

Algunos aspectos de la “Lex commissoria” (*)

SUMARIO: Introducción.—I. La representación del precio aplazado por letras de cambio.—II. Consideraciones generales sobre el artículo 1.504 del Código civil.—III. Las letras de cambio y el pacto comisorio.—IV. La ampliación del plazo al comprador y la naturaleza del «requerimiento» del artículo 1.504.—V. El protesto, el artículo 1.504 y el pacto «sin necesidad de requerimiento».—VI. El pacto de retención por el vendedor de los plazos cobrados.—VII. La posposición de la «Lex commissoria».—VIII. El pago del precio aplazado y la cancelación de la «Lex commissoria».

En este brillante ciclo de Conferencias que está desarrollando el Centro de Estudios Hipotecarios no podía faltar una a cargo de un Notario sin más títulos que éste; la elección, permitidme que sinceramente lo diga, no ha sido muy afortunada; hecha esta salvedad, agradezco públicamente la invitación que se me hizo, que yo de ninguna manera podía rechazar.

El tema que voy a tratar es muy antiguo; se refieren a él numerosos textos del Corpus Juris y demás fuentes del Derecho Romano; que sigue planteando problemas nos lo ponen de manifiesto numerosas y recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros (1); una exposición completa del mismo sería de todo punto imposible; he preferido, en consecuencia, un enfoque predominantemente práctico, y dentro de él me limitaré a unos cuantos problemas actuales, que todos conocéis y sobre los que

(*) Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad el día 17 de marzo de 1967.

(1) Vid. las Resoluciones de 3 de junio de 1961; 13 y 18 de junio y 27 de septiembre de 1962; 16, 23 y 29 de diciembre de 1963, y 11 de enero de 1964.

tenéis formada opinión, sometiendo gustosamente a los vuestros mis criterios.

Comprendo que no es un tema cómodo; no se trata de una de esas instituciones, verdaderos fantasmas jurídicos, en que puede defenderse alegremente todo, hasta que no existen; es una institución, no sólo viva, sino precisamente la que contribuye, sobre todas, a facilitar el acceso de extensas capas de la población a la propiedad más íntimamente ligada a la persona, la de su propio hogar. El jurista no puede menos de sentirse cohibido, de llenarse de sentido de la responsabilidad al enfrentarse con ella; tiene que rechazar originalidades y dedicarse, modestamente, a sostener las líneas fundamentales del edificio, a cubrir, incluso, las grietas que pudiera observar; es lo que paso a hacer ante vosotros.

I.—LA REPRESENTACIÓN DEL PRECIO APLAZADO POR LETRAS DE CAMBIO.

En la práctica actual es muy frecuente que los diversos plazos en que se fracciona el precio se representen por otras tantas letras de cambio, generalmente libradas por el vendedor y aceptadas por el comprador, cuyos datos esenciales (clase y número de la letra, fechas del giro, del vencimiento y de la aceptación, importe, datos personales e incluso, en ocasiones, domicilio de pago) se hacen constar en la escritura.

El «rigor cambialis» de la letra funciona como una garantía para el vendedor, si la venta está hecha en documento privado; hecha en escritura, el reconocimiento de deuda del precio goza ya de acción ejecutiva y el pacto comisorio proporciona una garantía real, de forma que la finalidad de la emisión de las cambiales es más bien la económica de permitir al vendedor la obtención inmediata del precio mediante el descuento o negociación de las letras; sin que ello quiera decir que no se busquen, además, otras finalidades accesorias, a que nos referiremos, y que incluso se persiga también, barrocamente, una finalidad de garantía en esa «obsesión de seguridad» propia de los tiempos, que tan bien describía FLORES MICHEO (2).

(2) FLORES MICHEO, R.: *Formas indirectas o atípicas de garantía*, en «Estudios de Derecho Privado», coordinados por A. de la Esperanza Martínez-Ra-

Para estos supuestos, el artículo 1.170 del Código civil dispone que la entrega de los documentos de giro «sólo producirá efectos de pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso». Las letras, en efecto, no son dinero, sino sustitutivos del dinero. La relación entre el precio aplazado y las cambiabiles que lo representan con tanta frecuencia es el primer problema que quiero plantear.

El artículo 1.170 del Código civil, al ordenar el efecto solutorio del perjuicio de la letra, ha producido, sin duda, serios temores en algunos acreedores. Estos temores no son fundados, en cuanto que se exige para que el perjuicio de la letra produzca efectos de pago que sea debido a «culpa» del acreedor mismo, sin que pueda afectar al vendedor, acreedor del precio, la culpa del que normalmente la tendrá, el tenedor de la letra en virtud del último endoso, que es solamente acreedor cambiario mientras que no se le haya hecho cesión del crédito del precio aplazado. Pero, sobre todo, porque aunque el Código civil calle, el Código de Comercio no deja desamparado al librador de la letra perjudicada.

El vendedor-librador no solamente está autorizado expresamente para librar la cantidad de que dispuso, esto es, tiene la llamada provisión imaginaria (art. 458, I, *in fine*, del C. de C.) con las naturales consecuencias en materia de gastos por no haber sido aceptada o pagada la letra, sino que, y el mismo documento de venta lo acredita, al tiempo del vencimiento del efecto el librado es deudor frente al librador del importe del giro, es decir, tiene hecha verdadera provisión de fondos en la modalidad jurídica recogida en el artículo 457 del Código de Comercio. En consecuencia, perjudicada la letra, el vendedor-librador pierde la acción cambiaria

dio, Madrid, 1962, t. I, págs. 588 y sigs.—La sentencia de 15 de abril de 1963 reconoce esa finalidad económica de la emisión de las letras y el juego del artículo 1.170 del C. c.: «El precio pendiente de pago está representado por un efecto cambiario con renovación periódica, lo que indudablemente afecta al pago por ser el módulo o forma convenida el que ha de mantenerse como obligación de cumplimiento sucesivo mientras no se haga efectiva la cambial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.170 del C. c., con trascendencia o alcance de valor económico, porque mediante su negociación bancaria obtiene el acreedor una disponibilidad dineraria para el desenvolvimiento del negocio de construcción a que se dedica». También en el caso resuelto por la sentencia de 19 de diciembre de 1963 el precio aplazado estaba representado por letras de cambio.

ejecutiva, pierde también, si el perjuicio ha sido por su culpa, la acción causal (art. 1.170 del C. c.), esto es, en nuestro caso, la «actio venditi», pero tiene la acción de enriquecimiento, de Derecho cambiario, frente al comprador-librado que conserva en su poder la provisión; e incluso, si el perjuicio de la letra ha sido por culpa de otra persona—generalmente, el último endosatario—, el librador queda libre de responsabilidad en vía de regreso demostrando tener hecha la provisión (3), lo que automáticamente logra si ha vendido a precio aplazado en escritura pública; salvo, claro es, si ha ejercitado, al llegar el impago, el pacto comisorio, recuperando así la provisión.

Junto a este efecto solutorio del perjuicio de la letra, el artículo 1.170 señala un efecto suspensivo de su emisión, que hace que, en nuestro caso, el vendedor no pueda ejercitar la «actio ex vendito» hasta el vencimiento de la cambial; pero ello tampoco puede causar inconvenientes al vendedor, que nunca podría reclamar el pago del precio aplazado mientras no ha llegado el día fijado para el mismo, y el artículo 1.170, III, que lo establece, no puede obstaculizar los efectos del pacto, perfectamente válido, de que el impago de alguno de los plazos produzca automáticamente el vencimiento, y consiguiente exigibilidad, de los plazos futuros.

Finalmente, no atendida la letra a su vencimiento, y no perjudicada, cesa el efecto suspensivo, y el vendedor-librador puede optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación: cumplimiento, mediante el ejercicio de la acción ejecutiva nacida de la cambial, o de la acción causal, la «actio venditi» para el cobro del precio, que, si está en escritura, será también ejecutiva; y resolución, sea en base a la norma general del artículo 1.124 del Código civil, o, si expresamente se pactó la «lex commissoria», en base al artículo 1.504 del mismo Código. Hagamos algunas consideraciones generales sobre este precepto, las indispensables para situarle y poder orientarnos en su problemática.

(3) Vid. los artículos 483, 515 y 525 del C. de C., en relación con el 460, y además de las obras generales, GIRÓN TENA (José): *Una forma de interpretar los artículos del Código de Comercio sobre la provisión*, en «Revista de Derecho Mercantil», núm. 25, 1950, recogido en sus *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, págs. 375 y sigs.

II.—CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL.

Comencemos por situarle en el tiempo, para apreciar el sentido de su introducción en el Código civil.

El artículo 1.504 procede, como es sabido, directa e inmediatamente del artículo 1.656 del Código de Napoleón; su prehistoria es, por tanto, francesa. El rigorismo de la «lex commissoria» se había excesivamente debilitado en el «ancien régime» al introducirse en ella criterios de la llamada condición resolutoria tácita; «los tribunales—nos dice modernamente BORRICAND—consideraban que el pacto comisorio expreso dejaba subsistir la necesidad de una acción judicial, y que el juez podía, según las circunstancias, conceder al deudor plazos para cumplir y aun rehusar el pronunciamiento de la resolución. Esta jurisprudencia era aprobada por la doctrina» (4). Veamos, en efecto, dos citas que hace TROPLOG de los máximos juristas de aquella época: «El comprador puede, pues, dice POTHIER, hasta que haya recaído la sentencia, aun después de la expiración del término, impedir la resolución del contrato con sus ofertas»; «las cláusulas resolutorias...—dice DOMAT—no tienen el efecto de resolver inmediatamente la venta por el defecto de cumplimiento, sino que se concede un plazo para lo que ha sido prometido» (5). Ambas cosas, la posibilidad del comprador de pagar hasta el día de la sentencia, y la posibilidad del juez de concederle un nuevo plazo para ello, son—sigue TROPLOG (6)—las que quiso evitar el Código de Napoleón con su artículo 1.656: «Si se ha estipulado, en la venta de inmuebles, que por falta de pago del precio en el término convenido, la venta quedará resuelta de pleno derecho, el adquirente puede, sin embargo, pagar después de la expiración del plazo, en tanto que no haya sido puesto en mora por un requerimiento; pero, después de este requerimiento, el juez no puede concederle plazo».

La situación vigente en España, al introducirse, con el Código

(4) BORRICAND (Jean): *La clause résolutoire expresse dans les contrats*, en la «Revue Trimestrelle de Droit Civil», 1957, págs. 437-8.

(5) TROPLOG (M.): *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, De la Vente, 4.^a ed., t. 2.^o, Paris, 1845, págs. 141-2.

(6) Op. cit. en nota anterior, págs. 142 y sigs.

civil, el artículo 1.504 era, precisamente, la contraria; en Francia, el pacto, al no venir a producir otros efectos que los de la condición resolutoria tácita, había llegado a ser inútil; entre nosotros, el rigor de sus efectos quizá se consideraba excesivo; he aquí cómo una norma sustancialmente idéntica puede tener un sentido distinto, que incluso llevará a una interpretación en parte diferente. Veamos brevemente los precedentes españoles.

El Derecho romano (7) había reconocido a la «lex commissoria» el máximo rigor, que pone bien de manifiesto la fórmula generalmente usada en la práctica, según reiteradamente nos transmiten las fuentes: «ut fundus inemptus sit», «inemptus fierit», «et inemptae villae essent», etc. (8); lo que hoy llamamos resolución se producía de pleno derecho, y, como nos dice ULPIANO (9), sin necesidad de «interpellatio».

En nuestro Derecho, este rigor fué admitido, al tiempo que la «lex commissoria», por el Código de Eurico, el Liber Judiciorum, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y otros Cuerpos legales (10), hasta lle-

(7) Vid. ARANGIO-RUIZ (Vincenzo): *La compravendita in Diritto Romano*, vol. II, Napoli, Jovene, 1954. En la doctrina española son especialmente interesantes: FUENMAYOR CHAMPIN (Amadeo de): *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941, y D'ORS PÉREZ-PEIX (Alvaro): *In diem addictio*, Madrid, 1945, separata del «Anuario de Historia del Derecho Español».

(8) *Digesto*, XVIII, 3, De lege commissoria, 2, 4 y 8, respectivamente; los ejemplos podrían multiplicarse.

(9) «Marcellus libro vicensimo dubitat, commissoria utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero si non optulerit, et magis arbitrator offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere: quod si non habet cui offerat, posse esse securum» (ULPIANUS, libro trigensimo secundo ad edictum, en *Digesto*, XVIII, 3, 4, 4).

(10) La historia de la lex commissoria en España está sin hacer, y no es éste el momento de intentarlo; sobre la España visigoda, vid. MERÊA (Paulo): *Sobre a compra e venda na legislação visigótica* en sus *Estudos de Direito visigótico*, Coimbra, 1948, págs. 83 y sigs.; en nuestra doctrina, el mejor trabajo es el de FERNÁNDEZ ESPINAR (Ramón): *La compraventa en el Derecho medieval español*, en el «Anuario de Historia del Derecho Español», t. XXV (1955), págs. 293 y sigs., pero no hace otra cosa, en nuestro tema, que seguir la exposición de MERÊA. Los textos referidos son:

CÓDIGO DE EURICO, 296: «Si pars pretii data est, pars promissa, non propter hoc venditio facta rumpatur; 2 sed si emptor ad placitum tempus non solverit pretii reliquam portionem, pro parte quam debet solvat usuras; nisi hoc forte convenerit ut res vendita reformatur» («a no ser que se conviniere resolver la venta», traduce Alvaro D'Ors); en estas palabras finales ven MERÊA y FERNÁNDEZ ESPINAR el pacto comisorio. Vid. D'Ors (Alvaro): *Estudios visigóticos*, II, «El Código de Eurico, Edición Palingenesia, Índices», Roma-Madrid, 1960, especialmente págs. 28-29 y 216.

LIBER JUDICIORUM: Antiqua. Si pars pretii data non fuerit. «Si pars pretii data est, et pars promissa non adimpletur, non propter hoc venditio facta

gar a las Partidas, que constituían, en este punto, el único Derecho vigente a la publicación del Código civil: «Otrosi dezimos, que si el vendedor, e el comprador ponen pleyto (11) 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 fué dado, si al plazo non le fué fecha la paga, toda, o la mayor parte della: e desfazese la vendida. Pero con todo esto, en su escogencia es del 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 ouiere escogido una destas cosas sobredichas, non se puede después arrepentir, de manera que dexe aquella, por auer la otra», y continúa esta Ley (V-V-38) regulando, a la manera romana, los problemas de frutos y riesgos, en que no vamos a entrar.

Que esta Ley de Partidas establecía una resolución de pleno derecho a favor del vendedor, que podía, claro es, como en Derecho Romano (12), pedir el pago del precio, pero sin necesidad de nin-

rumpatur. Sed si emptor ad placitum tempus non exhibuerit pretii reliquam portionem, pro pretii parte quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenierit, ut res empta venditori debeat reformari» (V-IV-5).

FUERO JUZGO: Ley antigua. Si alguna parte del precio fincar por pagar. «Si la una partida del precio es pagada, y el otra partida finca por pagar, non se deve por ende desfazer la vendición. E si el comprador non pagare el otra partida del precio al plazo, pague las usuras daquela partida que deve, fueras si fuere parado, que la vendición fuesse desfecha si non pagas el precio al plazo» (V-IV-5).

FUERO REAL: III-X-2. Cómo después que el comprador, o el vendedor, tomare señal, no se puede desfazer la vendida: «Si el home alguna cosa vendiere, é tomare señal por la vendida, no pueda dasfazer la vendida; é si el comprador no quisiere pagar el precio, pierda la señal que dió, é no vala la vendida; é si el comprador no diere señal por la vendida, é diere alguna partida del precio, no se pueda desfazer la vendida, fuera por avenencia de amas las partes».

El pacto o convenio de que hablan todas estas leyes no es el ulterior al incumplimiento, sino el concertado al tiempo de la venta, es decir, la «lex commissoria».

(11) «Pleyto», como es sabido, no tiene el sentido actual, sino el de «pacto», del latín «placitum».

(12) Pero sin posibilidad de variación una vez hecha la elección, al igual que vimos en las Partidas: «Nam legem commissariam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus»; «Eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit statim atque commissaria lex est statuere venditorem debere, utrum commissariam velit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissariam elegit, postea variare»; «Post diem commissoriae legi praestitutum si venditor pretium petat, legi commissoriae

guna notificación o requerimiento, es evidente, y siempre ha sido afirmado por la doctrina española; Gregorio LÓPEZ nos dice que la «lex commissoria» tiene «vim resolutivam principii contractus» (13); Antonio GÓMEZ, que con ella «si praedicto tempore non solvatur, statim ipso jure rescinditur venditio, et dominium rei retransfertur in venditorem, ac si nunquam venditio esset celebrata» (14); lo mismo afirman los autores inmediatamente anteriores al Código civil: para el FEBRERO, «por el pacto de la ley comisoría prefijan ambos contrayentes un término, dentro del cual ha de pagar el comprador el precio; y no haciéndolo, se deshace el contrato; y vuelve la cosa vendida a poder del vendedor» (15), y para GUTIÉRREZ, «la cláusula “que sea desfecha” da a entender que es como si la cosa no hubiese sido comprada» (16). La práctica señalaba con rigor el efecto resolutorio de pleno derecho; basten dos citas de formularios notariales, una del siglo XVIII y otra de las vísperas del Código civil: MELGAREJO: «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» (17); y el mismo FEBRERO: «... y pasado dicho término sin hacerse su total solución, queda por el mismo hecho cómo desde ahora la tengo anulada esta venta, y ha de ser visto no habérsele transferido el dominio de dicha casa o heredad, ni haberse celebrado este contrato, sin que yo pueda ser compelido a restituir ni aun en parte tanto que me entrega en señal, y si intentare que se lo devuelva, no ha de ser oído en tribunal alguno, sino antes bien repelido y condenado en costas» (18).

Esta tradición ininterrumpida fué rota por el artículo 1.504 del

renuntiatur videtur, nec variare et ad hanc redire potest»; *Digesto*, XVIII, 3, «De lege commissoriae», 3, 4 y 7.

(13) Vid. la nota 3 a la citada Ley, Partidas V-V-38.

(14) «Variae Resolutiones Juris Civilis, Communis et Regni». Lugduni, MDCCI, pág. 213

(15) *Febrero, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, por don Florencio GARCÍA GOYENA y don Joaquín AGUIRRE, corregida y aumentada por don Joaquín AGUIRRE y don Juan Manuel MONTALBÁN, 4.ª ed., por don José DE VICENTE Y CARAVANTES, tomo II, Madrid, 1852, pág. 412.

(16) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (Benito): *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1.ª ed., tomo IV, Madrid, 1869, pág. 324.

(17) MELGAREJO (Pedro): *Compendio de contratos públicos, autos de particiones executivos y de residencias*, Madrid, 1733, pág. 23

(18) Loc. cit., *supra*, nota 15.

Código civil, al exigir, para que la resolución tenga lugar, un requerimiento del vendedor al comprador, y al prorrogar, entre tanto, las posibilidades de pago de éste: «En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el juez no podrá concederle nuevo término». Nada más ha cambiado, y, desde luego, no han sido alterados los efectos de pleno derecho de la resolución; ni siquiera es seguro que se estimara demasiado dura la posición del comprador, como antes dije; es muy posible que la innovación se deba a razones técnicas; el artículo 1.139 del Code había arrumado el principio romano «dies interpellat pro homine» estableciendo la necesidad de requerimiento para la puesta en mora del deudor; y muchos autores franceses explicaban el requerimiento de su artículo 1.656 como aplicación del 1.139 (19); GARCÍA GOYENA, después de reconocer que en el Derecho Romano y en el de Partidas, pactada la «lex commissoria», «la venta se resolvía *ipso jure* no pagándose el precio al plazo o tiempo convenido», nos dice: «En Derecho Romano y Patrio el día o plazo vencido “interpellabat”, hacía las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros hemos establecido lo contrario en el artículo 1.007 y lo aplicamos al caso de este artículo» (20).

Ya que me he extendido en exceso en estos aspectos históricos, voy a ser breve al tratar de la naturaleza jurídica de la resolución derivada del pacto comisorio, pues además, a mi entender, es clara: ocupa un lugar intermedio entre la producida por el cumpli-

(19) LAURENT (F.): *Principes de Droit civil français*, tomo XXIV, 2.^a edición, Bruxelles-París, 1878, págs. 331-2; AUBRY ET RAU: *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*; cito por la 5.^a ed., tomo V, París, 1907, pág. 153, nota 30, y tomo IV, París, 1902, pág. 131, nota 85; estas afirmaciones arrancan de los primeros comentaristas del Code.

(20) GARCÍA GOYENA (Florencio): *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Madrid, 1852, pág. 413, comentario al artículo 1.433. precedente, en el Proyecto de 1851, de nuestro artículo 1.504: «Aunque en 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, interin no haya sido puesto en demora por un requerimiento; pero si éste ha sido hecho, el Juez no puede concederle nuevo término».

miento de una verdadera condición resolutoria y la derivada de la llamada condición resolutoria tácita.

La tradicional ha sido la teoría de la condición resolutoria; ya la seguía el Derecho romano; no nos dejemos engañar por las discusiones de los romanistas sobre si el juego del pacto comisorio era el de una condición suspensiva, o el de una condición resolutoria, o, como es más probable, hay que distinguir épocas; sin desconocer las ventajas prácticas que pudiera tener la condición suspensiva, que en este mismo Centro expuso nuestro compañero GIMÉNEZ-ARNÁU (21), las oscuridades de los textos romanos no derivan de ahí, sino que son reflejo de un problema más amplio: si el Derecho romano, y desde cuándo, admitió una verdadera condición resolutoria, o si, por el contrario, entendía que a un negocio puro se le añadía una convención en sentido contrario bajo condición suspensiva, «negotium purum, quod sub condicione resolvitur» (22); de hecho, la teoría de lo que hoy llamamos condición resolutoria fué la romana, y la nuestra antes del Código civil.

Sin embargo, es difícil entender como condición propiamente dicha el impago del precio aplazado, que no es un evento externo, sino que está «in obligatione», de manera que elevarlo a condición sería tanto como dejar el contrato al exclusivo arbitrio del comprador, cuando siempre, desde el Derecho Romano, ha sido el vendedor el que ha podido optar entre exigir el pago o ejercitar el pacto comisorio; esta opción suprime todo automatismo y nos aleja del mecanismo de la verdadera condición; más aún hoy, con el artículo 1.504, en que el impago del comprador es sólo un elemento más del supuesto de hecho, que no produce por sí la resolución, en que es el requerimiento el que de manera inmediata la origina.

(21) GIMÉNEZ-ARNÁU (Enrique): *Las condiciones en el Registro de la Propiedad*, en «Centro de Estudios Hipotecarios Curso de Conferencias de 1951 (sobre Derecho Inmobiliario Registral)», Madrid, 1951, págs. 89 y sigs.

(22) En la discusión entran, precisamente, algunos textos relativos a la «Lex commissoria», aunque, como veremos, no es verdadera condición; entre ellos el de Ulpiano, D XVIII-III-1: «Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvitur emptio quam sub condicione contrahi videatur», y el de Paulo, XLI-IV-2: «Sabinus, si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia, sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvitur quam implebitur»; además de los opúsculos citados *supra*, nota 7, vid. SCIALOJA (Vittorio): *Negocios jurídicos*, trad. esp. de Pelsmaeker. Sevilla, 1942, págs. 84 y sigs.

En este sentido se produce nuestra doctrina actual, lo mismo que la francesa (23) y la italiana (24).

Ya en Resolución de 8 de enero de 1921, la Dirección General de los Registros declaraba que «las estipulaciones contractuales relativas a prestaciones esenciales, como es la del precio en la compraventa, no producen los efectos de las condiciones propiamente dichas, y si bien se suelen denominar así, deben ser relegadas al campo de las condiciones impuras y producir en cada caso las consecuencias específicas determinadas por los preceptos legales aplicables al tipo contractual»; añadamos la posibilidad de

(23) Señalan el carácter no automático del pacto comisorio BAUDRY-LACANTINERIE (G.) y SAIGNAT (Léo): *Traité théorique et pratique de Droit civil. De la vente et de l'échange*, 3.^a ed., París, 1908, pág. 583, y en general, todos los autores; más expícito es LAURENT, que afirma no hay condición resolutoria expresa, por el derecho de opción del vendedor; vid. op. cit., en nota 19, página 331.

(24) Es doctrina común, al tratar de la cláusula resolutoria expresa y del término esencial; citaremos algunos ejemplos: BARBERO (Domenico): *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 5.^a ed., Torino, 1958, págs. 488-9: «Porque la estipulación de la cláusula no forma más que el presupuesto de la eficacia inmediata de la declaración de valerse de ella»; «la resolución no tiene lugar de derecho por el verificarse del incumplimiento mismo, sino por la declaración de valerse de la cláusula resolutoria»; el incumplimiento, como tal, que debería representar el evento puesto en condición, no explica por sí el efecto resolutorio, sino que deja siempre subsistente la facultad de elección, en la otra parte, entre el cumplimiento y la resolución, facultad que sólo decae con la efectución de la elección mediante la declaración de valerse de la cláusula. El efecto resolutorio está propiamente ligado a esta "declaración", que constituye la "sentencia", pero no constituye "condición"; ella es, más bien, un requisito legal, *condicio iuris*, de la eficacia de la cláusula» (pág. 499); NATOLI (Ugo): *Il termine essenziale*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1947, I, pág. 229: «El interesado, a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, adquiere un derecho potestativo a provocar la resolución, o, para ser más precisos, un derecho de separación (*recesso*) unilateral»; el mismo NATOLI, en *Condizione risolutiva espressa e rapporto enfiteutico*, en «Il Foro Italiano», vol. LXIX, 1944-6, pág. 571: «El normal mecanismo de la condición (en sentido técnico) debe ser puesto en movimiento por un acto de la parte interesada, no obra automáticamente. La condición resolutoria expresa, en suma, no produce, verificándose el hecho previsto (incumplimiento), la resolución de la obligación, sino que crea a favor de la parte que ha cumplido un derecho potestativo a provocar la resolución»; NICOLÓ (Rosario): *Termine essenziale e mora debendi*, en el mismo tomo II de «Il Foro Italiano», pág. 933: «La resolución no es, en efecto, una sanción que opere automáticamente (con el mecanismo de la condición resolutoria en sentido técnico)»; MOSCO (Luigi): *La risoluzione de los contratos por incumplimiento*, trad. esp. de José Salaniero Cardo, Barcelona, 1962, pág. 3 del cap. IX: «Mientras la condición resolutoria produce automáticamente la resolución al verificarse el suceso futuro e incierto previsto en el caso de estipulación resolutoria, la existencia del incumplimiento previsto no es sino el presupuesto necesario para que la declaración de voluntad del acreedor produzca su efecto resolutorio», etc., etc.

opción del vendedor, y la necesidad del requerimiento como causa inmediata de la resolución; la teoría de la condición es insostenible. En contra de TRAVIESAS y como muy bien sostuvo RUIZ MARTÍNEZ (25), ni siquiera es admisible en nuestro Derecho, al ser de orden público el requerimiento del artículo 1.504, ir más allá de este precepto y elevar a propia condición resolutoria el impago del precio.

(25) TRAVIESAS (M. Miguel): *Obligaciones recíprocas*, en «Revista de Derecho Privado», septiembre y octubre 1929, págs. 273 y sigs. y 321 y sigs.: «No me parece dudoso que las partes puedan pactar, con eficacia, que el contrato quede resuelto por incumplimiento de una de las partes (art. 1.255). Pero este pacto puede ser una pura cláusula del contrato, o una condición resolutoria. En el primer caso, significa simplemente que el incumplimiento faculta al contratante, fiel al contrato, para exigir su resolución. Este contratante, entonces, tiene el derecho de arrepentirse de la conclusión del contrato; tiene un *ius poenitendi*. Ahora, que este derecho depende exclusivamente de su voluntad de hacerlo efectivo. Para ejercitarlo le bastará con comunicar a la parte contraria que da por resuelto el contrato.—Si el pacto constituye una condición resolutoria, entonces, la realización de la condición resolverá el contrato sin más. No será necesaria declaración de voluntad, ulterior al cumplimiento de la condición, para que la resolución se opere.—En suma: si el pacto de que se trata constituye una cláusula condicional, la resolución se opera por la notificación expresada; si el pacto constituye una condición resolutoria, la resolución se opera por el cumplimiento de la condición» (pág. 329).

Por el contrario, RUIZ MARTÍNEZ (Francisco): *Precio aplazado. Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento* (en esta REVISTA, octubre 1948, páginas 601 y sigs.), separa claramente el pacto resolutorio expreso del artículo 1.504 de la venta con verdadera condición resolutoria de falta de pago de precio, y presenta, para ésta, dos soluciones: «o denegar la inscripción de tal condición por tratarse a lo sumo de una condición impropia, que no puede actuar como las demás condiciones o implica además un pacto comisorio prohibido por la Ley, o considerar tal cláusula como un simple pacto de resolución convencional», es decir, el del 1.504; «esto quizá sea lo más acertado», concluye (pág. 616). Del mismo RUIZ MARTÍNEZ puede consultarse su *Sobre la condición y sus aledaños*, en esta misma REVISTA, diciembre 1950, págs. 787 y sigs., y enero 1951, págs. 1 y sigs.

En la moderna doctrina italiana, SCOGNAMIGLIO considera admisible solamente en tal caso, el contrato está destinado a caer de derecho y por el simple verificarse del incumplimiento, que operaría en todo como una condición verificarse del incumplimiento, que operaría en todo caso como una condición resolutoria. Pero nuestro legislador no acoge semejante solución, que, aun plenamente admisible en abstracto, podría dar lugar a alguna preocupación en vista de la eficacia automática, y por tanto, demasiado brusca, del mecanismo condicional». Vid. SCOGNAMIGLIO (Renato): *Contratti in generale*, Milano, 1961, página 269; en mi opinión, ni abstractamente cabe elevar a verdadera condición el incumplimiento por una de las partes de su obligación fundamental. El Tribunal Supremo rechaza la posibilidad, en nuestro Derecho, de una propia condición resolutoria, porque el artículo 1.504 «viene a eliminar toda posibilidad de pacto comisorio en la venta de inmuebles permitiendo el pago, aun cumplido el plazo estipulado para realizarlo, en tanto no haya sido requerido el comprador, notarial o judicialmente, para el pago del mismo» (sentencia de 11 de noviembre de 1943).

En el otro extremo se encuentra la llamada—mal llamada—condición resolutoria tácita. Desde un punto de vista formal, nuestro artículo 1.124 no exige la demanda judicial para obtener la resolución, a semejanza del Derecho alemán y a diferencia de los Derechos francés e italiano, sin perjuicio, claro es, de que si la contraparte no se allana a esta resolución extrajudicial y persiste en el mantenimiento del contrato, hay que acudir a la vía judicial, para que los Tribunales declaren si la resolución era o no procedente; en consecuencia, la sentencia dando lugar a la resolución es simplemente declarativa, y no constitutiva, como en los Derechos francés e italiano; ello hace que desde este punto de vista formal se aproximen, en nuestro Derecho, la resolución general del artículo 1.124 y la específica del 1.504; pero las semejanzas acaban aquí. Y las diferencias son evidentes; en cuanto al incumplimiento, la resolución del artículo 1.124 exige dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo, que no son precisos para la resolución del artículo 1.504: que se trate de un incumplimiento grave y culpable; grave, porque, como ha declarado el Tribunal Supremo, dicho precepto «ha de ser interpretado no de manera automática, hasta el punto de que cualquier infracción, por mínima que sea, conduce a la resolución del contrato, sino en sentido racional, lógico y moral» (S. de 5-V-1953), como ocurre con el simple retraso que no implique que el fin de la obligación quede frustrado (Sentada por el Tribunal Supremo, «una voluntad deliberadamente tencia de 12-V-1955); y culpable, exigiendo, según la fórmula más rebelde al cumplimiento de lo convenido». Y respecto de los efectos, bien conocida es la diferenciación entre la mal llamada acción de resolución del artículo 1.124 del Código civil, personal, del tipo de las rescisorias, y la verdadera resolución, de carácter real, del artículo 1.504; la polémica doctrinal que preparó la reforma del artículo 11 de la Ley Hipotecaria de 1944, y el precepto entonces introducido, hacen la materia suficientemente conocida como para no detenernos en ella. Si quiero, por el contrario, señalar el reducido ámbito de la intervención judicial en materia de pacto comisorio, frente al amplísimo que tiene respecto a la acción de resolución derivada del 1.124; me limitaré a una significativa cita. **RODRICAND:** «Si el juez está obligado a respetar las convenciones, tiene también por misión hacerlas respetar por los contratantes

mismos, y dispone de los medios de constreñirlos a ello. Puede, pues, a demanda del deudor, efectuar un cierto control sobre el ejercicio por el acreedor de su derecho de resolución. Puede también, a demanda del acreedor, ordenar las medidas conducentes a hacer efectiva la ruptura del lazo contractual» (26). «Si la resolución opera de manera cuasi-automática, no debe intervenir de manera arbitraria y privar al deudor de toda protección. La cláusula resolutoria no podría retirar al juez todo poder de apreciación. Sin duda no puede apreciar si la resolución está justificada en equidad... El control judicial—que se efectúa aquí *a posteriori*—no es ya un control de oportunidad, sino solamente, podría decirse, un control de legalidad» (27).

En nuestro Derecho, el confusionismo anterior a la reforma hipotecaria de 1944, alimentado por la expresión del artículo 1.504, que al decir «aun cuando se hubiera estipulado» pudiera entenderse que su norma es también aplicable cuando no se ha estipulado pacto comisorio de manera expresa, aunque lo que quiere marcar es precisamente el carácter imperativo, de orden público, de la posibilidad del comprador de pagar hasta que hubiese sido requerido, hace que todavía no estén todo lo deslindadas que fuera de desear la llamada resolución del artículo 1.124 de la verdadera resolución del artículo 1.504; en casación ambos preceptos se suelen alegar como infringidos conjuntamente por los recurrentes, y el mismo Tribunal Supremo en algún caso ha aplicado a la reso-

(26) Op. cit., *supra*, nota 4, pág. 453.

(27) Op. cit., *supra*, nota 4, pág. 454.

En el mismo sentido, la doctrina italiana; así, en cuanto a la entidad del incumplimiento, BARBERO: «La valoración del Juez es prevenida (y excluida) por la valoración de las partes en forma negocial» (op. cit., en nota 24, página 499, nota 2); SCOGNAMIGLIO: «La cláusula expresa viene a asumir principalmente el valor de una predeterminación de las hipótesis de incumplimiento que, según los pactos de los interesados, pueden provocar la resolución; y bien se explica entonces que, concurriendo dicha cláusula, no sea consentido indagar a este efecto sobre la mayor o menor entidad del incumplimiento» (op. cit. en nota 25, pág. 269); MOSCO: «La valoración de la gravedad del incumplimiento queda, sustraída a la decisión del Juez» (op. cit. en nota 24, página 19 del cap. IX), «la función del Juez llamado a decidir sobre una controversia nacida de contrato con cláusula resolutoria, se limitará normalmente a determinar si se ha verificado el incumplimiento previsto, y consiguientemente a declarar por sentencia resuelto o no el contrato sin indagar la gravedad del incumplimiento» (ibídem). Es también irrelevante que ese incumplimiento sea o no culpable por parte del deudor; vid. SCOGNAMIGLIO, op. cit. en nota 24, página 270, y, claro es, GIORGIANNI (Michele): *L'indadempimento*, Milano, 1959.

lución del 1.504 criterios de equidad de la acción del 1.124. Sin embargo, la distinción entre ambas acciones se marca en la sentencia de 28 de enero de 1944, refiriéndose a «el matiz diferencial que entre los mismos se da», «que prácticamente se traduce en la imposibilidad de pagar—en el caso del 1.504—, una vez que transcurre el término convenido, si media el acto solemne que obsta a la eficacia del pago»; y al poco tiempo, la sentencia de 1 de mayo de 1946 declaró que «esta facultad de tal suerte genérica reconocida—la del artículo 1.124—, se eleva de rango y categoría, convirtiéndola en resolución de pleno derecho cuando los contratantes la recogen en un pacto perfectamente válido y de indudable licitud como es el establecido en la compraventa» por el artículo 1.504 del Código civil.

Entre ambos extremos, por arriba la verdadera y propia condición resolutoria, y por abajo la condición resolutoria tácita del artículo 1.124, la doctrina española actual encuadra el pacto comisorio del artículo 1.504 del Código civil como un supuesto de cláusula resolutoria expresa; así especialmente mis compañeros Domingo IRURZUN y Celestino MÁS ALCARAZ (28); esta es también la posición dominante en Francia, en que la expresión es bien antigua (29), pudiéndose citar modernamente el trabajo de BORRICAND encuadrando el 1.656 del Code dentro de un estudio general de la cláusula resolutoria expresa (30); y por lo que hace a la doctrina italiana, la inexistencia de un precepto semejante al 1.656 francés y 1.504 español en su Código de 1865, dió lugar a una elaboración doctrinal, que ha cuajado en el artículo 1.456 del Código vigente, que, bajo la rúbrica de «Cláusula resolutoria expresa», dispone: «Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas. En este caso, la re-

(28) Vid. IRURZUN GOICOA (Domingo): *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio* (Notas para un ensayo de diferenciación), y MÁS ALCARAZ (Celestino): *El pacto comisorio*, ambos en los «Estudios de Derecho Privado», coordinados por A. de la Esperanza Martínez Radio, tomo II, Madrid, 1965, págs. 1-55 y 56-93, respectivamente. El trabajo de IRURZUN ha sido también publicado en la «Revista Internacional del Notariado», núm. 52 (cuarto trimestre de 1961), páginas 27-58, y núm. 53 (primer trimestre de 1962), págs. 61-86.

(29) Vid. TROPLONG: *Notre article nous conduit au cas où la clause résolutoire est expresse*, pág. 137 de op. cit. *supra*, nota 5.

(30) Vid. op. cit. *supra*, nota 4.

solución se verifica de derecho, cuando la parte interesada declara a la otra que entiende valerse de la cláusula resolutoria». Fue, quizá, el primero RUIZ MARTÍNEZ en señalar «la identidad sustancial» de este precepto italiano con el 1.504 de nuestro Código (31), y ciertamente la tiene, siempre que se tenga en cuenta que el 1.504 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 artículo 1.504.

III.—LAS LETRAS DE CAMBIO Y EL PACTO COMISORIO.

Una vez sentadas estas ideas generales sobre el pacto comisorio, volvamos al supuesto, tan frecuente, de que el precio aplazado esté representado por letras de cambio. La exégesis que al principio hicimos del artículo 1.170 del Código civil no es suficiente, porque en buena medida este precepto es norma simplemente dispositiva; nada obsta, por ejemplo, a que en lugar de «pro solvendo», según el 1.170 dispone, la entrega de las letras se pacte como verdadera «datio in solutum» (32), de forma que con ella el precio quede totalmente pagado, y únicamente subsistan, entre las partes, relaciones cambiarias; esto nos lleva a plantear si es posible un juego más radical de las letras en nuestro supuesto.

En materia de hipoteca, que tan íntimas relaciones guarda con el pacto comisorio, es posible, desde luego, constituir la como cobertura o superposición de garantía de un crédito representado por letras de cambio, con opción para el acreedor de ejercitar en su día las acciones cambiarias, las causales o las hipotecarias; pero también creemos posible la constitución de la hipoteca cambiaria propiamente dicha, garantizando directamente la hipoteca el pago del crédito derivado de la cambial, y no sólo como hipoteca de má-

(31) Vid. op. cit. *supra*, nota 25, pág. 608. Para un estudio detenido, vid. BONET RAMÓN (Francisco): *La resolución de la compraventa de inmuebles en los Derechos español e italiano*, en la «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 1, julio-diciembre 1953, págs. 89 y sigs.

(32) Vid. HERNÁNDEZ GIL (Antonio): *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1960, pág. 419.

ximo, a la manera indicada por GUIMERÁ (33). Así ha sido defendido por SAPENA y por ROCA SASTRE (34), y así ha venido a ser reconocido por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (art. 7.º).

En mi opinión, se rompe, sin embargo, aquí el paralelismo, que pudiéramos calificar de normal, entre la hipoteca y la «lex commissoria»; 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; cuando se pacta la resolución por falta de pago de alguna de las letras, se utiliza una manera abreviada de hablar, lo mismo que se pueden fijar los plazos con referencia a los vencimientos de las cambiales.

El Tribunal Supremo ha mantenido firmemente los principios de que el artículo 1.504 es una especialidad típica de la compraventa de inmuebles y que garantiza precisamente el pago del precio. Ha de tratarse, en efecto, de una verdadera compraventa, aunque lo sea con reserva de dominio (S. de 9 de noviembre de 1944), o aunque las partes la hubieran, equivocadamente, denominado «compromiso de venta» (S. de 28 de enero de 1948); pero no es aplicable a la mera promesa, incluso bilateral, de comprar y vender (Ss. de 7 de octubre de 1896, 28 de octubre de 1931 y 11 de noviembre de 1943). Y la obligación del comprador que así se garantiza ha de ser el pago del precio aplazado, no otras posibles obligaciones del mismo, como las de hacer obras, construcciones y mejoras en la finca comprada (S. de 21 de mayo de 1948), o pagar por cuenta de la vendedora el arbitrio de plusvalía (S. de 7 de junio de 1963), principio que exagera notoriamente la sentencia de 7 de febrero de 1950 al rechazar la aplicación del artículo 1.504, «ya que el incumplimiento del comprador no afectaba solamente a la falta de pago, sino a otra obligación de hacer, como la de facilitar y concurrir al otorgamiento de la escritura cuando el vendedor le instaba a efectuarlo»; bien es verdad que esta sentencia

(33) GUIMERÁ PERAZA (Marcos): *Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio*, en la «Revista Jurídica de Cataluña», 1954, págs. 139 y sigs.

(34) SAPENA TOMÁS (Joaquín): *Hipoteca cambiaria*, en la «Revista de Derecho Mercantil», 1946, II, págs. 249 y sigs., y ROCA SASTRE (Ramón M.): *Variaciones sobre la hipoteca cambiaria*, en «Centenario de la Ley del Notariado, Sección 3.ª, Estudios Jurídicos Varios», vol. I, Madrid, 1964, págs. 235 y sigs.

se refiere a Cataluña, que concedía la resolución al amparo del artículo 1.124, alegado por el vendedor, y que fué el comprador quien recurría, basándose, entre otros motivos, en la inaplicación por la Sala de instancia del artículo 1.504.

Esta íntima e inescindible conexión entre el pacto comisorio y la obligación del comprador de pago del precio, tan bien marcada por la Jurisprudencia, es lo que impide que la «lex commissoria» garantice directamente la obligación del comprador-aceptante de pagar las cambiales que representan el precio aplazado, pues aunque exista una vinculación entre ellas tan estrecha que el pago de las letras es pago del precio, hasta el momento final, del pago o del perjuicio de las cambiales, la *actio venditi* y el correspondiente derecho subsisten, aunque sin poder ejercitarse mientras dure el efecto suspensivo, con autonomía de las acciones y derechos cambiarios. El pacto por el cual la entrega de las letras aceptadas por el comprador al vendedor produjera, por sí, el efecto del pago del precio, como *datio in solutum*, tampoco posibilitaría la conexión entre el pacto comisorio y las letras, sencillamente porque, al estar ya pagado en tal forma el precio, el pacto comisorio no cabría.

Otra consecuencia de interés tiene esta separación entre la «lex commissoria» y las cambiales; el endoso, no ya de una letra aislada, sino incluso de todas ellas, o de la única existente, no puede producir la cesión del crédito de precio aplazado con su garantía de pacto comisorio; esto es, la «lex commissoria» no puede constituirse «a favor de los tenedores presentes y futuros» de las cambiales, como dispone el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador; el tenedor, legitimado por la cadena de endosos, no puede ejercitar la opción, no puede verificar el requerimiento del artículo 1.504 resolviendo la venta, ni a fin de adquirir él mismo la finca vendida, ni a fin de que la readquiera el primitivo vendedor. La cesión tiene que ser necesariamente extracambiaria, y aun así no deja de plantear serios problemas.

Ahora bien, como dijimos, la desconexión entre el pacto comisorio y las cambiales desaparece en el momento final, en el del pago, porque al pagar las letras se paga el precio garantizado con la «lex commissoria». Esto hará posible un mayor juego de las

cambiales en la cancelación del pacto comisorio, según más adelante veremos.

IV.—LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO AL COMPRADOR Y LA NATURALEZA DEL «REQUERIMIENTO» DEL ARTÍCULO 1.504.

Es frecuente en la práctica notarial prorrogar de alguna manera el plazo al comprador, de forma que, aun después del requerimiento del artículo 1.504, tenga algunos días para pagar; buenos ejemplos de ello nos dan algunas de las escrituras que originaron los recursos al principio indicados; según ellas, el comprador podría pagar durante el plazo reglamentario para contestar al acta (R. de 13 de junio de 1962), los quince días siguientes (R. de 18 de junio de 1962) o los treinta días hábiles (R. de 27 de septiembre de 1962); como todos sabéis, ello no fué apreciado como defecto por el Registrador que las calificó, ni, por tanto, se ocupó de estos problemas la Dirección; fué otro Registrador, Buenaventura CAMY, prestigioso comentarista en la «Revista de Derecho Privado» de las Resoluciones de la Dirección, el que planteó la cuestión (35); según él, el requerimiento del artículo 1.504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario es una pura notificación que «no puede recoger manifestación alguna del comunicado»; «no se pregunta al comprador por qué no ha pagado. No se le conmina a que pague. No se le pide, en suma, nada, sino solamente se le notifica una decisión para que no se oponga. Y si el comprador podía oponer alguna excepción, debió ejercitarla ante el Tribunal oportunamente o hacerlo ahora»; «una vez realizada la notificación no se puede abonar ninguno de los plazos pendientes» (36); la ampliación del plazo supone, para él, o que se ha pretendido crear una condición resolutoria distinta, cosa que considera admisible en Derecho, pero que no puede tener acceso al Registro, o se ha pretendido ampliar la de aquellos preceptos con nuevos requisitos, de forma que al requerimiento de pago previsto en la cláusula habrá de seguir la notificación del artículo 1.504 del Código civil y 59 del

(35) Comentario a la Resolución de 13 de junio de 1962, en «Revista de Derecho Privado», julio-agosto 1962, págs. 681-4.

(36) Op. cit. en nota anterior, pág. 683

Reglamento Hipotecario, y el comprador podrá pagar entre tanto ésta no se le verifique, aunque haya caducado el plazo concedido en aquél, y entonces, por oscuridad en la redacción, tampoco puede tener la cláusula acceso al Registro. CAMY insiste en esta postura en su comentario a la Resolución de 18 de junio de 1962, si bien precisando, con acierto, que en el caso de que no se haya querido añadir un requisito más, sino sustituir por el requerimiento pactado el ordenado en la Ley, la cláusula no solamente no sería inscribible, sino que sería nula de conformidad con el artículo 1.504 en relación con el 4.º, ambos del Código civil (37). Por el contrario, estima válida la cláusula de la escritura que dió lugar a la Resolución de 27 de septiembre de 1962 (38), con arreglo a la cual el pago puede hacerse en los treinta días hábiles siguientes al requerimiento, que, para él, tiene una «profunda diferencia» con las anteriores: «Pacto—nos dice—que no contradice en modo alguno lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código civil, ya que sólo se propone añadir un requisito más a lo dicho por él, o sea, el transcurso de los treinta días, al cual no hay nada que objetar, pues puede obedecer a muy distintos motivos, en los que no podemos entrar, y que no hace otra cosa que robustecer la idea de aquel precepto y ello quizá en beneficio del deudor» (39).

La defensa doctrinal de tales cláusulas de ampliación de plazo se hizo al poco tiempo en la misma Revista por un Notario, Angel MARTÍNEZ SARRIÓN (40): «Ciertamente que la jurisprudencia ha interpretado con dureza el requerimiento a que dicho artículo se refiere, en el sentido de que aquél produce automáticamente la resolución sin posibilidad de ulterior pago. Precisamente por eso muchos Notarios procuramos darle elasticidad y evitar que un deudor, que se confiase en las promesas de benevolencia del vendedor, pudiera después ser sorprendido por éste, con irreparables efectos resolutorios y comisorios. Es decir, que si un requerimiento puede producir un efecto automático, también puede producirlo condicional-

(37) «Revista de Derecho Privado», octubre de 1962, págs. 913-6.

(38) «Revista de Derecho Privado», enero de 1963, págs. 90-1; la cita como de 9 de septiembre de 1962.

(39) Op. cit. en nota anterior, pág. 91.

(40) *Repercusiones prácticas de escrituras notariales*, en la «Revista de Derecho Privado», marzo de 1964, págs. 183 y sigs., especialmente págs. 186 y siguientes.

mente si así se pacta. De ese modo, lo mismo que se puede requerir sin más al comprador moroso para que tenga por resuelta la compraventa, se le puede también requerir para que la tenga por resuelta sólo en caso de que no cumpla el requerimiento de pago que a la vez se le hace, señalándole un término para realizarlo. No admitirlo sería volver contra el comprador una norma que sólo trata de impedir el efecto automático de la resolución pactada en contra de él, facultándole para que pueda pagar, aun vencido el plazo, hasta que se le requiera. Norma que prohíbe que la resolución tenga lugar antes, pero que no trata de impedir que pueda tener efecto después» (41); en la construcción de CAMY, añade, hay por lo menos dos postulados inexactos, «porque el requerimiento... sin duda puede recoger la contestación del requerido, que, verbigracia, puede afirmar haber pagado e incluso exhibir justificantes de ello», y «porque el comprador requerido puede pagar si al requerirle se le pone en la alternativa de pagar en un plazo dado o de sufrir la resolución en caso contrario: ese plazo no se lo puede conceder el juez, pero nada prohíbe que se lo conceda el acreedor condicionando el efecto resolutorio a su transcurso sin pagar. Impedirlo, repetimos, sería contrariar la moral; entenderlo de tal forma equivaldría a facilitar resultados poco éticos» (42).

Es mérito indudable de MARTÍNEZ SARRIÓN haber planteado su defensa de las cláusulas de ampliación de plazo en el terreno más difícil, admitiendo que el «requerimiento» de que nos habla el artículo 1.504 no es un «requerimiento de pago», lo que habría facilitado su labor, sino una «notificación». Es este uno de tantos problemas teóricos, de trascendencia práctica, que presenta el artículo 1.504, el de la naturaleza jurídica del «requerimiento» que preceptúa.

La antigua doctrina francesa veía, en general, un requerimiento de pago en la «sommation» del artículo 1.656 del Code; así debía entenderlo el mismo TROPLOD, para quien este precepto permite «al comprador purgar su mora en tanto que no ha sido requerido de pagar» (43), mientras que ya no podrá hacerlo «cuando ha sido puesto en mora por un requerimiento al que no ha obede-

(41) Op. cit. en nota anterior, pág. 188.

(42) Op. cit. *supra*, nota 40, pág. 189.

(43) Op. cit. *supra*, nota 5, pág. 140.

cido» (44); más claramente, COLMET DE SANTERRE (45); llegando esta doctrina hasta PLANIOL y RIPERT: «Es un requerimiento de pagar el precio que constituye al deudor en mora; solamente si el comprador no se atempera a este requerimiento, es cuando el vendedor podrá ejercitar su opción y, si bien le parece, hacer jugar la resolución» (46). Hechas estas citas para demostrar que no ha habido unanimidad en el país vecino, es preciso hacer constar que de Francia es de donde nos ha venido la teoría de la notificación; «no es propiamente—nos dicen BAUDRY-LACANTINÈRE y SAIGNAT (47)—un requerimiento de pagar que el vendedor dirige al comprador; es un requerimiento en el que manifiesta la voluntad de usar del derecho que le pertenece de resolver la venta, porque el comprador está en retraso de pagar»; y más claramente LAURENT: «El comprador puede, sin embargo, pagar después de la expiración del plazo, en tanto que no ha sido puesto en mora por un requerimiento; luego a partir del requerimiento no puede ya pagar. Por consiguiente, el requerimiento no tiene por objeto requerir al comprador a pagar; tiene, al contrario, por objeto constatar el momento en que la venta está resuelta, y en que, por consiguiente, no puede ya tratar de pagar» (48); en el mismo sentido, GUILLOUARD ve en el requerimiento una declaración por la que el vendedor hace conocer su intención de usar el pacto comisorio (49). En la doctrina italiana, en que, a falta de precepto específico para las ventas de inmuebles, únicamente cabe alegar el artículo 1.456, no puede presentarse duda ninguna: se trata de una notificación del acreedor al deudor.

El artículo 1.504 del Código civil nada dice expresamente, pero la proximidad del verbo «pagar» a la palabra «requerimiento» sugiere la idea de que trata de un requerimiento de pago, y así empezó siendo interpretado el precepto; fué MANRESA el que señaló la contradicción que ello suponía y al mismo tiempo indicó la manera

(44) Op. cit. *supra*, nota 5, pág. 141.

(45) Cit. por BAUDRY-LACANTINÈRE y SAIGNAT, op. cit., *supra*, nota 23, página 584, y por LAURENT, op. cit. en nota 19, págs. 332-4.

(46) PLANIOL (Marcel) y RIPERT (Georges): *Traité pratique de Droit civil français*, tomo X, con el concurso de Joseph HAMEL en la parte de la venta, París, 1932, pág. 174.

(47) Op. cit. en nota 23, pág. 584.

(48) Op. cit. en nota 19, pág. 333.

(49) Cit. por PLANIOL-RIPERT, op. cit. en nota 46, pág. 174, nota 3.

de salvar la dicción del Código: «Pero cabe preguntar: ¿requerimiento a qué o para qué? ¿Es que se trata quizá de un requerimiento de pago? La lectura del art. 1.504 deja esa impresión; pero apenas formada en el ánimo del que lee, surge la consideración de lo anómalo y paradójico que resulta el requerir de pago a una persona precisamente para impedirle que pague y para fundar en ese requerimiento una eficaz negativa de aceptación del precio. Esta sencilla reflexión entendemos que es más que suficiente para comprender que en el art. 1.504 no se trata de un requerimiento de pago o para pago, sino más bien de una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato, o, si se quiere, para mejor armonizar el espíritu con la letra del Código, con un requerimiento que el vendedor hace al comprador para que se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo contractual de extinción» (50).

Nuestro Tribunal Supremo ha seguido esta doctrina de MANRESA, en los dos términos de su disyuntiva; en el primero, la sentencia de 7 de julio de 1911 declaró que el comprador puede pagar «hasta que el vendedor haya manifestado su voluntad de resolver el contrato, poniendo su propósito en conocimiento del comprador por requerimiento judicial o por acta notarial», «requerimiento que se refiere a la manifestación del propósito del vendedor para resolver el contrato de venta»; una serie de sentencias pueden citarse en esta misma línea: la de 8 de julio de 1933, que habla expresamente de «notificarle auténticamente», y las de 1 de mayo de 1946, 9 de marzo de 1950, 4 de junio de 1958, 23 de septiembre de 1959, etc., etc. (51); el segundo término de la disyuntiva de

(50) MANRESA Y NAVARRO (José María): *Comentarios al Código civil español*, tomo X, 3.^a ed., Madrid, 1919, pág. 298.

(51) *Sentencia de 8 de julio de 1933*: «Para, expirado el plazo de pago, requerir judicialmente o por acta notarial al deudor, al objeto de notificarle auténticamente que no concede prórroga para el cumplimiento de aquella obligación, y que opta por la resolución del contrato».—*Sentencia de 1 de marzo de 1946*: Además del impago es preciso que «producido este hecho, el vendedor haya manifestado al comprador su propósito decidido de resolver el contrato, manifestación que habrá de realizarse mediante requerimiento judicial o notarial, es decir, auténticamente acreditado».—*Sentencia de 9 de marzo de 1950*: «Requerimiento hecho por el vendedor al comprador, o sea, declaración de voluntad del primero, expresada en forma auténtica y que haga patente su propósito de optar por la resolución».—*Sentencia de 4 de junio de 1958*: «Requerimiento, o sea, su declaración de voluntad expresada en forma auténtica que haga patente su decisión de optar por la resolución».—*Sen-*

MANRESA, que pretendía acallar los escrúpulos que pudiera originar la letra del Código, es acogido por la sentencia de 3 de julio de 1917 «rectamente interpretado este precepto, no puede afirmarse que el requerimiento de que se habla se refiera al pago del precio convenido, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinción»; como vemos, las palabras de MANRESA son casi literalmente seguidas, confirmandose expresamente esta posición en las sentencias de 30 de mayo de 1942, 11 de noviembre de 1943, 28 de enero de 1948 y 30 de diciembre de 1955, entre otras (52). Especialmente interesante es la sentencia de 30 de mayo de 1942, que acabamos de citar, porque precisamente la cuestión sometida al Tribunal era si los vendedores habían hecho o no el requerimiento del artículo 1.504 a los compradores; el requerimiento se había practicado judicialmente; en el escrito en que se solicitaba de la autoridad judicial la práctica del requerimiento parece que se citaba el ar-

tencia de 23 de septiembre de 1959: «Una previa declaración de voluntad del vendedor, expresada en forma auténtica, judicial o notarial, recepticia para el comprador, de tener por resuelto el vínculo por tal causa» (la falta de pago).

La primera de estas sentencias, la de 8 de junio de 1933, admite incluso que el vendedor pueda hacer la notificación de resolución después de haber sido emplazado en virtud de demanda del comprador para que otorgase la escritura y cobrase el precio, pero antes de contestar y reconvenir; precisamente en la reconvención pidió la resolución, que obtuvo.

(52) *Sentencia de 30 de mayo de 1942*: «Requerimiento éste que, atendido su fin, que es el de obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido, y por constituir antecedente de la disolución del vínculo contractual, tiene el valor de una intimación concreta que, como ha dicho la sentencia de este Tribunal de 3 de julio de 1917, no se refiere al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla».—*Sentencia de 11 de noviembre de 1943*: «Esta Sala tiene declarado en sentencias de 3 de julio de 1917 y 30 de mayo de 1942, que dicho requerimiento, atendido su fin, que es el de obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido, y por constituir antecedente de la disolución del vínculo contractual, tiene el valor de una intimación, referida, no al pago del precio, sino a que se allanase el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla».—*Sentencia de 28 de enero de 1948*: «Como ha dejado declarado esta Sala, entre otras sentencias, en las de 3 de julio de 1917 y 30 de mayo de 1942, el requerimiento a que se refiere el artículo 1.504 del Código civil tiene la finalidad de obtener que el comprador se allane a dar por resuelto el contrato».—*Sentencia de 30 de diciembre de 1955*: «Aquel requerimiento, atendido su fin, que es obstar formalmente al pago hecho ya fuera del término convenido, ha de ser diferente y previo a la demanda, ya que constituye antecedente de la disolución del vínculo contractual y tiene el valor de una intimación, referida no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no oponer obstáculo a este modo de extinguirla».

ículo 1.504, pero la cédula con que fué cumplimentado decía simplemente: «para que en el acto satisfaciesen a doña y don la parte de precio no pagada aún y convenida en el contrato de compraventa que el escrito expresa, con el apercibimiento legal correspondiente»; el Tribunal Supremo declara que la conducta de los requeridos debió determinarse por el texto de la cédula, que nada decía de resolver, y que «aun en otro aspecto implica, inicialmente al menos, voluntad de no resolver» (53).

El artículo 59 del Reglamento Hipotecario de 1947, al sustituir la palabra «requerimiento» que, siguiendo la letra del Código, empleaba el artículo 97 del Reglamento de 1915, por la palabra «notificación», se basaba, por tanto, en una jurisprudencia fuertemente asentada, y que ha sido, como hemos visto, ulteriormente confirmada con reiteración.

Pues bien, volviendo al problema práctico que habíamos planteado, los autores que parten del requerimiento de pago lógicamente admiten que el comprador puede pagar en el acto del requerimiento, como TROPLONG (54), e incluso tienden a concederle un plazo mayor; así, COLMET DE SANTERRE sostuvo que había que conceder al comprador el plazo moralmente necesario para atemperarse al requerimiento, un día o tres; «no sería razonable—añá-

(53) Con respecto a las *formas notariales* del requerimiento del 1.504, el Tribunal Supremo tiene declarado que «al practicar el Notario autorizante del acta el requerimiento a la compradora en la forma que aparece del acta, o sea, entregando a un vecino inmediato cédula de notificación por haber encontrado cerrada la puerta de la casa de la persona que había de ser requerida y no contestar nadie a los repetidos llamamientos, se ajustó a las disposiciones legales..., debiendo surtir todos los efectos la notificación en tal forma hecha a la compradora» (*Sentencia de 30 de octubre de 1922*).—Los Tribunales de instancia, en los casos resueltos por las *sentencias de 5 de julio de 1933 y 23 de septiembre de 1959*, entendieron bien hecho el requerimiento del 1.504 «por acta notarial de entrega de carta» y «por carta certificada, con la garantía de la fe notarial de su texto y dirección», respectivamente, pronunciamientos en que no entró el Tribunal Supremo. *Forma judicial* es, además de la demanda, el acto de conciliación, según reiterada jurisprudencia (7 de julio de 1911, 3 de julio de 1917, 30 de octubre de 1956, 25 de septiembre de 1950, 15 de abril de 1963, etc.).

En cuanto al *fondo*, creemos que tiene razón MIRABELLI: es «una declaración unilateral, de naturaleza negocial recepticia»; «el efecto resolutorio se tendrá en el momento en que la declaración llega al incumplidor» (págs. 491 v 492, respectivamente); mejor, cuando se practica la diligencia. Vid. MIRABELLI (Giuseppe): *Commentario del Codice Civile*, libro IV, tomo 2.º, título II, Torino, 1958.

(54) Op. cit. en nota 5: «Cuando ha sido puesto en mora por un requerimiento al que no ha obedecido» (pág. 141).

de—que el acto que compele al comprador a pagar le privara inmediatamente del derecho de ejecutar el hecho que se le compele a cumplir», «el olvido, la negligencia, la inercia del deudor, quizá incluso una confianza inspirada por la falsa complacencia del acreedor, podrian causar al comprador un daño considerable» (55). En cambio, los que sostienen que es una notificación, no pueden admitir el pago ulterior, pero incluso, pareciéndoles un poco dura su postura, suelen admitir el pago en el acto mismo del requerimiento; así BAUDRY-LACANTINÈRIE y SAIGNAT: «Admitimos, sin embargo, que el comprador tiene el derecho de pagar en el momento en que recibe el requerimiento, pues ejecutándolo en el mismo momento en que ha sido puesto en mora, no ha estado un solo instante en retraso, o, al menos, en retraso oficialmente comprobado» (56).

Esto, en los puros términos del artículo 1.656; veamos las posibilidades del pacto de prórroga. Si se parte de la teoría del requerimiento de pago, no cabe duda la respuesta afirmativa; así PLANIOL-RIPERT no solamente lo consideran posible, sino que expresamente lo aconsejan para evitar las dudas que podrian surgir de la teoría de la notificación: «Para que ninguna dificultad pueda nacer, es prudente que el contrato dé al comprador un cierto plazo después del requerimiento (ocho días o quince) para pagar sin que juegue la resolución; solamente si el comprador no ha pagado dentro de este plazo es cuando la venta será resuelta» (57). Es más, partiendo de la teoría de la notificación, BAUDRY-LACANTINÈRIE y SAIGNAT también lo admiten y nos dicen que era práctica en su época: «En la práctica, se redacta habitualmente la cláusula en términos que no permiten plantear esta cuestión: se dice que la venta será resuelta de pleno derecho tantos días después de un simple requerimiento; entonces el comprador tiene el derecho de pagar en el plazo convenido después del requerimiento, y la venta no se resuelve de pleno derecho más que después de la expiración de este plazo» (58).

En nuestro Derecho de ninguna manera puede defenderse ac-

(55) Cit. por LAURENT, op. cit en nota 19, pág. 332

(56) Op. cit. en nota 23, pág. 584.

(57) Op. cit en nota 46, pág. 174, nota 3

(58) Op. cit. en nota 23, pág. 584.

tualmente la teoría del requerimiento de pago; se trata de una pura notificación, pero sin que las consecuencias lógicas de esta construcción puedan aplicarse en todo su rigor, sino con la medida que en Francia hemos visto exponer a BRAUDY-LACANTINÉRIE y SAIGNAT; creemos con Joaquín SAPENA (59) que, por razones de equidad, el principio de conservación del contrato y el «favor debitoris», debiera admitirse el pago al comprador en el momento mismo del requerimiento, e incluso en los dos días laborables que el Reglamento Notarial establece para contestar, en general, a todo requerimiento, que no es un término de gracia, que es lo que el artículo 1.504 impide, sino el tiempo estimado legalmente necesario para igualar al requerido ausente en el momento de la práctica de la diligencia con el presente, y, en cierto modo, con el requirente, que ha podido meditar y asesorarse todo lo que quiso antes de proceder al requerimiento (60).

De la misma forma nos parece perfectamente válido que, sea espontáneamente en el requerimiento, sea en virtud de pacto contenido en la escritura de compraventa, el vendedor conceda un plazo superior al comprador, mediante el mecanismo del requerimiento de pago y, subsidiariamente, para el caso de que no sea atendido en el término señalado, la notificación de resolución; fórmula de validez general, que no hay por qué negar en nuestro supuesto, y que pudiera encontrar apoyo en nuestra Jurisprudencia (61).

(59) SAPENA TOMÁS (Joaquín): *Actualidad de la «fiducia cum creditore» (Problemas de la carta de gracia)*, en la «Revista de Derecho Notarial», tomo XVII-XVIII, julio-diciembre 1957, pág. 201.

(60) En la práctica es frecuente admitir el pago en el acto del requerimiento; puede verse la fórmula del caso sobre el que recayó la sentencia de 10 de marzo de 1966: «Tendrá lugar de pleno derecho la resolución del presente contrato, previo el requerimiento notarial infructuoso exigido por el artículo 1.504 del C. c.»; la validez de esta cláusula, para mi indudable, no fué discutida en el pleito. El Notario, para evitar toda oficiosidad por su parte, debe procurar que en el requerimiento que a él se le hace se le diga expresamente si debe aceptar el pago del comprador en el acto de la diligencia, o en el plazo reglamentario, o si debe rechazarlo.

(61) La sentencia de 30 de mayo de 1942, la de la *cédula incompleta ya citada*, rechazó un motivo de recurso fundado en que «el requerimiento hecho implicaba al par el designio de lograr el pago inmediato y de anunciar formalmente, si no se hacía, el propósito resolutorio de la obligación, basándose en el modo subsidiario en que eventualmente pueden ejercitarse ambas acciones», pero lo fué sólo como cuestión nueva, no planteada en instancia. La sentencia de 30 de octubre de 1956, ante un supuesto de requerimiento notarial al comprador para que comparezca en determinada Notaría para otorgar la es-

V.—EL PROTESTO, EL ARTÍCULO 1.504 Y EL PACTO «SIN NECESIDAD DE REQUERIMIENTO» (*).

En el deseo de abrir nuevos cauces a la práctica jurídica, que es una de las más altas misiones de la función notarial en su dimensión profesional, que tantos maravillosos resultados ha conseguido, junto con los inevitables tanteos y hasta fracasos, se ha querido en ocasiones llenar el requisito del requerimiento del artículo 1.504 mediante el acta notarial de protesto por falta de pago de la letra representativa del precio aplazado o de parte de él. Fue también CAMY, en su comentario a la Resolución de 18 de junio de 1962, el que levantó la cuestión, opinando en sentido negativo: «Pues no se nos pretenderá decir que al exigirse por aquel precepto una notificación judicial o notarial, esta exigencia ha quedado cumplida con el protesto, ya que por mucho que retorciéramos su contenido no habría modo de encajar dentro de él que consista también en una notificación de haber optado por la resolución y no por la acción de petición de precio, máxime cuando la acción ejecutiva nacida del protesto de tener alguna similitud, más tendría con esta última acción de petición de precio que con

critura y pagar el precio, advirtiéndole que si no accedía al requerimiento quedaría resuelta la venta, casa la sentencia de instancia, que no había concedido la resolución, y declara resuelta la venta, apoyándose en el precepto genérico del artículo 1.124, que admite pedir la resolución aun después de solicitado el cumplimiento; pero esta sentencia no es decisiva, ya que con posterioridad al requerimiento notarial se notificó la resolución mediante acto de conciliación.

Frente a estas fórmulas no creo que quepa alegar los precedentes romanos y de Partidas que impedían al vendedor variar, una vez hecha su elección; véase nota 12.

Confirma la interpretación benigna, defendida en el texto, incluso para aquellos supuestos en que no exista pacto especial ni concesión del vendedor, el carácter de adhesión que estas ventas con frecuencia presentan, y que ha reconocido el T. S. en sentencia de 23 de abril de 1964: «dado el aspecto de contrato de adhesión que tienen los de referencia».

Claro es que con estas fórmulas se podría circunvenir el artículo 1.504, a base de un plazo breve para el vencimiento y un largo plazo para pagar después de la notificación, con resolución automática a su terminación; entonces habría nulidad por fraude a la Ley.

(*) Recuérdese que esta conferencia es anterior a la Ley 47/1967, de 22 de julio, de modificación de algunos artículos del Código de Comercio sobre protesto de letras de cambio; la argumentación puede verse afectada en algún punto, pero la conclusión sería hoy la misma. (N. del A.)

la que a nosotros nos interesa de la notificación de la resolución» (62).

La postura afirmativa fue defendida por MARTÍNEZ SARRIÓN: «El protesto—que no es primigenia ni fundamentalmente un requerimiento de pago, sino la constatación del impago de una cambial—¿por qué no puede cumplir la función del requerimiento notarial a los efectos del artículo 1.504 del Código civil, si expresamente se conviene en ello? ¿No cabe completar su significado con el pacto que le atribuya esa función, que si es inscrito no podrá tercero alguno alegar su ignorancia? Y, aun de no admitirse, ¿podría ello impedir la inscripción de la condición resolutoria o tan sólo la del pacto de la «innecesidad de otra intimación?», y ¿por qué esa intimación no va a poder ser agregada al protesto?, ¿qué lo impide? Nos inclinamos por estimar que el requerimiento notarial que el protesto es, puede cumplir la función del previsto en el artículo 1.504, siempre y cuando expresamente los otorgantes hayan convenido en atribuirle dicha función; es decir, en estimar que el protesto significa la opción por la resolución si no se paga la letra. De lo cual, una vez transcrito en el Registro, insistimos en que no podrá alegar tercero alguno su ignorancia» (63).

Tiene razón, desde luego, MARTÍNEZ SARRIÓN al pensar que la intimación del artículo 1.504 puede ser «agregada» al protesto; no hay aquí ninguna unidad de acto, en el sentido de unidad de asunto, que impida llevar ambos requerimientos a un mismo instrumento; pero el verdadero problema está en si el protesto puede llenar la función del requerimiento del 1.504, por sí mismo, o en virtud de pacto.

Ello nos lleva a tratar del problema inverso al antes desarrollado, a si es válido el pacto de que la resolución se produzca sin necesidad de requerimiento, porque no hay duda de que, si esto fuera posible, también lo sería el sustituirle por el acta de protesto, porque estando permitido lo más, *a fortiori* estaría permitiendo lo menos.

La antigua doctrina francesa, frente a una jurisprudencia contradictoria, se inclina en general por la admisibilidad de la «lex commissoria» *sans sommation*; para LAURENT, el derecho de op-

(62) Op. cit. en nota 37, pág. 915.

(63) Op. cit. en nota 40, pág. 190.

ción que se concede al vendedor es perfectamente renunciabile (64); pero los más de los autores piensan que establecido el pacto *sans sommation* en interés del vendedor no puede deducirse de él que el vendedor pierda su derecho de opción, su posibilidad de exigir el cumplimiento al comprador, y de ello deducen que, para que produzca sus plenos efectos, es preciso que, además, se pacte que el lugar del pago será el domicilio del vendedor, porque si, con arreglo a las normas generales, hubiere de hacerse el pago en el domicilio del deudor—el comprador—, el vendedor tendría que probar, para obtener la resolución, que ha reclamado el pago en dicho domicilio; podría intentarlo por cualquier medio de prueba, pero el más normal sería precisamente el requerimiento del que el pacto había querido librarle (65).

Pero con esto solamente se elimina uno de los obstáculos que se oponen a la admisibilidad del pacto «sin necesidad de requerimiento», esto es, el interés del vendedor, que hay que respetar, pues puede tenerlo todavía en el cumplimiento. Existe otro interés en juego, el del comprador, de poder pagar aun después del vencimiento del plazo, lo que eliminan fácilmente los autores franceses afirmando que el requerimiento impuesto por su artículo 1.656 no es de orden público, o más suavemente, «ne tient pas assez á l'ordre public» (66).

En nuestro Derecho, la validez del pacto «sin necesidad de requerimiento» fue admitida por GARCÍA GOYENA, pues al fundar el actual artículo 1.504 en las normas de la mora, era lógico deducir que en virtud de pacto, *dies interpellat* (67). Pero se trata de opi-

(64) Op. cit. en nota 19, núm. 348, págs. 335-7.

(65) AUBRY et RAU, op. cit. en nota 19, pág. 153, nota 30; BAUDRY-LACANTINÈRE et SAIGNAT, op. cit. en nota 23, pág. 586; PLANIOL-RIPERT, op. cit. en nota 46, págs. 174-5, y nota 1 de la pág. 175; en las dos obras últimamente citadas se argumenta, en el sentido indicado en el texto, la necesidad práctica de que se fije, como domicilio de pago, el del vendedor.

(66) BAUDRY-LACANTINÈRE y SAIGNAT, op. cit. en nota 23, pág. 585, y PLANIOL-RIPERT, loc. cit. en nota anterior; las palabras citadas en el texto entre comillas son de TROPLONG, op. cit. en nota 5, pág. 139.

(67) Loc. cit. en nota 20: «Pero si además concurrese la circunstancia prevista en el número 1 del artículo 1.007, se observará lo dispuesto en el mismo»; el núm. 1.º del artículo 1.007 del Proyecto de 1851 (actual art. 1.100) decía: «Para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora debe mediar requerimiento de parte del acreedor, excepto en los casos siguientes: 1.º Cuando en el contrato se haya estipulado expresamente que el sólo vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad del requerimiento».

Es indudable la relación de nuestro tema con el de la mora, pero teniendo

nión aislada; la generalidad de la doctrina, sin detenerse en ello, entiende que es de orden público la necesidad del requerimiento, y el Tribunal Supremo así lo ha confirmado; la sentencia de 16 de octubre de 1961, referida a Cataluña, pero aplicando el artículo 1.504, declaró «que si bien es cierto que esta Sala, al encontrarse con la aparente colisión de los preceptos contenidos en el artículo 1.255 (esto es, la autonomía de la voluntad) y 1.504 del Código civil, pareció inclinarse por la prevalencia de aquél sobre éste, y llegó a proclamarlo así en la sentencia de 10 de diciembre de 1910, en la que daba a entender que por convenio de las partes podía soslayarse la necesidad de aquel previo requerimiento, lo cierto es que posteriormente, y ya de modo reiterado, vino declarando lo contrario», citando las diversas sentencias que, incidentalmente, y desde diversos puntos de vista, habían ido señalando la necesidad de tal intimación (68); esta doctrina es, a mi manera de ver, in-

siempre en cuenta que el 1.504 es una norma especial; el T. S. así lo proclama en la sentencia de 9 de noviembre de 1944, que sienta doctrina contraria a la de GARCÍA GOYENA, si bien no contempla la excepción del pacto, sino la de la *compensatio morae* de las obligaciones recíprocas: «El precepto general del artículo 1.100..., en el último párrafo de su número segundo, en el sentido de no ser necesario el requerimiento previo al deudor..., carece de aplicación al caso por estar regulado en la venta de inmuebles por una disposición especial como la del artículo 1.504..., ante la que debe ceder la de carácter general».

Precisamente por aplicación de la doctrina de la mora entendió el Tribunal Supremo, en esta sentencia, inoperante el requerimiento del vendedor, cuando estaban vigentes las disposiciones dictadas a partir de la Ley de 27 de agosto de 1938, sobre moratoria en las plazas recién liberadas.

(68) Además de las sentencias citadas en ésta de 16 de octubre de 1961 y de la de 11 de noviembre de 1943, citada *supra*, nota 25, pueden verse la sentencia de 8 de julio de 1933: «por motivos de orden público, no tiene otra finalidad (el art. 1.504) 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», y la de 23 de septiembre de 1959, que incidentalmente declara: «pues sin este último requisito (el requerimiento), aunque se hubiese convenido lo contrario, podrá efectuarse válidamente el pago fuera del plazo señalado».—Entre las citadas en aquélla es de especial interés la de 1 de mayo de 1946, para la que en el artículo 1.504 «y por las razones de orden público a que constantemente se refiere la reiterada jurisprudencia que ha motivado su interpretación, y para procurar la firmeza y seguridad de los contratos de tales naturaleza y objetividad, impidiendo anormales alternativas en la transmisión de los inmuebles con mengua del crédito territorial y facilitando los medios de que lleguen a realizarse estas transmisiones en los términos pactados sin menoscabo de los intereses que representan, se define la mora para este incumplimiento mediante una limitación de los efectos inmediatos a que habría de conducir la aplicación del comiso convenido, y se establece una forma especialísima de resolución de tales contratos, no obstante lo pactado, en cuya vista y contem-

dudable, 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 hubiera 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; la opinión contraria que, sobre un texto sustancialmente idéntico, prevalece en la doctrina francesa, no debe inducirnos a error, porque el sentido de la introducción del precepto en el Código francés y en el nuestro fué, como vimos, también contrario; allí, reforzar la autonomía de la voluntad, admitiendo la resolución de pleno derecho; entre nosotros, limitar esa autonomía, autorizando, sin perjuicio de esa resolución, el pago del comprador hasta un requerimiento que, por tanto, resulta, imperativamente, indispensable; he aquí un ejemplo concreto de cómo el contrario contexto histórico imponen una interpretación también contraria de normas en sí idénticas.

Esta era, para mí, la máxima posibilidad de sustituir por el protesto el requerimiento del artículo 1.504; rechazada, me inclino por la negativa; ni el protesto en sí equivale al requerimiento del artículo 1.504, ni puede obtener la misma virtualidad por pacto expreso, aunque esté inscrito en el Registro de la Propiedad. Para reforzar la analogía entre ambas instituciones habría que concebirlas esencialmente como requerimientos de pago: el acta del 1.504 no es requerimiento de pago, sino notificación de resolución, y el protesto tiene un aspecto de requerimiento de pago, pero no es sustancialmente eso, aunque por una deformación doctrinal, que parece tiende a corregirse, haya pasado a primer término; el protesto es, ante todo, como su nombre indica, protesta del tenedor de la letra de conservar sus acciones ante el impago, especialmente en vía de regreso (69); es testimonio que acredita el estado de la

plación se pronuncia el precepto, haciendo derivar el incumplimiento en tal caso, no sólo de la nueva falta de pago en la forma y plazos estipulados, sino además en que, producido este hecho, el vendedor haya manifestado al comprador su propósito decidido de resolver el contrato, manifestación que habrá de realizarse mediante un requerimiento judicial o notarial, es decir, auténticamente acreditado y previo a la interposición de la demanda», y, precisamente por no haberse hecho, casa la sentencia de instancia, que había dado lugar a la resolución.

(69) MONTERROSO Y ALVARADO (Gabriel): *Práctica Civil y Criminal, y Instrucción de Escribanos*, Madrid, 1591, nos da dos formularios de protestos que así lo confirman. En el primero comparecen ante el Escribano el tenedor y el

letra al tiempo de producirse el impago, aspecto sobre cuya importancia práctica nunca se insistirá demasiado; y es también medio de acreditar la falta de pago, para lo que podría bastar el hecho concluyente de estar la letra en poder del acreedor al día siguiente del vencimiento, pero legalmente no basta, sino que es preciso un requerimiento de pago al librado, no sólo para que pueda tachar de falsedad la firma de la aceptación o alegar lo que tenga por conveniente—para lo que bastaría una mera notificación—, sino para darle una última oportunidad de pagar y demostrar así, una vez más, el impago. Hay, pues, una gran diferencia conceptual entre ambos; hay, además, grandes diferencias de regulación, en materia de domiciliación, en materia de pago (70), en materia de circulación de la letra (71). Pero, sobre todo, se daría a la resolución un automatismo no querido por la Ley, ya que el vendedor tiene, no la obligación, pero sí la carga de protestar la letra necesariamente al día siguiente del vencimiento, si no quiere que ésta se perjudique. Ahora bien, la nulidad es meramente parcial, y sigue siendo necesaria, en su día, la notificación, en una de las formas del artículo 1.504, la cual puede «agregarse», como decía MARTÍNEZ SARRIÓN, al acta de protesto por falta de pago.

VI.—EL PACTO DE RETENCIÓN POR EL VENDEDOR DE LOS PLAZOS COBRADOS.

Ejercitada la «lex commissoria», el vendedor recupera, automáticamente, la propiedad de la finca; pero la resolución de la compraventa da origen a una serie de relaciones obligacionales entre las partes para liquidar las consecuencias de esa disolución del

librado, se testimonia la letra, y hace el tenedor el siguiente requerimiento al librado: «Luego el dicho fulano dixo, que pedía y pidió, y requirió al dicho fulano cumpliesse la dicha cédula, y le diese y pagasse los dichos tantos ducados en ella contenidos, donde no, que protestava y protestó de cobrar del que le dió la cédula» (pág. 204). Más claro aún, por marcar la prelación en el tiempo del protesto al requerimiento, el segundo formulario, en el que el tenedor dice al librado «que si sobre el protesto que estava hecho quería pagar la dicha cédula» (pág. 204).

(70) El librado puede pagar en el acto del protesto y después, siempre que lo haga antes de las veinte horas del mismo día (art. 506 del C. de C.), posibilidad legal que de hecho se amplía en la práctica.

(71) El protesto se efectúa, normalmente, a requerimiento del Banco tenedor; la notificación del 1.504 sólo puede hacerla el vendedor mismo.

vínculo contractual. En nuestro Derecho, a falta de normas específicas, es preciso acudir a las de las obligaciones condicionales, y, entre ellas, claro es, a las que regulan las consecuencias del cumplimiento de la condición resolutoria, por razones de evidente analogía y por la misma colocación sistemática del artículo 1.124 sobre la condición resolutoria tácita, de la que el pacto comisorio no es, al fin y al cabo, más que un reforzamiento convencional. Así lo ha entendido la Dirección General de los Registros, que en Resolución de 3 de junio de 1961 considera aplicable a nuestro supuesto el artículo 1.123 del Código civil.

En consecuencia, el vendedor tiene que restituir al comprador la entrada, si la hubo, y los plazos cobrados con anterioridad (artículo 1.123); si el precio aplazado producía intereses se compensarán con ellos los frutos, pero si no los producía, el comprador tendrá que entregar los frutos, retroactivamente, al vendedor (artículo 1.120), si bien éste tiene que satisfacer los gastos hechos por aquél para su producción, recolección y conservación (art. 356); el comprador responde de los deterioros de la cosa de que sea culpable, pero no de aquellos de que no tenga culpa (art. 1.122, 4.ª y 3.ª, a que remite el 1.123, III); el vendedor resulta favorecido por las mal llamadas mejoras provenientes de la naturaleza de la cosa o del tiempo (art. 1.122, 5.ª), y si la mejora se ha efectuado a expensas del comprador, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario (art. 1.122, 6.ª), esto es, solamente ejercitar el *jus tollendi*, si fuere posible, y compensarlas con los desperfectos, pero sin ningún derecho a indemnización (arts. 487 y 488), salvo el debido a reparaciones extraordinarias (art. 501); la misma aplicación de las normas, tan duras, del usufructuario que impone el artículo 1.122, 6.ª, hace más favorable la posición del comprador en cuanto a las mejoras jurídicas, especialmente las cantidades que haya desembolsado para cancelar o ir amortizando las hipotecas o cargas que graven la finca, que deberán serle reembolsadas por el vendedor (art. 509), gozando entre tanto el comprador, para este caso y el de las reparaciones extraordinarias, del derecho de retención (art. 522).

Frente a la normativa que acabamos de resumir, es frecuente el pacto de que el vendedor no tiene que hacer ninguna restitución ni abonar ninguna indemnización al comprador, sino que éste pier-

de automáticamente, en beneficio de aquél, la entrega inicial, los plazos anteriormente satisfechos, las cantidades que haya pagado para cancelar o ir amortizando cargas o hipotecas y las impensas que en la finca haya podido efectuar, incluso las cantidades invertidas en la edificación de un solar o en la puesta en regadío de una finca rústica. Los conceptos que, generalmente de manera cumulativa y sin la debida separación, suelen alegarse para justificar estas retenciones del vendedor son, principalmente, la contraprestación por el uso que el comprador ha hecho de la finca, la indemnización por los deterioros de la misma o, en general, por los daños y perjuicios sufridos por el vendedor y la sanción o cláusula penal al comprador por su incumplimiento. Claro es que, junto a ellas, existen cláusulas razonables, que fijan la parte del precio pagado que puede retener el vendedor; o la gradúan según el tiempo en que se produzca el incumplimiento y las cantidades que el comprador haya pagado hasta entonces; o determinan el mínimo de retención, que puede o no coincidir con la entrada, y los incrementos que sobre él proceden por razón del tiempo; o, en caso de solares, se dan normas para la valoración de la parte de edificación realizada por el comprador, tanto por ciento que de este importe hará suyo el vendedor, y plazos que al vendedor se le conceden para restituir al comprador el resto. Diremos algunas palabras sobre ello, no sin antes hacer constar que no es problema específico del artículo 1.504 y que la doctrina generalmente lo examina respecto de la venta con pacto de reserva de dominio (72).

Nuestra sensibilidad jurídica se subleva frente a aquellas cláusulas rigurosas; mas al acudir a la historia, comprobamos, no ya que se hayan juzgado válidas y lícitas, sino que han sido innecesarias, porque la apropiación por el vendedor de los plazos cobrados era efecto natural de la «lex commissoria», sin que fuera preciso

(72) Así lo hace también el Código civil italiano, que en tema de venta con reserva de dominio, establece que no tiene lugar la resolución por falta de pago de un solo plazo que no supere la octava parte del precio, conservando el comprador el beneficio del término para los plazos sucesivos (art. 1.525); ordena, en caso de resolución, la restitución por el vendedor al comprador de los plazos percibidos, «salvo el derecho a una equitativa compensación por el uso de la cosa, además del resarcimiento del daño» (art. 1.526, I); y dispone que «cuando se haya convenido que los plazos pagados permanezcan adquiridos por el vendedor a título de indemnización, el Juez, según las circunstancias, puede reducir la indemnización convenida» (art. 1.526, II)—Véase el artículo 11 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos.

pactarlo. El Derecho romano, en efecto, permitió al vendedor retener «quod arrae vel alio nomine datum esset» (73), y sólo si el vendedor reclamaba al comprador los frutos que éste hubiese percibido, le hacía restituir la parte de precio cobrado (74); y las Partidas recogen estas doctrinas, con atenuaciones para el supuesto de que el comprador hubiese pagado la mayor parte del precio (75), pero sin necesidad de pacto especial (76).

Estos precedentes históricos nos deben llevar a considerar con mayor frialdad las cláusulas de apropiación, a no condenarlas en bloque, sino caso por caso; a hacernos cargo de su fundamento, aunque sea insuficiente o erróneo, y, en suma, a graduar su ineficacia. Normalmente, salvo cuando la entrega inicial por parte del comprador es muy elevada, no es posible afirmar, al tiempo de la venta, si al llegar el incumplimiento la cláusula será o no excesiva; y, desde luego, el problema no se presenta en la realidad, generalmente, con los negros caracteres con que suele pintarse, ya que el comprador no se arriesgará a incurrir en la resolución por falta de pago de un último y pequeño plazo, cuando tiene satisfecha la casi totalidad del precio, y menos si en la finca ha invertido cuantiosas sumas, teniendo, por ejemplo, casi terminado un edificio; en estas condiciones no le será, en principio, difícil encontrar el dinero que le falte para aquel último y pequeño pago. Haré también constar, aun a riesgo de que alguien crea que trato de justificar cláusulas

(73) D. XVIII, 3, «De lege commissoria», 6 (SCAVEOLA, libro secundo responsorum).

(74) «Sed quod ait Neratius habet rationem ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit» (D. XVIII, 3, «De lege commissoria», 4, 1; ULPIANUS, libro trigensimo secundo ad edictum).

(75) Partidas, V-V-38: «... e gana por ende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fué dado, si al plazo no le fué fecha la paga, toda, o la mayor parte della; e desfazese la vendida. Otrosí dezimos, que si el comprador ouiesse rescibido algunos frutos de la cosa, que assí ouiesse comprada, que los deue tornar al vendedor; fueras ende, si el que la vendió no quisesse tornar la señal, o la parte del precio que ouiesse rescibido: ca estonce non deue auer los frutos». El inciso referente al supuesto de que el vendedor hubiese recibido la mayor parte del precio no le he visto comentado en los autores anteriores al Código civil; pudiera significar que, en tal caso, no habría lugar a la resolución, pero me inclino por entender que el vendedor tendría que restituir.

(76) Gregorio LÓPEZ: «etiamsi de hoc non fuisset pactum expressum» (nota 4 a la Ley de Partidas citada en la nota anterior).

que, en ocasiones, hasta hacen daño a los ojos, que, en la intención del vendedor, tienen un doble fundamento, el dotar del máximo automatismo a su readquisición de la propiedad, sin que en aquel momento puedan plantearse ningún género de cuestiones, y el reforzar el efecto psicológico, preventivo, del pacto comisorio, que no tiende a expropiar al comprador, sino a asegurar su cumplimiento (77).

Creo suficientes estas consideraciones para inclinarnos a pensar que tales cláusulas no desnaturalizan la «lex commissoria», no afectan a la validez de ésta. Ciertamente es que, en su virtud, el pacto comisorio adquiere ciertas semejanzas con su homónimo (78), el pacto comisorio de los derechos reales de garantía, radicalmente nulo, que podrían ofrecer mayor base para la construcción de una teoría general que abarcara ambos supuestos, a la manera, por ejemplo, de la defendida por mi compañero MONEDERO GIL (79), que ve en la «lex commissoria» de la compraventa una enajenación en garantía hecha por el deudor (comprador) al acreedor (vendedor), suspensivamente condicionada en cuanto a su eficacia al hecho de que el deudor incumpla su obligación de pagar el precio y a que el acreedor ejercite su facultad de apropiarse de la cosa en satisfacción de su crédito, en paralelismo con la teoría de la enajenación en garantía defendida por BIANCA (80) sobre la naturaleza del pacto comisorio en los derechos reales de garantía.

(77) En la práctica, la finalidad del pacto comisorio de las ventas no es otra que la de garantía; el lograr que sea el comprador quien vaya detrás del vendedor para pagarle, en lugar de tener que buscar el vendedor al comprador para intentar cobrar; por ello muchos vendedores se inclinan por las cláusulas rigurosas, pero sin intentar quedarse, al fin, con la cosa y con buena parte del precio, y sabiendo perfectamente que aunque lo intentasen nunca lo lograrían; incluso llegado el impago, es frecuente que los vendedores practiquen la notificación resolutoria sin intención de recuperar la propiedad de la finca, sino para prevenirse frente a los acreedores del comprador y para forzar a éste al pago; por ello muchas veces aceptan el ofrecimiento de pago del comprador después de la notificación del artículo 1.504.

(78) Sobre la cuestión etimológica, vid. LAJACONO (Vicenzo): *Il patto commissorio nei contratti de garanzia*, Milano, 1952, págs. 2-3; y entre nosotros, RUIZ MARTÍNEZ: *Precio aplazado...*, cit. en nota 25, págs. 608-9.

(79) La conferencia de Francisco Javier MONEDERO GIL en la Academia Matritense del Notariado no está aún publicada; vid. referencias en los trabajos de IRURZUN y de MÁS ALCARAZ, citados en nota 28, págs. 25-6 y 88-9, respectivamente. Se trata de una teoría general de la «lex commissoria», no limitada al supuesto de existencia de pacto de apropiación.

(80) BIANCA (C. Massimo): *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.

En tesis general, y pese a todas las semejanzas que quieran encontrarse, las diferencias entre la «lex commissoria» de la compraventa y el pacto comisorio de los derechos de garantía son esenciales, con la fundamental consecuencia de la nulidad de éstos y de la validez de aquélla. Las diversas teorías que se han formulado sobre el fundamento de la sanción de nulidad del pacto comisorio en los derechos reales de garantía (81) no son alegables para la «lex commissoria» de la compraventa; lo mismo si contemplan la relación interna, acreedor-deudor, y ven la *ratio* de la prohibición en la tutela de la voluntad del deudor, constreñido por el estado de necesidad de obtener un préstamo, o en evitar un enriquecimiento injusto, incluso usurario, de parte del acreedor; que si se fijan en la relación externa, tratando de proteger a otros acreedores, o si se piensa que más bien se trata de imponer a las partes formas más perfectas de derechos reales de garantía, evitando una regresión a la «fiducia cum creditore» mediante cláusulas que devenirían de estilo, porque, como decían las Partidas, «no querrían los omes rescibir de otra guisa los peños» (V-XIII-12); por ello, la rigurosa persecución legal del pacto comisorio en los derechos de garantía a partir de Constantino nunca alcanzó, ni en el Derecho canónico, a la «lex commissoria» de la compraventa (82). Es muy distinta la naturaleza jurídica de la adquisición del acreedor en los derechos reales de garantía con pacto comisorio, de la del vendedor, acreedor del precio, en la compraventa con «lex commissoria»; lo primero ha sido poco estudiado (83), como advierte BIANCA, por «el escaso relieve atribuido al problema de la calificación jurídica de una convención sancionada con nulidad radical» (84); las principales doctrinas ven en ella una venta (85), una dación de pago, o una enajenación en garantía efectuada por el deudor en favor de su acreedor; en todo caso existiría una adquisición nueva por

(81) Vid. LOJACONO, op. cit. en nota 78, págs. 22 y sigs.; BIANCA, op. cit. en nota anterior, págs. 202 y sigs.; y IRURZUN, op. cit. en nota 28, págs. 34 y sigs.

(82) Vid. LOJACONO, op. cit. en nota 78, págs. 8 y sigs.

(83) Vid. BIANCA, op. cit. en nota 80, págs. 105 y sigs., y MÁS ALCARAZ, op. cit. en nota 28, págs. 65 y sigs.

(84) Op. cit. en nota 80, pág. 105.

(85) Así el Derecho Romano en la época permisiva: «Creditor a debitore pignus emit sive in exordio contractus ita convenerit, sive postea; nec incerti pretii venditio videtur, si convenerit, ut, pecunia fenoris non soluta, creditor jure empti dominium retineat cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit» (PAPINIANO, *Fragmenta Vaticana*, 9).

parte del acreedor, la adquisición de un bien que antes no era suyo; mientras que en nuestro supuesto (86) no hay adquisición, sino readquisición; allí, si el pacto comisorio fuese válido, habría un título de adquisición por el acreedor, cuya naturaleza jurídica es lo que se discute; aquí el vendedor no adquiere la cosa por un título nuevo, sino que es de nuevo suya en virtud del título primitivo, que hace que la cosa le siga perteneciendo al haberse resuelto la enajenación que, en base de él, había efectuado; como bien dice LA RICA, la nueva inscripción a favor del vendedor que preceptúa el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, es, realmente, una «re-inscripción» (87). En el pacto comisorio de la venta hay, desde luego, una finalidad de garantía, pero la institución tiene su encuadre en la figura más general de la resolución de los contratos; se trata de mantener el sinalagma funcional de los recíprocos, de dar a la parte que ha cumplido la posibilidad de recuperar su prestación, en lugar de obligarla a perseguir, en concurrencia con otros acreedores, la contraprestación del incumpliente o la subsidiaria indemnización, frecuentemente en vano. El derecho del vendedor a recuperar la propiedad de su finca tiene que ser automático e incondicionado, totalmente independiente de las retenciones que por Ley o por pacto pueda hacer y de las restituciones que deba efectuar, separando radicalmente el efecto jurídico-real de las consecuencias puramente obligacionales entre las partes; su readquisición, al ser producida por el incumplimiento del comprador, no ha de tener más requisitos que este incumplimiento, y no puede ser enervada por la existencia de pactos que regulen las relaciones obligatorias entre las partes; sólo los derechos de los terceros adquirentes merecerán una especial protección.

Las diferencias de principio entre la «lex commissoria» de la venta y el pacto comisorio de los derechos reales de garantía subsisten, como vemos, aun en el supuesto de que se haya pactado la retención del precio cobrado por el vendedor; ni siquiera cabe, salvo a efectos sistemáticos, distinguir, como hace IRURZUN, dos categorías de «lex commissoria»: la cláusula resolutoria (no habla de pacto comisorio para huir del juego de palabras) sin pacto co-

(86) Vid. BIANCA, op. cit en nota 80, págs. 224 y sigs.

(87) DE LA RICA Y ARENAL (Ramón): *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 2.ª parte, Madrid, 1949, pág. 94.

misorio—sin apropiación del precio—, y la cláusula resolutoria con pacto comisorio—con apropiación del precio pagado— (88). Si de esta clasificación se quisieran deducir las consecuencias lógicas, buscando la identidad o la analogía de la última categoría con el pacto comisorio de los derechos reales de garantía, y declarando nula la «lex commissoria» con pacto de apropiación, el resultado sería terrible; no cabría defender la nulidad parcial que privaría al vendedor, que consintió en el aplazamiento del precio, de toda garantía; la nulidad tendría que extenderse a la venta toda, o, al menos, a la forma de pago del precio, suprimiendo el plazo, y el principal perjudicado sería el comprador, al que se intentaba proteger, que se vería privado de la finca en el primer caso, y de la posibilidad económica de consolidar su dominio en el segundo.

La validez, hasta aquí defendida, de la «lex commissoria» a pesar del pacto de apropiación me parece clara; más dudosa es la validez del pacto de apropiación en sí, a que también me inclino. Aquí sí sería posible la nulidad puramente parcial, limitada a la cláusula de apropiación, con validez de la venta y de la «lex commissoria»; razones para defender la nulidad no faltarían, incluida la usura; pero, según vimos, es difícil prejuzgar *ab initio* su exorbitancia; en bastantes casos concretos, de temprano incumplimiento por el comprador, de daños causados por éste en la cosa cuya propiedad y posesión se le ha transmitido desde luego, y de considerables perjuicios para el vendedor, la compensación de éste no resultará de hecho, o puede no resultar, excesiva; piénsese también en la posición del vendedor que concedió plazos al comprador, y no los tendría para la restitución, que tendría que ser simultánea, o más bien previa (art. 175 del R. H.), a su readquisición, obligándole así, indirectamente, a no invertir los plazos que fuera cobrando, y obligándole también a una acción ordinaria de daños y perjuicios, con todas las dificultades de prueba, para resarcirse de los que le ha producido el incumplimiento del comprador; la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones fué rota en el momento de la venta, verificando el vendedor su prestación, en espera de la prestación, en parte o en todo futura, del comprador; nada hay más lógico que siga el mismo rumbo la resolución, que el

(88) Op. cit. en nota 28, págs. 23 y sigs

vendedor recupere, desde luego, la propiedad, y que sea ahora el comprador el que tenga que reclamar *a posteriori* sus derechos, «y no se olvide que la posición del comprador, que tiene la posesión del inmueble, a pesar de no haberle pagado, no es tan lamentable como se dice» (LA RICA) (89).

Validez, pues, incluso de la cláusula de apropiación por el vendedor, pero reducibilidad en todo caso, por arbitrio judicial, de la misma; lo que confirma, además, la validez del pacto, porque la validez es el presupuesto lógico de la reducibilidad, y que encuentra su fundamento legal en el artículo 1.154 del Código civil: el comprador que ha pagado la entrada o algún plazo—en otro caso no se plantearía problema de retención—ha incumplido su obligación de pagar el precio, pero lo ha hecho «en parte». La regulación de nuestro Código civil en la materia (90) es muy amplia; el artícu-

(89) Op. cit. en nota 87, pág. 95. ¿Podrá el vendedor, de nuevo titular registral, acudir al procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para recuperar la posesión de la finca? En el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1963 era precisamente el comprador, contra quien se había declarado la resolución y decretado el lanzamiento, el que articulaba uno de los motivos de la casación fundado en que se trataba de un juicio declarativo, mientras que para condenarle a desalojar la finca sería procedente una acción de desahucio o la del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso, pero de sus palabras pudiera deducirse que el procedimiento del artículo 41 es viable: «porque la acción ejercitada no es doble, sino única, la de resolución del contrato de compraventa del piso, con el reintegro a la vendedora del dominio de éste, lo que lleva consigo, como mera consecuencia de este reintegro a la propiedad, la entrega de la finca hoy en poder del reconvenido, y por ello no cabe considerar que se ejercitó una acción independiente de desahucio, o real, al amparo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que pudiera ser incompatible con la resolución del contrato materia del pleito, y por otra parte, es alegado, con evidente contradicción con el anterior fundamento, que la parte reconviniente precisaba haber ejercitado dichas acciones, sumaria de desahucio, o real del citado artículo 41, para obtener el fin de lanzamiento, lo que no ha efectuado, fundamento que es igualmente rechazable, ya porque, según queda expuesto, la acción ejercitada es una, dentro de la cual se comprende adecuadamente el reintegro de posesión a la accionante, ya porque, conforme a reiterada doctrina de esta Sala..., el juicio ordinario es cauce adecuado para que el dueño obtenga la entrega de la cosa, pues al fin y al cabo el procedimiento sumario de desahucio se halla establecido en beneficio del propietario, y con sus mayores garantías, no restringe los derechos del demandado, doctrina perfectamente aplicable a la acción real del artículo 41 de la Ley Hipotecaria». Parece, sin embargo, admisible la demanda de contradicción del comprador, basada en la causa segunda del artículo 41, cuando la resolución de la venta no haya sido judicialmente declarada.

(90) Vid. ROCA SASTRE (Ramón M.): *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, en sus *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1948, págs. 269 y sigs., y ESPÍN CÁNOVAS (Diego): *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, «Revista de Derecho Privado», 1946, págs. 145 y sigs.

lo 1.152, II, puede ser eludido, pactando expresamente la retención, aunque no exista culpa del comprador (art. 1.105) y sin necesidad de probar los daños y perjuicios, por tanto, aunque éstos, de hecho, no existan; está admitida, además de la cláusula penal propia, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, la verdadera pena privada, que agrava la posición del deudor, constriñéndole a cumplir, porque el Código civil admite la pena cumulativa (artículos 1.152, II, y 1.153), y el Juez pasará por ella mientras se mantenga dentro de los límites de lo razonable. Mas, pese a esta amplitud, el artículo 1.154 es imperativo, y es aplicable a todos los tipos y modalidades de cláusula penal; imperativo para las partes, que nada pueden pactar en contra, e imperativo para el Juez (91); y lo mismo aplicable a la verdadera pena privada que a la cláusula penal sustitutiva (92). La natural reacción contra el carácter leonino que puede tener, o aparentar, la cláusula, hará peligroso para el vendedor ese arbitrio judicial (93), por lo que son mucho más seguras las cláusulas razonables que las rigurosas, consideración que debería bastar para barrer éstas de nuestra práctica jurídica, aunque en el fondo más que de «apropiación» sean, como las he denominado, de «retención», ya que en definitiva será un nuevo acuerdo de las partes, o, en su defecto, soberanamente el Juez, quienes

(91) Sentencia de 21 de mayo de 1948: «Que el artículo 1.154 del Código civil establece de modo imperativo y no meramente facultativo que el Juez moderará equitativamente la pena cuando la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida»; en el pleito se había alegado el artículo 1.504, pero el incumplimiento no era la falta de pago del precio.

(92) En el sistema tradicional franco-italiano la cláusula penal propia, como liquidación convencional y preventiva del daño, no admitía reducción ni aumento por arbitrio judicial, a diferencia del sistema alemán y suizo; por ello, DEGNÉ, al tratar de la apropiación por el vendedor de los plazos cobrados en caso de venta con reserva de dominio, defiende, *de jure condito*, la irreducibilidad, aunque *de jure condendo* piense que debieran establecerse limitaciones, como ha hecho el nuevo Código civil italiano en su artículo 1.384: «La pena puede ser disminuida equitativamente por el Juez si la obligación principal ha sido cumplida en parte, o bien si el montante de la pena es manifiestamente excesivo, habida siempre cuenta del interés que el acreedor tenía en el cumplimiento»; en España el problema presenta interés especial en casos de incumplimiento total, dado que para el parcial existe la norma especial del artículo 1.154 del Código civil, aplicable a todos los tipos que la cláusula penal puede tener según sus diversas funciones; y en nuestro supuesto, de apropiación de parte del precio, el incumplimiento es, por definición, parcial. Véase DEGNÉ (Francisco): *La compra-venta*, trad. esp. de Francisco BONET RAMÓN, Madrid, 1957, págs. 244 y sigs.

(93) Buen ejemplo de estos peligros es la sentencia de 19 de mayo de 1958.

decidan lo que el vendedor puede apropiarse, y lo que tiene que restituir.

Las conclusiones hasta aquí defendidas—validez de la venta; validez de la cláusula resolutoria, y validez de la cláusula penal, con reducibilidad en todo caso por arbitrio judicial—son unánimemente sostenidas en la doctrina española; me limitaré a la cita de algunos trabajos monográficos: LA RICA: «El artículo 59 del Reglamento sólo alude a la revocación registral del derecho del comprador que no ha pagado, aplicando correctamente los postulados del sistema en punto a las condiciones autenticadas por el Registro; pero no prejuzga lo relativo a la revocación efectiva (entrega de la finca) ni a las consecuencias de índole obligacional (perjuicios, reintegro de plazos pagados, daños en la finca, etc.), todos los cuales problemas quedarán sometidos, a falta de acuerdo, a la resolución de los Tribunales. El Reglamento Hipotecario no preceptúa que, por falta de pago del último plazo, se pierdan todos los demás que se hayan pagado. Eso corresponderá decidirlo a los Tribunales, que incluso pueden admitir la acción por enriquecimiento torticero» (94); MÁS ALCARAZ: «En nuestro Derecho es obvio que la retención por el vendedor de las cantidades satisfechas sólo podrá tener lugar si así se hubiere convenido, ya que el artículo 1.504 nada previene al respecto; estimando CASTÁN y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER que dicha estipulación, dado su carácter de pena convencional, quedará sujeta a la facultad de moderación que a los Tribunales concede el artículo 1.154 del Código civil. Evidentemente, dada la falta de regulación legal de la estipulación que examinamos, y habida cuenta además (del posible derecho del vendedor, en su caso al resarcimiento de daños, si se estima aplicable supletoriamente el artículo 1.124), y del diverso rigor con que dicho pacto puede ser formulado, no parece que puedan formularse *a priori* en esta materia soluciones generales, sino que habrá que estar al análisis de cada caso concreto (así también GOMÁ)» (95); el mismo IRURZUN, a pesar de la terminología que, como vimos, emplea para calificar nuestro supuesto—«cláusula resolutoria con pacto comisorio»—, le «parece muy alejada de la figura jurídica del pacto comisorio en los contratos de garantía..., sin que ello suponga que no advirta-

(94) Op. cit. en nota 87, pág. 95.

(95) Op. cit. en nota 28, págs. 91-2.

mos las consecuencias inicuas a que su aplicación puede dar lugar..., también la Ley de la usura parece fuera de aplicación, pero ante un caso de evidente injusticia, no sería extraño que los Tribunales recurriesen a cualquiera de ambos remedios para evitar el resultado contrario a la equidad», y acaba propugnando la fórmula de la cláusula penal, que «permitiría, en su caso, a los Tribunales ejercitar la facultad moderadora que el artículo 1.154 del Código civil les concede..., con lo que quedaría automáticamente a salvo de cualquier sanción de nulidad» (96); y, para terminar, quien más profundamente ha atacado la «lex commissoria», RUIZ MARTÍNEZ, concluye: «En todo caso, el Juez puede moderar la pena si la juzga excesiva» (97).

Podría alegarse, sin embargo, la regla 6.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que parece exigir en todo caso para que pueda practicarse la reinscripción a favor del vendedor, «que acredite... que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto»; al ser precisa la consignación, parece que las deducciones nunca pueden igualar al reintegro. No voy a criticar aquí este precepto, tan defectuoso en sus sucesivas redacciones a partir del Real Decreto de 20 de mayo de 1880; nuestros mejores hipotecaristas ya lo han hecho sobradamente. En mi opinión, la exigencia de la consignación debiera haberse limitado al supuesto de la existencia de terceros adquirentes, de dominio o de derecho real, de bienes anteriormente sujetos a condiciones resolutorias o rescisorias, sin intentar proteger al que fué parte en el acto en que la condición se estipuló, sobre todo cuando, como en nuestro caso, la resolución tiene lugar por su incumplimiento; para él hay cancelación automática—de aquí su inclusión en el precepto—, pero no debiera exigirse la consignación, sino, a lo sumo, un ofrecimiento de pago, aparte de que, como expuso MORELL, la consignación sólo sería procedente «en el caso de no prestarse el comprador o el acreedor a recibir la cantidad que se le hubiera de devolver» (98); en cambio, respecto de terce-

(96) Op. cit. en nota 28, pág. 28.

(97) Op. cit. en nota 25, pág. 611.

(98) MORELL Y TERRY (J.): *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. III, Madrid, 1928, pág. 425.

ros, es conveniente exigir la consignación del reintegro no sólo, como dice LA RICA, cuando «se hubiese negado a recibirlo la persona a quien legalmente deba hacerse» (99), sino también cuando ésta quisiera cobrar, precisamente para proteger, contra ella, a los terceros inscritos; piénsese que fundamentalmente se tuvo en cuenta, para redactar la norma, a los acreedores hipotecarios, y la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones (art. 110, 2.º, L. H.); bien sé, sin embargo, que esta opinión, con el actual texto, a diferencia del originario, apenas es defendible. Solamente quiero poner de manifiesto tres puntos: que si no hay terceros inscritos, el documento primario a exigir es el que acredite el pago al comprador; que si hay terceros, especialmente acreedores hipotecarios, debe seguirse la letra del artículo y exigir la consignación, a fin de que queden protegidos; y sobre todo, que es lo que aquí fundamentalmente interesa, que el pago, o la consignación, sólo son precisos, aunque existan terceros, cuando con arreglo a las normas sustantivas haya algo que devolver, pero nunca, por ejemplo, cuando el comprador nada pagó que deba restituírsele, o cuando, en virtud de pacto, el vendedor pueda retener, como cláusula penal, las partes de precio satisfechas; la reinscripción a favor del vendedor, hecha la notificación, debe ser automática, sin perjuicio del derecho del comprador a reclamar la restitución judicialmente, para que los Tribunales lleven a cabo su moderación; el que la pena pactada pueda resultar, a juicio de los Tribunales, excesiva, no fundamenta el que el comprador conserve, en el interregno, la titularidad registral, ni puede forzarse tampoco al vendedor, para evitarlo, a una consignación *ad cautelam* de todo el importe y a iniciar él mismo el procedimiento judicial cuando ha sido la otra parte la incumpliente. La Resolución de 3 de junio de 1961 expresamente declaró que la consignación del artículo 175, 6.ª, debe hacerse «siempre que proceda el reintegro del precio», pero no cuando se haya estipulado expresamente, como cláusula penal, un derecho del vendedor para retener y hacer suyas las cantidades que como precio o parte de él se le hubiesen entregado, incluso para la cancelación de una hipoteca (100).

(99) Op. cit. en nota 87, pág. 225.

(100) Esta doctrina había sido sostenida por LA RICA: «En cuanto a la consignación en Banco o Caja oficial del valor de los bienes o importe de

VII.—LA POSPOSICIÓN DE LA «LEX COMMISSORIA».

La condición resolutoria expresa del artículo 1.504 funciona como un derecho real de garantía del pago del precio aplazado; de aquí que, como la hipoteca, tenga un rango registral que, en principio, es negociable; juzgo, pues, admisibles las cláusulas de posposición del pacto comisorio en garantía del precio aplazado, sobre todo frecuentes cuando se trata de un solar vendido en tal forma, que va a ser hipotecado para obtener medios económicos para su edificación, y el acreedor, especialmente una entidad oficial de crédito, exige primera hipoteca y absoluta libertad de cargas y gravámenes de la finca. Merece, sin embargo, la pena el profundizar un poco más sobre tal posibilidad, refiriéndonos a la naturaleza e inscribibilidad del derecho del vendedor a plazos garantizado con pacto comisorio.

En la doctrina española la cuestión apenas ha sido tratada. ROCA SASTRE se limita a decir que «esta condición resolutoria estipulada, una vez inscrita, constituye también una reserva autenticada o causa resolutoria registrada» (101) y que «el vendedor en rigor tiene registrado un derecho sujeto a condición suspensiva, que es perfectamente transmisible» (102); y SANZ, que «el vendedor conserva una expectativa de readquisición del dominio para el caso de cumplimiento de la condición resolutoria, es decir, para el caso de falta de pago del precio. Podrá, por tanto, transmitir su derecho

los plazos que deban devolverse, cabe decir que no en todo caso será procedente esa devolución, y que habrá de estarse a lo estipulado en la venta. El caso típico es el de venta a plazos, asegurando el pago con condición resolutoria de pleno derecho; caso de que la resolución proceda, puede haberse estipulado la devolución total o parcial de los plazos satisfechos» (op. cit. en nota anterior, página 224); más bien puede haberse estipulado su no restitución.

La Resolución de la Dirección citada en el texto ha sido desfavorablemente comentada por Ginés CÁNOVAS COUTIÑO (en esta REVISTA, noviembre-diciembre 1961, págs. 1.150 y sigs.), quien es partidario de que la consignación debe hacerse en todo caso, citando en su apoyo a MORELL; sin embargo, MORELL (op. cit. en nota 98, págs. 422-5) no considera siempre necesaria la consignación, por la razón evidente de que, dado el alcance general del precepto, el acto que se resuelva puede ser, por ejemplo, una donación, pero cuando es acto oneroso no hace constar, en efecto, ninguna excepción a la necesidad de la consignación.

(101) ROCA SASTRE (Ramón M.^a): *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona 1948, pág. 351.

(102) Op. cit. en nota anterior, pág. 354.

y la transmisión será inscribible en el Registro» (103). Ambos hipotecaristas plantean, como puede verse, la cuestión de la naturaleza no en relación con la posibilidad de la posposición, de que aquí tratamos, sino de la cesión del crédito garantizado con la «lex commissoria» y con la inscribibilidad de la misma a favor del cesionario, que admiten, como ya admitían los hipotecaristas clásicos, y que en general se considera consagrada por la Resolución de 17 de enero de 1933 y por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1934 (104).

(103) SANZ FERNÁNDEZ (Angel): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1955, págs. 434-5.

(104) La cuestión es, sin embargo, más complicada de lo que aparentemente parece. A falta de pacto comisorio, es palmario que cabe la cesión; pero tratándose de un derecho de crédito, no es inscribible; así la Orden de 8 de junio de 1866 y la Resolución de 17 de enero de 1933, en el mismo sentido, la Resolución de 12 de julio de 1909 rechazó la posibilidad de anotar el embargo del crédito por precio aplazado. Pero la Resolución de 1933, además de resolver negativamente el problema planteado de inexistencia de pacto comisorio expreso, hizo un planteamiento sistemático de los otros dos supuestos posibles: que el precio aplazado estuviese garantizado con hipoteca, caso en que era indudable la inscribibilidad de la cesión, y que estuviese garantizado con pacto comisorio expreso, deduciendo de las consideraciones sobre su naturaleza jurídica que se transcriben a continuación en el texto, que en este último caso «la cesión del derecho a percibir el precio aplazado con todos sus efectos constituye, en verdad, un contrato legítimo que modifica para lo 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 (hoy 7.º) del citado Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, con tanta mayor razón cuanto que es indispensable para los terceros conocer, al efecto de salvaguardar sus derechos, quién es el titular de la acción resolutoria que puede afectar a la estabilidad y permanencia del dominio inscrito»; la admisión es, pues, tajante, pero quiero advertir una vez más que no era el supuesto a que la Resolución se contraía, en que no existía pactada «lex commissoria»; lo mismo ocurre con la sentencia de 23 de octubre de 1934, que cita la Resolución de 1933 y recoge su clasificación trimembre, pero que se limita al supuesto planteado de inexistencia de pacto comisorio expreso, sin hacer ninguna afirmación ocasional sobre el supuesto de que existiera. No hay, pues, verdadera jurisprudencia sobre la materia. En nuestro caso, podrían incluso aducirse, en contra, algunas expresiones de la Resolución de 1933 para el supuesto de inexistencia de «lex commissoria»: «aparecen acusadísimas dificultades para el ejercicio de la acción resolutoria, ya que cedida sólo la parte del precio aplazado y recibida la restante por el vendedor cedente, surge el inconveniente de determinar si el cesionario podría, sin la concurrencia de aquél, pretender la resolución, y en caso de que ésta tuviese lugar, imponiéndose la devolución de la cosa y de la parte de precio recibida, cómo habría de dividirse la cosa misma vendida en proporción al interés de cedente y cesionario», «todas estas dificultades habrían de ser, en su caso, ventiladas y resueltas por los Tribunales». En mi opinión, es, con todo, inscribible la cesión, siempre que no se limite al crédito del precio aplazado con su garantía, sino que comprenda toda la posición jurídica del cedente, a manera de cesión del primitivo contrato de venta con cláusula resolutoria, y por el precio total de la finca, del que el cesio-

La Dirección General se refirió ampliamente a esa naturaleza en la misma Resolución de 17 de enero de 1933, que declaró que a pesar del pacto comisorio «no surge aún la figura jurídica del derecho real, porque la cosa vendida no queda especialmente ni de modo directo afecta al pago del precio aplazado, ni aquélla puede perseguirse eficazmente contra cualquier tercer poseedor», si bien añadía que «no es dable desconocer que el pacto comisorio ocasiona una acción que alcanza a todo tercero, por constar claramente en el Registro», para acabar, *obiter dictum*, afirmando que la cesión era inscribible en el Registro de la Propiedad.

En la doctrina italiana sobre la cláusula resolutoria expresa en general, MIRABELLI afirma que «se atribuye a la parte cumpliente la facultad de resolución» (105), pero la opinión dominante no habla de «facultad», sino de «derecho»; así, para BARBERO es, «si así quiere decirse, un derecho potestativo del acreedor de valerse de la cláusula» (106); también para Mosco es un «derecho potestativo» (107), y la misma opinión sustenta NATOLI, si bien para él parece que no surge hasta el incumplimiento de la otra parte (108).

En mi opinión, las expresiones que de pasada usan ROCA y SANZ se resienten del parentesco de nuestra institución con la verdadera y propia condición resolutoria; si se tratase, en efecto, de verdadera condición, con arreglo a la teoría del doble efecto, suspen-

nario descontaría la parte ya satisfecha al cedente por el comprador, sin que fuera necesario el consentimiento de éste cuando el vendedor-cedente hubiese cumplido con anterioridad todas las obligaciones frente al mismo, y sin liberarse en cuanto a las de garantía. La cesión, en todo caso, deberá hacerse en escritura pública, jugando la notificación al comprador el mismo papel que en la cesión de créditos hipotecarios, sin que sea admisible, como repetidamente he dicho en el texto, la cesión por el mero endoso de las letras que representen el precio aplazado.

(105) Op. cit. en nota 53, pág. 490.

(106) Op. cit. en nota 24, pág. 500.

(107) Véase op. cit. en nota 24, págs. 23 y 24 del cap. IX.

(108) «La condición resolutoria expresa, en suma, no produce, verificándose el hecho previsto (incumplimiento), la resolución de la obligación, sino que crea a favor de la parte cumpliente un derecho potestativo a provocar la resolución. En tal sentido podría decirse que el efecto de la verificación de la condición resolutoria expresa está representado, no por la automática resolución de la obligación, sino por una facultad de separación (*recesso*) unilateral a favor de la parte cumpliente» (*Condizione risolutiva...*, cit. nota 24, pág. 571), «el interesado, a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, adquiere un derecho potestativo a provocar la resolución, o, para ser más precisos, un derecho de separación (*recesso*) unilateral» (*Il termine essenziale*, cit. en nota 24, pág. 229).

sivo y resolutorio, de las condiciones, el comprador tendría un dominio bajo condición resolutoria, y el vendedor un derecho, también de dominio, bajo condición suspensiva, o una expectativa o derecho de readquisición del dominio en caso de cumplimiento de la condición. Pero las diferencias entre el pacto comisorio y la condición resolutoria son, como expusimos, muy grandes; llegado el incumplimiento del comprador, el vendedor no recupera el dominio, sino que únicamente tiene, como pone de manifiesto la doctrina italiana, un derecho potestativo o de modificación jurídica, de obtener la resolución y consiguiente readquisición de la propiedad de la finca; este derecho está sujeto a una *condicio juris* de tipo resolutorio, dado que se extingue por el pago del comprador, que el artículo 1.504 permite en todo caso hasta que se haya verificado la notificación resolutoria (109) e incluso por el mero ofrecimiento de pago (110); a mi parecer, es un derecho real, como en el fondo viene a reconocer la Resolución de 1933, aunque terminantemente lo niegue, ya que produce efectos *erga omnes* y se ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa misma, cualquiera que sea su poseedor, según pone de relieve la cancelación automática de los asientos ulteriores que ordena el artículo 175, 6.ª, del Reglamento Hipotecario; y es, finalmente, inscribible, figurando inscrito o, mejor, transcrito (111) en la inscripción a favor del comprador. Antes del incumplimiento, el derecho del vendedor tiene la misma natu-

(109) La jurisprudencia y la generalidad de la doctrina italiana también admiten, en cuanto a la cláusula resolutoria expresa, que el deudor puede ofrecer válidamente su prestación al acreedor después de su incumplimiento y antes de la declaración de éste de valerse de la cláusula; lo niega BARBERO (op. cit. en nota 24, pág. 500), fundándose en que, con el incumplimiento, surge un derecho subjetivo de parte del acreedor que no puede ser suprimido por un acto del deudor; en realidad, como diremos en el texto, este derecho subjetivo ya existía antes del incumplimiento, si bien suspensivamente condicionado al mismo. En nuestro Derecho, la especial concreción de la cláusula resolutoria expresa que regula el artículo 1.504 admite, por imperativo del texto legal, la posibilidad ulterior de pago.

(110) Sentencia de 30 de diciembre de 1955; el comprador había hecho, antes de la notificación resolutoria, ofrecimiento notarial de pago al vendedor, depositando en poder del Notario las sumas debidas para su entrega al vendedor en el acto del requerimiento, quien no las aceptó; la sentencia de instancia dió lugar a la resolución; el Tribunal Supremo casa la sentencia y declara no haber lugar a la resolución en virtud del anterior ofrecimiento, considerando documento auténtico, a efectos del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el acta notarial.

(111) Art. 51, 6.ª, del R. H.; vid SANZ, op. cit. en nota 103, pág. 419.

raleza, salvo que está sujeto, suspensivamente, a la *condicio juris* del incumplimiento del comprador; en el Registro de la Propiedad no consta, siquiera, si el comprador sigue cumpliendo al vencimiento de los plazos, o si ya ha incumplido. No quiero insistir, sin embargo, en esta naturaleza jurídica del derecho del vendedor, pues lo que no cabe duda es que figura inscrito en el Registro, lo que le da un rango registral, una preferencia sobre todos los asientos de inscripción o anotación ulteriores, como lo demuestra el que éstos se cancelan automáticamente en caso de ejercicio de la «lex commissoria»; y este rango puede ser negocialmente alterado, conforme al artículo 1.255 del Código civil, aunque la expresión «posposición» no sea, quizá, demasiado correcta tratándose del pacto comisorio, por no marcar las diferencias con la de la hipoteca.

Llevada a cabo la posposición, el acreedor hipotecario queda perfectamente garantizado, pues aunque se ejercite el pacto comisorio, la hipoteca, como derecho preferente, queda subsistente, sin poderse aplicar, en cuanto a ella, las normas de cancelación automática del artículo 175 del Reglamento Hipotecario; la subsistencia en este y en otros casos que veremos, o el pago de la hipoteca por el vendedor, habrán de ser tenidos en cuenta por el Juez cuando tenga que «moderar» la cláusula penal, si el pacto comisorio permitía al vendedor retenciones de precio e inversiones hechas por el comprador.

En cambio, la situación jurídica y económica del vendedor es mucho menos firme; si se ejercita antes la «lex commissoria», acabamos de ver que la hipoteca subsiste, de manera que el vendedor recupera su propiedad gravada, con los consiguientes perjuicios de índole económica y jurídica; la situación es más complicada si se ejercita primero la hipoteca, surgiendo numerosos problemas, incluso de carácter procesal, que no es momento de tratar en forma exhaustiva; me limitaré a algunas observaciones sobre el caso tipo y más frecuente de ejercicio de la hipoteca por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. La posición del vendedor es distinta según sea o no tercer poseedor de la finca hipotecada.

El vendedor es tercer poseedor de la finca hipotecada cuando ha ejercitado su facultad resolutoria e inscrito la readquisición de su dominio antes de iniciarse la acción hipotecaria, o antes de

haberse expedido la certificación registral y tomarse constancia, mediante la nota marginal, de la existencia del procedimiento, conforme a la regla 5.ª del artículo 131. En ambos casos tiene el vendedor todos los derechos que en la sustanciación del procedimiento y respecto a la adjudicación de la finca, competen a todos los terceros poseedores; en esencia, tiene forzosamente que ser notificado de la existencia del procedimiento; puede pedir que se le exhiban los autos y se entiendan con él las diligencias posteriores; puede satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas asegurados con la hipoteca, la que quedará extinguida por consolidación; puede intervenir, de diversas formas, en la subasta; y tiene, finalmente, derecho a percibir la parte del precio del remate que, en su caso, quede sobrante, sin plantearse problemas de concurrencia con causahabientes del comprador, porque los derechos de éstos se habrán cancelado, automáticamente, al ejercitar el vendedor la resolución.

En los demás casos, el vendedor es titular de una carga o gravamen anterior al crédito hipotecario, pero pospuesto a él, por lo que, con arreglo al artículo 225 del Reglamento Hipotecario, que interpreta el espíritu de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley, debe notificársele la existencia del procedimiento; y tiene derecho a satisfacer, antes del remate, el importe del crédito, intereses y costas, subrogándose en el crédito hipotecario—aquí no hay consolidación, porque el vendedor no es dueño—a tomar parte en la subasta y a percibir el sobrante del precio del remate, si lo hubiere, después de satisfecho el crédito del actor.

Si antes del remate satisface el crédito hipotecario, deviene, pues, el vendedor, titular de dos garantías reales sobre la misma finca que garantizan créditos distintos: la acción resolutoria del artículo 1.504 en garantía del precio de venta aplazado, y la hipoteca en que se ha subrogado, en garantía, normalmente, de un préstamo. Tiene opción entre ambas, cuando se den sus respectivos supuestos; pero si ejercita la acción resolutoria, la hipoteca, que como preferente debería subsistir, se extingue por consolidación, y si lo que ejercita es la acción hipotecaria, se extingue la posibilidad de resolución sobre la misma finca, como carga de rango inferior, con derecho a percibir el sobrante del precio de remate, si lo hubiere.

Esta misma extinción del pacto comisorio, y el consiguiente derecho al sobrante del precio del remate, en su caso, tienen lugar si consumándose el ejercicio de la acción hipotecaria, remata la finca el vendedor o la remata un tercero.

De esta visión panorámica de los diversos supuestos que procesalmente pueden presentarse hay que destacar, desde el punto de vista del vendedor, los siguientes grupos:

1. El vendedor llega a recuperar la propiedad de la finca, con el gravamen de la hipoteca; o recupera la propiedad de la finca, pero pagando él el importe del principal, intereses y costas garantizados con la hipoteca. El perjuicio económico que el vendedor puede sufrir es patente.

2. El pacto comisorio se extingue sobre la finca misma, según el sistema de purga, con derecho por parte del vendedor al sobrante, en su caso, del precio del remate. Si el vendedor era tercer poseedor, tiene derecho, como vimos, a todo el sobrante, sin concurrencia posible de titulares posteriores que traigan causa del comprador; los perjuicios económicos que puede sufrir son también evidentes. Pero si no es tercer poseedor, su posición es aún más delicada; antes tenía opción entre una acción de cumplimiento para el cobro del precio y una acción de resolución para recuperar la propiedad de la finca; ahora esta acción de resolución sobre la finca se ha extinguido; en cambio, adquiere un derecho al sobrante del precio, si lo hubiere, pero muy distinto del que tiene el tercer poseedor, pues su derecho, como de garantía que es, no tiene un valor sustantivo, en sí mismo, y podrán pretender absorber dicho sobrante los titulares de derechos de rango inferior a la condición resolutoria; no es posible aplicar aquí las mismas normas de la segunda hipoteca; la única posible defensa del vendedor, aparte, claro es, de su acción de cumplimiento, posiblemente illusoria, sería defender la extensión de la misma a las indemnizaciones procedentes de los bienes sujetos a la condición, a la manera de la hipoteca, lo que, sinceramente, no me parece posible; y, en tal caso, practicar inmediatamente la notificación resolutoria, para tener así derecho a todo el sobrante del precio del remate, como subrogado en lugar de la finca, con eliminación de los titulares que traigan causa del comprador.

Tiene, pues, la posposición graves inconvenientes para el vendedor; únicamente deberá consentirla cuando el préstamo garantizado con la hipoteca antepuesta se invierta efectivamente y en su integridad en la finca, aumentando su valor, y llevándose a cabo otras inversiones en ella por el comprador mismo; es la manera de que la finca incremente notablemente su valor, incluso por encima del importe de la hipoteca, de manera que no perjudique económicamente al vendedor el tener que sufrirla o el tener que pagarla (112); deberá, además, seguir vigilante los avatares de la hipoteca, para asegurarse, a ser posible, la posición de tercer poseedor, y si no lo consigue, satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, subrogándose en él, y practicar acto seguido la notificación resolutoria, para recuperar la propiedad de la finca, con extinción de la hipoteca por consolidación, extinción que, como dijimos, no le perjudicará económicamente si las inversiones llevadas a cabo en ella han hecho aumentar notablemente su valor; lo que no puede es dejar que se consume la acción hipotecaria, con remate de la finca, por él mismo o por un tercero, pues sus derechos al sobrante del precio del remate serán, seguramente, inexistentes.

VIII.—EL PAGO DEL PRECIO APLAZADO Y LA CANCELACIÓN DE LA «LEX COMMISSORIA».

Las normas generales sobre cancelación, en virtud de pago del precio aplazado, de la «lex commissoria», son bien conocidas: es precisa escritura pública, en que preste su consentimiento para la

(112) Las normas del usufructo, a que remite el artículo 1.122, 6.ª, hacen innecesario pactar expresamente la extensión de la resolución a las mejoras que tenga la finca en el momento de ejercitarse, pues el *jus tollendi* del artículo 487 difícilmente podrá llevarse a cabo, por sufrir detrimento los bienes; con todo, será prudente hacerlo constar. ¿Y si las mejoras, en el caso más frecuente la edificación, no las verifica el comprador, sino un tercer poseedor? La regulación de los derechos del tercero que traiga causa del comprador es una de los mayores vacíos normativos de la «lex commissoria»; ya MORELL opinaba que sería conveniente exigir el mismo requisito de la notificación o requerimiento del 1.504 con relación al tercero (op. cit. en nota 98, tomo III, página 752); en el punto que ahora nos ocupa, el artículo 1.122 no es aplicable, porque se refiere expresamente a la «mejora a expensas del deudor»; parece deberán aplicarse las normas de la accesión.

cancelación el acreedor o sus herederos, y, en su defecto, resolución judicial (113). Ese acreedor será prácticamente siempre el vendedor, pero también el cesionario, si se admite la posibilidad e inscribibilidad de la cesión; mas, según repetidamente hemos dicho, no, en su caso, el mero tenedor de las cambiales legitimado por la cadena de endosos.

Estas normas generales creo deben ser interpretadas, en el supuesto de que tratamos, con la posible amplitud, dada la inmensa frecuencia del pacto, si no se quiere que el Registro quede plagado de una serie de cargas inexistentes que, a la vuelta del tiempo, les parecerán a nuestros sucesores lo que a nosotros ahora, por ejemplo, los censos de farol y sereno. La cancelación se dificulta, en efecto, con el transcurso del tiempo y los eventos que trae, y puede llegar a ser totalmente imposible, como ocurrirá en el caso de que el vendedor sea una Sociedad Inmobiliaria que, terminadas sus operaciones y cobrados todos sus créditos, se haya disuelto (114).

A) *La cancelación y las letras de cambio.*

Por ello me parece un acierto la cláusula, hoy tan frecuente en las escrituras, de que, en el caso de que el precio esté representado por letras de cambio, se podrá hacer constar en el Registro el pago del precio y cancelar la «lex commissoria» mediante acta notarial que acredite estar recogidas y en poder del comprador las cambiales, para lo que el vendedor presta desde luego su consentimiento en la escritura de venta.

(113) Las recuerda la Resolución de 30 de abril de 1958, cuya tesis general es indiscutible; otra cosa ocurre con su aplicación al problema concreto planteado; véase GUIMERÁ PERAZA (Marcos): *Precio aplazado: Su cancelación (Notas a la Resolución de 30 de abril de 1958)*, en el «Anuario de Derecho Civil», tomo XII, fasc. I, enero-marzo 1959, págs. 341-8.

(114) Más radicalmente, el artículo 17 de la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles (Orden de 8 de julio de 1966), establece la caducidad del asiento. Sobre la situación a que intentó poner remedio la última reforma hipotecaria, vid. FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ (Vicente): *La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo III, págs. 121 y sigs., especialmente págs. 165 y sigs.; o su resumen, con el mismo título, de GONZÁLEZ PALOMINO (J.), en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», septiembre de 1945, páginas 11 y sigs.

Claro es que no alego en favor de esta tesis la Resolución de 8 de enero de 1921, que admitió en un caso concreto la cancelación por acta notarial, pues, aparte de las particularidades del mismo, hay que hacer constar que comparecía el acreedor, que es lo que aquí se trata de evitar, y se consignaban por el Notario el juicio de capacidad y la fe de conocimiento de los comparecientes, lo que hace pensar que, bajo la forma de acta, en realidad se trataba de una escritura.

El verdadero fundamento se encuentra en las razones prácticas que forzaron la admisión de medios especiales de cancelación de las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador, actualmente recogidos en los artículos 156 de la Ley Hipotecaria y 211 y siguientes de su Reglamento; y en las razones de analogía con el expresamente admitido para la cancelación total o parcial de las últimamente citadas: el acta notarial que acredite estar recogidos y en poder del deudor, debidamente inutilizados, los títulos al portador. Se me dirá que la letra es título a la orden, y que en nuestro caso no existe la indeterminación registral del acreedor, que es lo que, unido al con frecuencia elevado número de acreedores, ha llevado a la admisión del acta cancelatoria; aquí, en efecto, el acreedor está perfectamente determinado en el Registro, pero la analogía subsiste desde el punto de vista económico, y hasta desde el jurídico, por el efecto suspensivo de las letras de cambio, que su pago consolida. Al constar la clase y numeración de las cambiales en la escritura y en el Registro (115), quedan perfectamente identificadas, y el procedimiento no tiene peligros.

El mayor argumento en contra radica en el evidente carácter

(115) Para cumplir lo ordenado por el artículo 10 de la Ley Hipotecaria basta, según SANZ, que se haga constar en la inscripción que el pago del precio se ha efectuado mediante letras, sin necesidad de especificar las cambiales; pero para la aplicabilidad del procedimiento cancelatorio que propugnamos, es preciso que las letras estén perfectamente identificadas en la inscripción; el procedimiento no será utilizable cuando se haya pactado la renovabilidad de las letras, ya que la numeración de las nuevas no puede figurar en la escritura ni en la inscripción; cuando, sin haberse pactado, el vendedor admita la renovación y se haya previsto el especial procedimiento cancelatorio, deberán tomarse las debidas precauciones; la mejor, la destrucción de las letras primitivas; la cancelación ya sólo podrá obtenerse por los medios ordinarios. Vid. SANZ FERNÁNDEZ (Ángel): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1955, pág. 418.

de orden público que tienen los medios cancelatorios admitidos por la Ley, de forma que, como declaró la Resolución de 19 de noviembre de 1908, establecido legalmente «un procedimiento especial para la cancelación de las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso, no es posible que por voluntad de los interesados puedan fijarse reglas distintas para llevar a efecto de cancelación», lo que puede aplicarse al supuesto de la condición resolutoria; pero, en mi opinión, el consentimiento del titular registral exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria queda perfectamente cumplido, al haberlo prestado en la escritura de venta; una cosa es que no quepa la condición en la cancelación, porque, como escribió Roca SASTRE, «la cancelación equivale a la muerte de un asiento, y la muerte no admite grados» (116), y otra muy distinta que el consentimiento formal del artículo 82, como en principio todo consentimiento, no pueda afectarse a una condición suspensiva, que, en definitiva, se resuelve en la disyuntiva entre una voluntad positiva, para la cancelación, y una negativa; el hecho futuro e incierto, la recogida de las letras en poder del deudor, se puede probar fehacientemente mediante acta notarial, sin más riesgos que los de una falsificación de las mismas.

B) *Innecesidad del consentimiento «uxoris».*

Ninguna duda cabe de que la cancelación de la «lex commissoria», tratándose de bienes reales o presuntamente gananciales, precisa el consentimiento de la mujer. Pero las dudas pueden plantearse en el supuesto, el más normal, de la cancelación por consecuencia del pago del precio que el pacto comisorio garantizaba.

Ya antes de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 se había planteado en la doctrina el problema respecto a la cancelación de hipotecas gananciales, defendiéndose por LACAL y por BORRACHERO (117), respectivamente, las posturas negativa y posi-

(116) Roca SASTRE (Ramón M.^a): *Derecho Hipotecario*, tomo III, Barcelona, 1948, pág. 586; en páginas 586-7 trata ampliamente de la inadmisibilidad de la cancelación condicional, supuesto distinto del que aquí defendemos

(117) Vid. LACAL (Pascual): *La presencia de la mujer casada en las escrituras de cancelación de hipoteca*, en esta REVISTA, enero-febrero 1959, páginas 31-41; y BORRACHERO (Miguel): *La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas*, en esta misma REVISTA, marzo-abril 1959, págs. 243-250.

tiva en cuanto a la necesidad del consentimiento uxorio. El último párrafo que al artículo 178 del Reglamento añadió la reforma del 59, «basta el consentimiento del marido para la cancelación por pago de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales», no solucionó totalmente el problema porque al exigir que las hipotecas estuviesen inscritas a nombre del marido, «sólo tiene—según opinión de LA RICA (118)—una importancia en cierto modo transitoria, puesto que únicamente ha de afectar a las hipotecas constituidas e inscritas con anterioridad a la promulgación de la reforma del Reglamento», ya que, en adelante, conforme a la regla 1.^a del artículo 95, se practicará la inscripción a nombre de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal; postura de LA RICA que tuvo como principales contradictores a CÁMARA y a SANZ (119). Actualmente, y como es bien sabido, la cuestión está resuelta en el sentido de la no necesidad del consentimiento de la esposa por las Resoluciones de 23 de mayo, 3 de junio y 8 de junio de 1964 y 23 de febrero de 1966, generalmente bien acogidas, aunque con la crítica de LA RICA (120).

Cae fuera de los límites de esta Conferencia el estudio de la cancelación por pago de hipotecas gananciales, y tampoco voy a estudiar a fondo la cancelación, por pago del precio, del pacto comisorio expreso de naturaleza ganancial, en la que fundamen-

(118) DE LA RICA Y ARENAL (Ramón): *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 133.

(119) Vid. CÁMARA (Manuel de la): *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en el «Anuario de Derecho Civil», 1959, págs. 451 y sigs. y 847 y sigs., y 1960, págs. 361 y sigs.; especialmente, en este último, págs. 439 y sigs.; SANZ FERNÁNDEZ (Ángel): *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, en Sección 3.^a, vol. I de los tomos conmemorativos de la Ley del Notariado, Madrid, 1964, págs. 267 y sigs.; especialmente págs. 336 y sigs.

(120) DE LA RICA Y ARENAL (Ramón): *La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales*, en esta REVISTA, marzo-abril 1965, páginas 245 y sigs. LA RICA, que ha defendido con tanto rigor lógico como reiteración la aplicación de los principios hipotecarios, no lo ha hecho tanto con los notariales: «¿Será indispensable que en el documento público cancelatorio se constate la efectividad del pago, es decir, se otorgue por acreedor y deudor, y en el acto del otorgamiento, éste entregue a aquél el importe del crédito? Creemos que no y que será suficiente, como hasta ahora, que el acreedor confiese haber recibido el importe del crédito, otorgue carta de pago y exprese su consentimiento para la cancelación de la hipoteca» (op. cit. en nota 118, página 132). Sin embargo, con arreglo al artículo 1.218 del Código civil, sólo puede perjudicar a la mujer ausente el cobro realizado por el marido en el acto del otorgamiento, no el meramente confesado (arts. 1.232 y 1.239 del Código civil).

talmente se barajan los mismos argumentos. Sólo quiero apuntar que las razones que la Dirección General ha reiteradamente esgrimido para eliminar la necesidad del consentimiento «uxoris» en la hipoteca son igualmente aplicables en nuestro caso: que, sin desconocer su naturaleza de acto dispositivo y la distinta importancia y normación de los actos por los que se constituyen, modifican y extinguen las relaciones jurídicas obligatorias y aquellos otros que engendran disposiciones con efectos jurídicos reales, la reforma del artículo 1.413 del Código civil ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.412, que expresamente reconoce al marido el carácter de administrador de la sociedad de gananciales, con facultades, en nuestro caso, de cobro del precio; la accesoriedad del pacto comisorio al crédito del precio aplazado que garantiza, por lo que debe extinguirse aquél al cobrarse éste; el facilitar la armonía entre las declaraciones de los libros del Registro y la realidad jurídica extra-registral, y el evitar perjuicios al propietario de la finca gravada. Es más, la Resolución de 2 de noviembre de 1959, que antes no he alegado porque, aunque dictada después de la reforma del Reglamento, aplicaba el Derecho anterior, y sólo a mayor abundamiento citaba el párrafo último del artículo 178 recién introducido, habla, en general, de que el marido, al estar facultado para cobrar créditos gananciales, «podrá consentir válidamente la cancelación de los derechos reales de garantía que los aseguren».

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS,

Notario de Madrid.