYAR Y AYLON. «Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1124 y 1504 Cc». Aranzadi 1983.
- ROCA SASTRE. «Derecho Hipotecario». Barcelona 1948.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. «Algunos aspectos de la Lex Commissoria». *RCDI* n.º 464, p. 24 y ss. 1968.
- RODRÍGUEZ GARCÍA. «La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos». Madrid 1986. Con un prólogo del catedrático BELTRÁN DE HEREDIA.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ. «El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del art. 355 RH.» *RCDI* 1981, p. 656.
- ROVIRA JAÉN, Francisco-Javier. «El requerimiento del artículo 1.504 del Código civil». *RDN*. 1981. «El pacto de la *lex commissoria*. en la reciente jurisprudencia registral». *RCDI*. n.º 615, pp. 349 a 392.
- RUBIO TORRANO, «El pacto de retroventa». Madrid, 1990.
- SABATER. «El art. 1504 del Código civil». *Revista de Derecho Judicial*, p. 17. 1960.
- SANZ FERNÁNDEZ, Angel. «Instituciones de Derecho Hipotecario». Madrid 1945-53.

FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN
NOTARIO.—