

Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles *

I. INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual se destaca entre otras, la tendencia, en cierto modo irrefrenable, a adquirir bienes, que se ofrecen cada vez en mayor número y calidad a un público encandilado, al que se estimula por las empresas productoras con una serie de alicientes entre los que me interesa resaltar la facilidad de pago.

En una sociedad con dicho factor predominante, a la que se le ha denominado sociedad de consumo, es lógico que se fomente y facilite la adquisición de los bienes a personas que carecen de capacidad económica actual, ofreciéndose paralelamente una serie de medidas de financiación entre las cuales destaca el aplazamiento del precio en la compraventa de dichos bienes.

Esta tendencia que con carácter general afecta a los llamados bienes de consumo, no se para aquí, sino que se extiende por inducción a bienes inmuebles, que desde una posición tradicional se han considerado excluidos del consumo, pero que desde una profundización mayor en el concepto, y en la medida que se estimula el cambio continuado de estos bienes

* Este trabajo es desarrollo de la conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, en homenaje a don Ángel Olavarría Téllez, el día 27 de junio de 1991.

con la pretensión de mejorar la calidad de vida, podría considerarse también, de alguna manera, comprendidos en el mismo.

Es cierto que el aplazamiento del pago del precio en la compraventa es un pacto usual en cualquier época histórica (1). Pero lógicamente en un momento como el actual con la característica y tendencia antes aludidas la compraventa con precio aplazado se convierte en una figura o pieza básica en cuanto medio de financiación habitual para la adquisición de bienes.

Lo que sucede es que cuando se compra por alguien que no tiene capacidad económica actual suficiente para adquirir al contado, se produce una situación de peligro para el vendedor, que se desprende del bien y no recibe a cambio la contraprestación o por lo menos la totalidad de la misma (2). Por eso los contratantes suelen establecer un pacto que compensa aquél desequilibrio fortaleciendo la posición del vendedor, que de otro modo corre el riesgo de perder la cosa y el precio o parte del mismo.

Y así, ya en el Derecho Romano se introdujo un pacto añadido a la venta, el llamado pacto de la *Lex commissoria* en virtud del cual si el precio no se paga *fundus inemptus sit* o *inemptus fierit*, es decir, quedaba sin efecto la venta, el fundo quedará como no comprado, y *si venditor inemptum eum esse velit* (3), pues se trataba de una garantía para el

(1) Ya veremos luego cómo en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico se contemplaba el aplazamiento y el refuerzo de la posición del vendedor a través de un pacto resolutorio.

(2) Ante tal desequilibrio inicial el Derecho ofrece resortes naturales o medios para restablecerlo y compensar aquel riesgo.

Ya en el Derecho romano, en la época postclásica, existen los contratos innominados que se perfeccionan por la realización de una de las prestaciones recíprocas, permitiéndose al incumplidor reclamar la prestación de la contraparte (*actio praescriptis verbis*) o pedir la resolución mediante una acción de repetición de lo entregado (*condictio causa data causa non secuta*). Pero ya con anterioridad se había admitido la acción de repetición para evitar el enriquecimiento injusto, acción que no tenía efectos reales.

La posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento cuando se originan obligaciones recíprocas se abre paso en el Derecho francés por influencia, quizá, del Derecho canónico y se consagra en el Código de Napoleón (art. 1.184), de donde ha pasado al Código Civil español, que con carácter general establece la llamada facultad resolutoria tácita en el artículo 1.124 y establece una serie de normas protectoras de la posición del vendedor en los artículos 1.466, 1.467 y 1.505.

Sin embargo, estas medidas protectoras resultan inoperantes cuando surge un tercero protegido frente al cual el vendedor queda inerte.

Por eso los contratantes suelen pactar un medio más eficaz y seguro que permita al vendedor cobrar el precio en cualquier caso, habiendo conseguido el mayor éxito entre las fórmulas utilizables el llamado pacto comisorio, que se puede considerar como normal en toda compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado.

(3) En el *Digesto* se recoge un texto de Pomponio que dice: "*cum venditor fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*" (18, 3, 2); y añadía: "*si venditur ineptum eum esse velit*".

vendedor y, por tanto, tenía carácter potestativo para éste. Garantía eficaz que provocaba la resolución de pleno derecho, sin necesidad de *interpellatio* (4).

En nuestro Derecho histórico dicho pacto de *Lex commissoria* fue recogido y regulado, con el rigor y carácter que le diera el Derecho Romano, por el Código de Eurico, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y Las Partidas (5). Los autores afirmaron el efecto resolutorio del mismo sin necesidad de notificación o requerimiento (6). Y la práctica recalcó el rigor del efecto resolutorio de pleno derecho (7).

Sorprendentemente el Código Civil no regula de manera directa y exclusiva el pacto comisorio, y sólo de modo incidental en el artículo 1.504, al disponer que en la venta de bienes inmuebles el comprador podrá pagar, aún después de expirado el término, Ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial, añade: y ello aún cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato. Es decir, con ocasión de establecer un requisito específico para la resolución por incumplimiento del pago del precio en la compra de bienes inmuebles: el requerimiento previo (requisito añadido a los de la resolución genérica establecida en el art. 1.124 CC) se alude al pacto comisorio para extender también al mismo dicha exigencia.

Y un fragmento de Ulpiano (*Digesto*, 18, 3, 2): "si volet venditor exercebit, non etiam invitus".

(4) ULPIANO en *Digesto*, 18, 3, 4.

(5) Ley 38-V-V: "Otrosí dezimos, que si el vendedor, e el comprador ponen pleyto entre sí, que el comprador pague el precio a día señalado, e si non lo pagare aquel día, que sea desfecha por ende la vendida; que tal pleyto como éste es valedero: e gana por ende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fué dado, si el 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".

(6) GREGORIO LÓPEZ, ANTONIO GÓMEZ, FEBRERO, GUTIÉRREZ, citados por RODRÍGUEZ ADRADOS en su trabajo "Algunos aspectos de la 'Lex commissoria'", en *RCDI*, 1968, pág. 56.

(7) RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 56) dice: "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 plano no se hiciere la paga, sin que haya menester pedírsela ni hacer ninguna diligencia judicial, esta venta sea en sí ninguna". Y el mismo FEBRERO: "... y pasado dicho término sin hacer 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".

Requisito, que no hacía sino aplicar el principio general establecido para la mora en el artículo 1.100, a la resolución de la venta de inmuebles por impago del precio.

Se separa nuestro Código Civil de la regulación tradicional en España según la cual vencido el plazo la venta se resolvía *ipso jure* sin necesidad de requerimiento alguno, pues *dies interpellat pro homine*, y por lo tanto el vencimiento del plazo hacía las veces de requerimiento y constituía en mora (8).

Y es que el Código Civil siguió en este punto casi literalmente al Código de Napoleón que aceptando los precedentes del Derecho francés consagró el principio general de resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de uno de los contratantes (art. 1.184), y estableció para la compraventa de inmuebles una norma especial que exigía por un lado el requerimiento previo al comprador para constituirle en mora y por el otro prohibía al juez conceder desde entonces plazo alguno (9).

En el Derecho español la norma del artículo 1.504 introducía un cierto debilitamiento en la eficacia del pacto comisorio respecto al Derecho anterior, pues sin excluir los efectos automáticos de la resolución, los suspende hasta que el vendedor realice el requerimiento.

La doctrina posterior al Código Civil constató de manera sistemática

(8) GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, reimpresión Zaragoza, 1974, pág. 759), comentando el artículo 1.433, precedente del actual 1.504, decía que de la Ley comisorio se trata en el Título III, Libro 18, del *Digesto*, y en la Ley 38, Título V, de la Partida 5.^a, y que en ambos derechos la venta se resolvía *ipso iure*, no pagándose el precio al plazo o tiempo convenidos; es decir, que el vendedor quedaba en libertad de recobrar la cosa o reclamar el pago del precio, aunque elegida una de las dos acciones no podía variar y recurrir a la otra.

En Derecho romano y el patrio, el día o plazo vencido *interpellat* hacía las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros habernos establecido lo contrario en el artículo 1.007 y lo aplicamos al caso de este artículo; pero si además concurriera la circunstancia prevista en el número 1 del artículo 1.007, se observará lo dispuesto en el mismo.

(9) La norma del artículo 1.656 del Código de Napoleón tiene una lectura distinta, sin embargo, a la de nuestro artículo 1.504 del Código Civil, ya que en Francia se había consagrado por la doctrina y la jurisprudencia por influencia, quizá, de la doctrina canónica, por un lado, la regla general de resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, no basada en un pacto expreso, sino en una cláusula sobrentendida, y, por otro, la mitigación y debilitamiento consiguiente de los efectos del pacto comisorio al permitirse que el Juez concediese nuevo plazo y exigir que la resolución se decretase judicialmente. Por tanto, el artículo 1.656 venía a fortalecer la posición del vendedor al impedir que el Juez pudiese decretar un nuevo plazo después de que el comprador le hubiera constituido en mora mediante el requerimiento.

En cambio, en España, en donde la norma tradicional era la resolución automática por vencimiento del plazo, el artículo 1.504 supone, por el contrario, un apoyo o fortalecimiento de la posición del comprador, el cual no obstante haber vencido el plazo puede pagar mientras no se le notifique la resolución.

la ruptura que el artículo 1.504 supuso respecto a nuestro Derecho anterior en el sentido de exigir, para que la resolución tenga lugar, un requerimiento al comprador y prorrogar entre tanto las posibilidades de pago por éste. Y que de este modo se excepcionaba también el principio tradicional *dies interpellat pro homine*, en armonía con el artículo 1.100 del Código Civil, precepto general, tomado igualmente del Código Civil francés que consagró aquella excepción al principio tradicional en materia de la mora o incumplimiento tardío. Pero que nada más había cambiado, pues no quedaban alterados los efectos de pleno derecho de la resolución (10).

Y los autores señalaron las diferencias que separan los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, en el sentido de que éste último no exige para su ejercicio los requisitos que la doctrina considera aplicables al 1.124: que se trate de incumplimiento grave y culpable, que los efectos de la resolución del 1.504 tienen carácter real frente a los de la del 1.124 del Código Civil que tienen carácter personal, y que la resolución derivada del pacto comisorio se produce *ipso iure* y la intervención judicial tiene reducido su ámbito, si lo comparamos con el amplísimo en relación con el 1.124 del Código Civil; de ahí que el artículo 1.504 constituya un instrumento de autotutela eficaz.

Y se observa una cierta unanimidad doctrinal en considerar la cláusula resolutoria como un medio de autotutela privada con el cual se dota al vendedor de un mecanismo efficacísimo para garantizar el pago del precio aplazado, evitando todos los gastos, molestias y sinsabores propios de un pleito (11).

(10) Así RODRÍGUEZ ADRADOS, "Algunos aspectos de la 'Lex commissoria'", *RCDI*, 1968, pág. 57, quien añade que ni siquiera es seguro que se estimara demasiado dura la posición del comprador, y que es muy posible que la innovación se debiera a razones técnicas: congruencia con el artículo 1.007 del proyecto de 1851 que siguiendo el Código francés había arrumbado el principio *dies interpellat*.

TRAVIESAS, "Obligaciones recíprocas", *RDP*, 1959, págs. 273 y ss., sostiene que el pacto puede consignarse como cláusula del contrato, en cuyo caso se faculta al acreedor para exigir la resolución o como condición resolutoria, en cuyo caso la resolución se produce sin más con el impago.

En ambos casos para ejercitar la resolución bastará la comunicación a la parte contraria en el primer supuesto y el cumplimiento de la condición en el segundo.

Y RUIZ MARTÍNEZ, "Precio aplazado, artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento", *RCDI*, 1948, págs. 601 y ss., para quien no cabe la condición resolutoria porque irían contra el requerimiento del artículo 1.504, que es de orden público, y sólo se admite el simple pacto de resolución convencional; y señala la identidad sustancial del artículo 1.504 del Código Civil con el artículo 1.456 del Código italiano por la que podrá utilizarse la elaboración efectuada por la doctrina italiana, con provecho para interpretar nuestro artículo 1.504. (En el Derecho italiano se establece que si se conviene la resolución, ésta se verifica de derecho cuando la parte interesada lo declara a la otra, declaración que constituye la "sentencia".)

(11) Sostiene IRURZUN ("La cláusula y el pacto comisorio", *Estudios de Derecho*

Sin embargo, el problema se plantea cuando el comprador se opone a la resolución, pues entonces también está claro que el vendedor tiene que acudir a los tribunales, a los que en definitiva corresponde el control de si la resolución está bien hecha, aunque se considere que su intervención sea meramente declarativa y no constitutiva de la resolución ya realizada previamente a través del requerimiento.

Y es aquí justamente en este control judicial en donde surge una de las

Privado, tomo II, 1965) que el pacto comisorio es una forma de autotutela privada que tiene su fuente en el pacto añadido a un contrato sinalagmático y en el cual se estipula que en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida en el modo y tiempo convenidos pueda el acreedor insatisfecho ejercer un poder privado de resolución, que se hace efectivo por medio de una voluntad unilateral recepticia.

También RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 62), quien cita una frase de BORRICAND que dice: "La cláusula resolutoria no podía retirar al Juez todo poder de apreciación, pero el control judicial que se efectúa *a posteriori* no es de oportunidad (no puede apreciar si la resolución está justificada en equidad), sino de legalidad." Y muy especialmente a la doctrina italiana, concretamente a BARBERO, para el cual la valoración del Juez queda excluida por las partes en forma negocial. Y a Mosco, para quien la valoración de la gravedad de incumplimiento queda sustraída a la decisión del Juez.

Y ROCA SASTRE sostiene que la cláusula resolutoria es una verdadera condición resolutoria potestativa que produce sus efectos de pleno derecho, *ipso iure* y no *officio iudicis*, quedando sin efecto la transmisión operada y volviendo automáticamente el dominio al patrimonio del vendedor, bastando para la reinscripción a favor del vendedor el sencillo procedimiento del artículo 59 del Reglamento Hipotecario (hace constar al Registrador la notificación de resolución, acompañando el título del vendedor) (*Derecho hipotecario*, t. II, 1968, págs. 755, 765 y ss.).

Y BADENES, *El contrato de compraventa*, t. II, pág. 858: "... una vez practicado el requerimiento carecen los Tribunales de facultades para apreciar causas justificadas de incumplimiento". Y cita la Sentencia de 3 de marzo de 1967 en la que se declara que el principio general del artículo 1.124 que autoriza a los Tribunales para señalar plazo si aprecian causas justificadas para ello cede y desaparece en la venta de bienes inmuebles ante el precepto terminante y específico del artículo 1.504, en cuya virtud una vez practicado el requerimiento ya no se admite aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohíbe de forma clara y terminante la concesión de nuevo término. (En el caso de la sentencia, añade, había impago y requerimiento, y el comprador consignó el descubierto al momento de contestar la demanda. El Tribunal Supremo considera extemporánea la consignación, pues el contrato estaba ya resuelto por haberse cumplido los requisitos del artículo 1.504, por lo que la sentencia impugnada ha infringido dicho precepto al conceder implícitamente un nuevo término contra lo prohibido en tal precepto).

CAMY, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, vol. II, 1970, págs. 713 y ss., considera que frente a la resolución del artículo 1.124, en la del artículo 1.504 estamos ante una resolución de carácter contractual y que opera *ipso iure*. Y que basta la comunicación de resolución y que se presenten al Registrador los documentos siguientes: escritura del vendedor, la notificación y el documento que acredita se ha depositado el importe percibido por el vendedor, con la declaración que proceda, para reinscribir la finca a favor de éste.

MULLERAT, "El pacto comisorio en la compraventa de inmuebles", *ADC*, 1971, págs. 497 y ss., señala que dos son los requisitos para que se produzca la resolución: impago del precio y requerimiento, si bien se plantea el problema que va a ser decisivo,

cuestiones medulares acerca de la eficacia de la cláusula resolutoria en uno de los puntos básicos que pretendo aclarar en este trabajo: el de si el impago ha de ser culpable o imputable al comprador o por el contrario basta el hecho objetivo del mismo para que la resolución se produzca.

En la doctrina española que se ha ocupado monográficamente del problema se advierte una tendencia a destacar las diferencias entre los artículos 1.504 y 1.124, y consecuentemente a considerar que el primero es una norma especial que únicamente exige el impago como hecho objetivo, que por sí mismo es determinante de la frustración del interés del acreedor (12).

Sin embargo, la cantidad abrumadora de sentencias reiterando la exi-

como veremos, para resolver el alcance del artículo 1.504 de si el impago o retraso ha de ser culposo.

ALVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 1972, pág. 97: "Los efectos de la cláusula resolutoria son: hacer innecesario, en principio, la intervención judicial; el acreedor no tendrá que pedir la resolución ante los Tribunales, evitándose los gastos, discusiones y sinsabores propios del litigio; desde la notificación queda excluida la posibilidad de conceder plazos, y la resolución tiene efectos retroactivos."

G. CANTERO, *Comentarios al Código Civil* Edersa, 1980, t. XIX, pág. 428. La voluntad de los contratantes se dirige a eliminar la intervención judicial, es decir, a que se produzca la resolución de pleno derecho o automáticamente. Hecho el requerimiento, el comprador pierde la facultad de hacer el pago fuera de plazo y el vendedor tiene libre la resolución sin necesidad de acudir al Juez, si bien caso de oposición tendrá que interponer la demanda para que se declare que el contrato se ha resuelto en virtud del requerimiento.

Y P. BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, sostiene que en el caso de elevarse el incumplimiento de la contraprestación a la categoría de condición resolutoria expresa se producirá dicha resolución con los efectos automáticos de las verdaderas condiciones.

MIQUEL CALATAYUD, "Consideraciones sobre el impago del precio en la compraventa", *RCDI*, 1985, págs. 1526 y ss., para el que, partiendo de la necesaria inscripción en el Registro de las condiciones resolutorias y de la conversión de la falta de pago en una condición resolutoria explícita, los objetivos pretendidos (objetivación, eficacia resolutoria acrecida, totalización anticipada y eliminación de la instancia judicial) se consiguen plenamente. En lo que se refiere a la adveración del cumplimiento de la condición (impago) que corresponde al Registrador, es de aplicación el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, según el cual, dice, inscrito y constatado incontestablemente el hecho del mismo, el Registrador ante quien se haya adverado tal circunstancia objetivada y totalizada procederá previa la documentación pertinente a la reinscripción.

Con ello, dice, quedan totalmente conculcados los parámetros básicos que convierten al incumplimiento de fáctico en jurídico, con manifiesto peligro para la idea de la justicia por la evidente objetivación de la responsabilidad del comprador (pág. 1537).

(12) Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 61), si bien reconocía en el año 1968 que el Tribunal Supremo en algunos casos aplicó a la resolución del artículo 1.504 criterios de equidad propios de la acción del artículo 1.124; sin embargo, cita la Sentencia de 28 de enero de 1944, que marca claramente las diferencias entre ambos preceptos, concretamente la imposibilidad de pagar en el caso del artículo 1.504 una vez transcurrido el plazo si ha mediado el requerimiento, y sostiene que las diferencias son evidentes,

gencia de una voluntad rebelde y deliberada para que la resolución 1.504 prospere, provocó que un sector importante termine aceptando, si bien siempre con ciertas reservas y reticencias, que la resolución del 1.504 sólo cabe si hay incumplimiento culposo o por lo menos un hecho obstativo que impida de manera absoluta el cumplimiento (13).

Hay que reconocer que el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia

pues el artículo 1.124 exige dos requisitos que no son precisos para la resolución del artículo 1.504: incumplimiento grave y culpable.

BADENES en el año 1969 (*La compraventa*, t. II, págs. 864-865), después de recordar que en Derecho romano se admitió la resolución por retraso no imputable al deudor, en base al *Digesto* (22.9, 23.1), señalaba que la doctrina dominante estima que se precisa culpabilidad. Pero acepta la reflexión de PINTO en el sentido de no considerar procedente la exigencia de culpabilidad incluso en el supuesto del artículo 1.124 por oponerse a ello el principio *ubi lex non distinguit...*, pues si el incumplimiento es imposible (supuesto del art. 1.124, párr. 2.º), ninguna culpa tiene en su ejecución el deudor, ya que nada puede hacer para realizarlo y porque el juego de la causa impone prescindir de la idea de culpabilidad. Y después de constatar la tendencia jurisprudencial a exigir una voluntad rebelde del comprador, concluyó diciendo que "esta reiterada doctrina no autoriza a afirmar en términos absolutos que, en todo caso, sin culpabilidad no hay resolución, pues hay que tener en cuenta otras sentencias en que se considera bastante que surja un hecho que de manera definitiva impida el cumplimiento.

Y BALERIOLA, "De nuevo sobre la resolución de la compraventa de inmuebles" (RDN, núm. 128, 1985, págs. 284 y ss.), sintetizando las reflexiones de R. ADRADOS, A. VIGARAY, MERINO HERNÁNDEZ, OGAYAR Y AYLLÓN, MOLINA GARCÍA y otros, señala que la única similitud entre el funcionamiento práctico de los artículos 1.124 y 1.504 radica en que en ninguno de los preceptos se exige demanda judicial para obtener la resolución. Lo que sucede es que si la contraparte no se allana a la resolución extrajudicial, habrá que acudir a los Tribunales. Pero la sentencia que se pronuncie es simplemente declarativa, no constitutiva. Ahí cesan las semejanzas. El artículo 1.124 concede amplias facultades a los Tribunales para decidir acerca de la resolución, en tanto que el pacto comisorio del artículo 1.504 o el mero régimen resolutorio de este precepto, aun sin pacto expreso, provocan la resolución rigurosamente siempre que se cumplan los requisitos previstos en el mismo y sin que los Tribunales puedan tener intervención alguna en este sentido. A lo que tiende el pacto es a eliminar la intervención judicial. Y que el régimen resolutorio del artículo 1.504 no exige los requisitos de incumplimiento grave y culpable que exige el artículo 1.124. Y cita la Sentencia de 3 de marzo de 1967.

Lo que sucede es que frente a tan sensibles diferencias el Tribunal Supremo, posiblemente asustado ante el riguroso automatismo del artículo 1.504, ha venido afirmando el carácter complementario de ambos preceptos, con lo que se opera una profunda confusión entre dos sistemas resolutorios claramente diferenciados.

(13) Así MULLERAT en el año 1971 se hace eco de esa importante jurisprudencia exigiendo una conducta culposa del comprador y estableciendo la complementariedad de los artículos 1.124 y 1.504, y afirma que el primero de los requisitos para aplicar este último precepto es el incumplimiento culpable (*ob. cit.*, pág. 502).

ALVAREZ VIGARAY en 1972 cita la Sentencia de 5 de junio de 1944 que declaró que el artículo 1.504 presupone que exista un verdadero y propio incumplimiento y que éste descansa en causas imputables al deudor. Pero nada se opone a que, pese a este principio, las partes acuerden que el acreedor con pacto comisorio podrá resolver a pesar de que el incumplimiento no le es imputable al deudor; tesis que puede deducirse a *sensu contrario* del artículo 1.105 del Código Civil. Por tanto, si se pacta que el deudor con

de 5 de julio de 1941 ha insistido de una manera reiteradísima como luego veremos, al analizarla especialmente, en la exigencia de un retraso culposo: voluntad rebelde al cumplimiento, matizada, es cierto por otras en las que se dice que dicha frase hay que entenderla, para no identificarla con impago doloso en el sentido de que basta el hecho obstativo del impago que produzca la quiebra de la finalidad económica del contrato.

Pero la mayoría de las sentencias se refieren a pactos establecidos en documentos privados y, por tanto, no se plantean el problema de la autotutela que significa la reinscripción a favor del vendedor, por vía extrajudicial, y sin más trámite que el establecido por el artículo 59 RH.

Ello permitió probablemente que las cláusulas resolutorias siguieran siendo el medio de garantía preferido por los vendedores, a pesar del fuerte recorte en su eficacia que suponía, en principio, la introducción del arbitrio judicial para valorar la gravedad o importancia del impago, con la consiguiente pérdida de rigor y automatismo resolutorio, aunque ello fuera por razones de equidad y de justicia.

Hasta que esta relatividad añadida o impuesta por el Tribunal Supremo a la eficacia del pacto comisorio, no caló en la Dirección General de los Registros y del Notariado, el problema no alcanzó la máxima gravedad, y no alarmó excesivamente. Los vendedores que elegían una fórmula segura de garantía de pago, después de haberse desprendido del bien vendido, cual era la que le dispensaba la cláusula resolutoria, contaban

pacto comisorio responderá incluso por caso fortuito, este acuerdo sobre responsabilidad es válido (*ob. cit.*, pág. 93).

Y GARCÍA CANTERO en 1980 consideró que, dada la falta de coincidencia entre los artículos 1.124 y 1.504, hay que señalar que la aplicación de este último es preferente y que así lo ha confirmado abundante jurisprudencia, citando la Sentencia de 3 de marzo de 1967 que consideró que una vez practicado el requerimiento resulta de mayor severidad el artículo 1.504 y determina la resolución sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohibiendo la concesión de nuevo término. Pero la preferente aplicación del artículo 1.504 no implica prescindir del artículo 1.124, antes bien, como ha dicho la Sentencia de 31 de octubre de 1968, ambos preceptos no se eluden, sino que se complementan (*ob. cit.*, pág. 426). Y más adelante (pág. 430) señala que la jurisprudencia ha declarado la necesidad de que haya una conducta culposa imputable al deudor.

Y RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, 1990, págs. 153 y ss., concluye que el automatismo resolutorio no tiene lugar. El vendedor se deslumbra por el espejismo de la cláusula, pero el automatismo no se va a producir, sino que está supeditado a la moderación que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo realiza al interpretar los artículos 1.504 y 1.124. Por lo que no cabe la resolución automática mediante el acta notarial, sino que deberá obtenerse la oportuna sentencia judicial, y para ello deberá probarse la voluntad deliberadamente rebelde y que el incumplimiento es imputable al deudor. Considera el autor citado que la razón de esta falta de automatismo para ser implícitamente un problema de vivienda.

pese a aquella jurisprudencia que debilitaba su alcance, con que, de momento, el bien se podía reinscribir a su favor por el sencillo trámite del artículo 59 RH. Lo que suponía no sólo la recuperación formal o registral del dominio, con la posibilidad de hipotecar o vender de nuevo la finca, sino también un efecto psicológico añadido derivado de la protección hecha por el legislador en su favor a través de un sistema ágil de recuperar la propiedad aunque sólo fuera desde el punto de vista formal.

Pero una jurisprudencia registral iniciada por la Resolución de 29 de diciembre de 1982 afectó a la misma línea de flotación del esquema protector o de seguridad de la posición del vendedor ante el impago del precio aplazado.

No obstante, bien sea porque a veces las decisiones jurisprudenciales tardan en llegar a la sociedad, bien porque los juristas no hayan dado importancia decisiva a una sola resolución y más si su argumentación no resulta convincente, o bien porque pese a todo no se consideró que exista otra garantía más idónea, la incidencia que de momento ha tenido la referida Resolución de la Dirección General ha sido escasa en la práctica. Las cláusulas resolutorias siguen siendo el medio preferido por los vendedores para garantizar el pago del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles, y constituye el instrumento que más éxito ha tenido en la realidad contractual. Hasta tal punto que es difícil encontrar un contrato de compraventa con precio aplazado, ya se haya formalizado mediante documento privado simplemente o en escritura pública, que no contenga pacto comisorio en garantía del cobro del precio.

La cláusula resolutoria se ha logrado convertir en una de las fórmulas jurídicas que más fortuna ha tenido. En la práctica notarial se ha extendido y perfilado de tal modo que ha desplazado a los otros dos medios de gran eficacia que el vendedor podía haber elegido: letras avaladas y la hipoteca para garantizar el impago (14).

Pero los peligros de relativización y, en consecuencia, de debilitamiento de su eficacia están ahí latentes, sobre todo después de la citada Resolución de 1982.

Realmente tres son los medios de garantía eficaces que el vendedor

(14) Lo usual es que el precio aplazado se represente por letras de cambio, sin perjuicio de la cláusula resolutoria añadida. Sin embargo, a veces y por razones distintas a las de la mera garantía (facilidad para obtener un préstamo el comprador, etc.), se prescinde del pacto resolutorio y se limita a garantizar el aplazamiento mediante letras de cambio avaladas por una entidad de crédito, letras que a veces ni se reflejan en la escritura, en la que, y dada la virtualidad que tal garantía puede tener, se suele consignar que el precio ha sido totalmente satisfecho, lo que origina lo que podíamos llamar una zona sumergida —la realidad del aplazamiento—, con todos los inconvenientes, sobre todo desde el punto de vista fiscal, que se pueden plantear.

puede elegir teniendo en cuenta la máxima dosis de seguridad para garantizar su posición: la representación del precio aplazado por letras de cambio avaladas por una institución de crédito, la hipoteca y el pacto comisorio.

Pero es este último el que de manera indiscutible ha triunfado frente a los otros dos, hasta tal punto que ni siquiera se discute o plantea normalmente la opción entre una u otra fórmula y se suele aceptar como natural y más ventajoso el pacto comisorio.

¿Cuál es la causa de esta predilección? La razón básica está en la ventaja que supone el automatismo que aquel pacto ofrece, eliminando en la mayoría de los supuestos la intervención judicial, y, consecuentemente, los gastos, molestias e inseguridad propios de un pleito.

Es claro que en caso de impago, si el precio está representado por letras de cambio, habrá que acudir al juicio ejecutivo correspondiente, con el problema de dilación y gastos connaturales a todo procedimiento judicial (15), además de los perjuicios que pudieran derivarse, cuando los plazos son largos y se retrasa el cobro, de la desvalorización monetaria que normalmente incidirá de manera negativa en la satisfacción del interés del vendedor garantizado. Sin olvidar también las consecuencias psicológicas aparte de las económicas que se derivan de la inseguridad que provoca la lentitud que en la justicia española resulta ya endémica.

Los mismos problemas se plantearán en el caso de la garantía hipotecaria (16).

Después de estas consideraciones resulta lógica la elección del vendedor. Con el pacto resolutorio cuenta, en principio, con un mecanismo sencillo de aplicación automática, que evita la intervención judicial. En definitiva, tiene en sus manos la autotutela, lo que supone, teniendo en cuenta lo antes dicho, una verdadera bendición para el vendedor.

Ya hemos visto como en nuestro Derecho anterior al Código Civil la eficacia y rigor del pacto comisorio no ofrecía duda como garantía del cobro del precio aplazado.

Hemos visto también como el Código Civil en su artículo 1.504 mitigó aquel rigor, pero sólo en el sentido de dar al comprador un respiro, desplazando el automatismo resolutorio del momento del impago al del requerimiento.

La doctrina así lo aceptó en un principio. Pero ante la insistencia del

(15) Aparte, habría que considerar el costo que supone no la letra en sí misma pero sí el aval bancario necesario para que la garantía ofrezca la mayor seguridad.

(16) El desplazamiento de la garantía hipotecaria por la cláusula resolutoria ha avisado al Fisco que atento siempre a la recaudación, somete al mismo trato ambos hechos imponible en el ITP (art. 7.3 de la Ley).

Tribunal Supremo en conectar y complementar el artículo 1.504 con la doctrina elaborada para el 1.124 e introducir un elemento de valoración que obstaculiza el efecto automático, cual es el grado de gravedad del retraso y de culpabilidad del comprador, después de afirmar el carácter privado y de autotutela que mantiene la cláusula resolutoria, advierte, como hemos visto, que el Tribunal Supremo ha relativizado su eficacia al imponer un control judicial no ya sobre la legalidad de la resolución ejercitada privadamente, sino sobre su oportunidad y, por tanto, sobre si está justificada en equidad, lo que deja abierta la puerta al arbitrio judicial.

Por último la Resolución de 29 de diciembre de 1982 al trasladar el esquema perfilado inicialmente por el Tribunal Supremo para el 1.504 al ámbito registral, introduce un elemento más añadido al debilitamiento de la posición del vendedor. Hasta entonces el mecanismo de reinscripción establecido en el artículo 59 RH no se había puesto en duda ni por la doctrina ni por la Dirección General de los Registros, que lo aplicó sencillamente (17).

A partir de esta resolución la doctrina, sobre todo en el ámbito notarial, reacciona de manera clara y pesimista, señalando que, a partir de 1982, la condición resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa ha perdido su principal ventaja: la reinscripción del inmueble a favor del vendedor si necesidad de intervención judicial; planteándose incluso el problema de si ha perdido su utilidad y si deben buscarse fórmulas alternativas (18), y que incluso se podría pensar en una actitud

(17) Así Resolución de 3 de junio de 1961 en la que se declara que para llevar a cabo la nueva inscripción a favor del vendedor es preciso que éste presente su título y que se haga constar según el artículo 59 del Reglamento Hipotecario la notificación judicial o notarial hecha al comprador, y además para poder cancelar las cargas y gravámenes constituidos por éste deberá cumplir lo referido en el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario que exige la consignación del precio. También la de 13 de junio de 1962 que considera que el pacto comisorio juega como condición resolutoria, e inscrito en el Registro al amparo de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria puede producir efectos contra terceros. Y también la Resolución de 31 de octubre de 1969 que resolvió precisamente un supuesto en que la autotutela del vendedor había provocado la reinscripción a su favor, pero luego una sentencia firme declaró improcedente la resolución, ordenando que se volviera a inscribir la finca a nombre de la compradora; a pesar de ello el Registrador denegó la inscripción de la sentencia pues el vendedor primitivo había vendido a su vez la finca con lo cual aparece la figura del tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(18) Así, ROMERO GIRÓN DELEITO, en *Boletín del Colegio de Granada*, 1983, págs. 384 y ss., señala que como figuras alternativas puede pensarse en las fórmulas de garantía convencional que vienen manejándose: opción de compra, pacto de reserva de dominio, hipoteca (que aconseja constituir la por vía de reserva o *deductio*, tal como autorizó la Resolución de 18 de septiembre de 1969). También CORDERO GARRIDO (*Boletín Colegio de Granada*, 1983, pág. 895) dice que la Resolución de 1982 sienta una

resignada de las partes a contentarse con el documento privado que permite al vendedor ostentar la titularidad formal o registral, con los inconvenientes que ello supone para el comprador (peligro de fallecimientos, embargos, etc) (19).

Después de todo lo dicho y a pesar del esfuerzo doctrinal en destacar el rigor del pacto comisorio, al aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y últimamente la Dirección General de los Registros los criterios de valoración y subjetivos elaborados para el 1.124 al artículo 1.504 del Código Civil y 59 RH, nos obliga a replantear la conveniencia o utilidad de la cláusula resolutoria, no sin antes hacer un esfuerzo interpretativo que pueda ofrecer luz en una cuestión cuya solución no está a mi juicio tan claramente decantada hacia tal relativización que el arbitrio judicial necesariamente produce.

Y éste es el objetivo principal de este trabajo.

II. EL PACTO COMISORIO COMO REFORZAMIENTO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA PROPIA DE LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS

La doctrina ha discutido acerca del carácter o naturaleza de la cláusula resolutoria. Dos son las tesis principales al respecto:

a) *El pacto comisorio como condición resolutoria*

Esta es la tesis seguida con más fundamento por ROCA SASTRE, quien parte de la letra del artículo 11.1 LH, que utiliza expresamente el término condición resolutoria, y también de los artículos 59 RH y 1.504 CC que hablaban de resolución de pleno derecho del contrato de compraventa de

doctrina claramente proteccionista del comprador, si bien parece exagerada en algún aspecto y llega a ocasionar evidentes perjuicios al vendedor. BALERIOLA (RDN, núm. 128, 1985, pág. 286) después de criticar abiertamente la doctrina del Tribunal Supremo afirma que el trasvase de los requisitos genéricos de la resolución ex artículo 1.124 al régimen del 1.504, fundamentalmente la doctrina de los factores etiológicos subjetivos, produce una confusión entre los sistemas resolutorios, claramente diferenciados en fundamentos, requisitos, etc., y, refiriéndose ya a la Resolución de 1982 propone, al igual que los autores antes citados, medios correctores que retuercen la posición del vendedor y una interpretación de la tan citada resolución acorde con la función de garantía eficaz que el pacto comisorio debe desempeñar.

(19) En este sentido ROMERO GIRÓN, *ob. cit.*, pág. 385.

inmuebles, siempre, claro está, previa declaración en este sentido por el vendedor, que debe ser hecha al comprador, ya que el pacto envuelve una condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado. De modo que el efecto resolutorio solamente se produce si éste decide optar por la resolución. Y la condición resolutoria cumplida tiene un efecto destructivo o aniquilador del acto, que se produce de modo automático cuando se da el supuesto que constituye el *factum*, que aquí sería el impago; si bien tal condición resolutoria que implica el pacto resolutorio está supeditado al *si volet* del vendedor, pues se inserta en la compraventa en provecho del vendedor sirviéndole de garantía al efecto. El vendedor por una razón de equidad no puede estar sujeto al automatismo inicial de la condición resolutoria cumplida que podría redundar en perjuicio de él, lo cual es inadmisibles. Por lo tanto, la entrada en función de la condición resolutoria incrustada en el pacto comisorio depende de un doble hecho: el impago del precio (*factum*) y el *si volet* del vendedor. En otro caso se caería en el absurdo de dejar al arbitrio del comprador el cumplimiento del contrato, lo que entraría en contradicción con los artículos 1.115 y 1.256 CC (20).

De esta tesis deduce ROCA la principal consecuencia: la resolución se produce *ipso iure* y no *officio iudicis* y con eficacia real (son la venta y la transmisión las que resultan inoperantes, como no hechas) (21).

(20) *Derecho hipotecario*, t. II, 1968, págs. 750 y ss.

(21) Apoya ROCA SASTRE su tesis también en textos de Derecho romano, cuyo significado es más que dudoso. Así, parte de un texto de ULPiano (*Digesto*, 18, 3, 1) en el que se dice que "si se hubiera vendido un fundo con cláusula resolutoria más parece que la compra se disuelve bajo condición que se contrae bajo condición", por lo que el pacto puede interpretarse como simple pacto de resolución (*sit inemptus*) o como condición, pero predominó el criterio de ver en la fórmula un pacto de resolución en sentido clásico (esto es, como condición resolutoria, que al no ser admitida en el Derecho romano clásico, se empleaba el giro de pacto de resolución), y no verificado el pago se entienda cumplida la condición y la cosa se consideraba *inempta*. Y que en el período del *ius commune*, con inicios ya en Justiniano, la aversión del Derecho romano a la revocación real de la propiedad *ex tunc* fue superada y el pacto comisorio dejó de considerarse estrictamente como pacto resolutorio en sentido clásico y se contempló en el seno del mismo la existencia de una verdadera condición resolutoria *si volet venditor*. La misma denominación del pacto comisorio revela el carácter de condición resolutoria que campea en el mismo y que significa —como dice BISCARDI— o que es una cláusula que deviene ejecutiva (*committitur*) en caso de impago o que es una sanción al incumplimiento contractual y, por tanto, su aplicación se conecta con el presupuesto de un acto ilícito del comprador (*commisum*) lo que se confirma al permitir que el vendedor opte por la resolución.

A esta interpretación de ROCA hay que oponer en primer lugar la poca claridad de los textos romanos para deducir de ellos tal doctrina. El mismo ROCA reconoce que fue una cuestión discutida en Derecho romano, pues su jurisprudencia osciló entre la concepción de la *emptio condicionalis* y *emptio pura* con pacto anejo de resolución. Y RASI

La tesis de la condición resolutoria ha sido afortunada y admitida por un sector doctrinal amplio (22). Y de ella se puede deducir con toda facilidad el efecto de automatismo, que los autores han recabado para la misma como elemento determinante de su verdadera fuerza (23).

ve en el pacto de la Ley comisoria un pacto resolutorio bajo condición suspensiva de índole potestativa. Y ALVARO D'ORS (*Derecho privado romano*, 1968, pág. 432) afirma que la consensualidad de ciertos contratos (compraventa) permitían que la *obligatio* pudiera extinguirse por el mismo consentimiento resolutorio y que esta resolución pudiera pactarse previamente supeditada a una condición o término, es decir lo que se sometía a condición no era el contrato, sino la facultad resolutoria: *non esse sub conditione distractam sed resolvi emptionem sub conditione* (D., 18, 3, 1).

Pero, además, la última matización hecha por ROCA y recogida de BISCARDI, acerca del significado del término *commissorio*, explica a mi juicio la clave del pacto comisorio y de su esencia, que es su conexión básica con la misma estructura contractual: se ha producido un hecho ilícito por el comprador con todas las implicaciones que ello supone, entre ellas y más principalmente la eliminación del automatismo objetivo absoluto (impago sin más). Por eso otro texto de SCAEVOLA (D., 18, 3, 8) dice "en el día establecido el comprador testificó que está dispuesto a pagar el precio restante y consignó una bolsa sellada conteniendo dinero, pero faltó la vendedora. Al día siguiente fue notificado el comprador ante testigos a nombre del fisco, para que no pagase el precio a la mujer antes de satisfacer al fisco. Se preguntó si los fondos pueden ser reivindicados por la vendedora. Respondió que el comprador no ha incumplido la cláusula".

El impago no es, pues, un hecho objetivo y fatalmente determinante de la resolución. Y así un texto del *Digesto* (18, 3, 4) dice: "Marcelo duda si la cláusula comisoria tiene lugar si el comprador requerido para el pago no pagase o bien si no hubiese ofrecido el precio. Y yo pienso que el comprador debe ofrecerlo, si quiere desligarse de la fuerza de la cláusula comisoria, pero si no tuviera a quien ofrecer el precio podrá estar seguro (ULPIANO)".

(22) Así SANZ (*Instituciones*, II, págs. 434 y ss.), para quien el efecto del pacto comisorio responde al juego propio de la condición resolutoria. También GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 428, para el que hay que entender con la mejor doctrina —y cita a ROCA SASTRE— que el pacto envuelve una condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado, porque el efecto resolutorio sólo se produce si el vendedor decide optar por la resolución y no por el incumplimiento, al estar inspirado en su beneficio exclusivo.

Sin embargo, no explica GARCÍA CANTERO, cuando estudia los requisitos para su ejercicio, por qué no basta cualquier incumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio, ya que sigue la tesis jurisprudencial de exigir una conducta culposa y voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Ni tampoco explica por qué tratándose de una condición resolutoria, con efectos automáticos, se hace depender su ejecución del cumplimiento por parte del vendedor de sus propias obligaciones.

MIQUEL CALATAYUD, "Consideraciones sobre el impago del precio en la compraventa", *RCDI*, 1985, págs. 1.526 y ss., señala que por mor de la autonomía de la voluntad, al impago del precio se le da el carácter de condición resolutoria explícita, como dice el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. El incumplimiento del comprador se convierte convencionalmente en una *condictio facti* resolutoria, o sea, en el suceso futuro e incierto a que se refiere el artículo 1.113 del Código Civil. Con ello se pretende objetivar el incumplimiento, totalizarlo globalmente, atribuirle eficacia resolutoria absoluta, y eliminar la intervención judicial.

Sin embargo, se pregunta el autor sobre la licitud de dicha conversión del impago en condición; y considera que aparte de los límites genéricos de justicia y equidad derivados

Hay que reconocer que la tesis de la condición resolutoria tiene a su favor la expresión misma del artículo 11 LH cuando habla de *condición resolutoria explícita* para garantizar la falta de pago del precio. También la situación del artículo 1.124 en sede de obligaciones condicionales, a pesar de que su mecanismo de funcionamiento está más claramente alejado del juego condicional y su fundamento en el sinalagma funcional propio de las obligaciones recíprocas y finalmente en la misma causa del contrato (24).

Sin embargo, resulta difícil entender como condición en sentido técnico la contenida en el pacto resolutorio, ya que el hecho básico condicionante forma parte de la estructura misma del contrato. El cumplimiento del pago del precio es esencia misma de la compraventa y la resolución derivada del incumplimiento no es más que una consecuencia de la ruptura del sinalagma funcional, y encaja mejor en la teoría de la causa, que en el ámbito de las condiciones en sentido propio. Y la facultad del vendedor para resolver no puede convertirse en una condición, ya que de este modo todas las facultades, por su propia esencia, remitirían a la misma, pues su ejercicio depende siempre del libre arbitrio del titular (25). Por otra parte,

del 1.255 del Código Civil, y el posible abuso de derecho, los mismos artículos 1.504 y 1.505 del Código Civil demuestran que la conversión no se ha producido, por lo menos totalmente, pues ambos limitan el automatismo, ya que la moratoria legal en ellos prevista es obstáculo insuperable para que el impago se considere evento condicionante normal. Y no vale el argumento de que se trata de una codición potestativa, que no resiste el más somero análisis. El evento pretendidamente condicionante es el incumplimiento que sólo muy latamente puede calificarse de potestativo, pues es un acto debido del deudor. Lo que sucede es que su incidencia desencadena en favor del vendedor las facultades del 1.124, sin que ello presuponga ejercicio de tal condición, pues éstas se cumplen o no pero no se ejercen. Por tanto, en el campo del Derecho civil puro parece claro que la conversión en evento técnicamente condicionante del impago no se produce en modo alguno.

Sin embargo, admite este autor, que en el campo registral sí es factible la conversión por imperativo del artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

(23) Así P. BRUTAU (*Derecho General de obligaciones*, pág. 161), para quien la facultad resolutoria produce el efecto automático propio de la condición resolutoria.

(24) No hay que olvidar que si bien el origen remoto de la condición resolutoria implícita está en un momento tardío del Derecho romano, que introdujo para los contratos innominados la posibilidad de que el que incumplía su obligación reclamase la restitución de la cosa a través de la *conditio causa data causa non secuta*, pues, en un principio, había una desconexión entre las obligaciones derivadas de la compraventa: el vendedor sólo podía reclamar el pago del precio y el comprador la entrega de la cosa; más cercana y directamente está en el Derecho intermedio, y en el pacto comisorio mismo, que llegó a sobreentenderse en los contratos bilaterales, como sabemos.

(25) Como dice P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 124) la condición sólo existe cuando los sujetos interesados la añaden a los elementos normales de la obligación. Y advierte que sería preferible que el lenguaje se ajustara a tal criterio para evitar la confusión que existe en el uso de la palabra condición que se emplea a veces para calificar una

hay que señalar que el condicionamiento recíproco, propio de las obligaciones bilaterales, nada tiene que ver con la condición en sentido técnico, que no está estructuralmente incrustada en la esencia del contrato, a diferencia de las facultades derivadas del mismo, y ello aunque las partes traten de reforzar mediante pacto añadido los efectos de dichas facultades, pues el pacto no puede desnaturalizar lo que es esencia (equilibrio de prestaciones) propia de los contratos sinalagmáticos.

Desde otro punto de vista, el apoyo de dicha tesis en el artículo 1.504 es bien débil ya que desde este precepto lo único que se deduce es que los contratantes pueden pactar la resolución de pleno derecho, pero ello no significa que sea consecuencia de su carácter condicional (aunque la condición produzca también tal efecto).

b) *La cláusula resolutoria como facultad*

Pese al impacto que la configuración del pacto comisorio como condición resolutoria ha tenido en la doctrina y en la jurisprudencia (26), la mayoría de los autores que se han ocupado monográficamente del tema critican tal configuración. Así IRURZUN niega que pueda haber condición

circunstancia de la que necesariamente dependen los efectos legales como es el caso de las obligaciones recíprocas. Sin embargo, el mismo autor, aplica el término condición cuando se refiere a la condición resolutoria expresa, es decir, cuando se eleva a tal el incumplimiento de la contraprestación, en cuyo caso dice, se producirá la resolución con los efectos automáticos propios de las verdaderas condiciones (*ob. cit.*, pág. 161).

ROCA SASTRE para salvar el obstáculo que suponen los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil a su tesis, acude a la relevancia que tiene la opción del vendedor, lo que impide que quede al arbitrio del deudor el cumplimiento de la prestación, y traslada el peso del juego condicional a la voluntad o arbitrio del vendedor, configurándolo como condición resolutoria potestativa del acreedor. Y cita a CASTÁN en apoyo de su tesis, autor éste que considera lícita y válida la obligación sujeta a condición potestativa del acreedor.

A mi juicio, hay que entender que la tesis de CASTÁN es aceptable siempre que el evento condicionante, dependiente de la voluntad del acreedor, no sea la misma facultad derivada de la obligación; pues en éste caso, no sería una condición propia.

(26) Sentencias de 3 de diciembre de 1956, 14 de junio de 1984, 4 de abril de 1990, entre otras; Resoluciones de 3 de junio de 1961, 13, 18 de junio y 27 de septiembre de 1962, 23 de diciembre de 1964, 11 de enero de 1964. El término *condición resolutoria* es el habitualmente empleado por el Tribunal Supremo y en la práctica contractual, incluso la notarial. Y es que, como dice, P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 154) la palabra condicionar es la que expresa más claramente el efecto de que se trata, a pesar de que no exista ninguna condición en sentido propio.

Sin embargo, como veremos, la Dirección General de los Registros en sus últimas resoluciones, aunque utilice el término condición resolutoria, pone de relieve la conexión que la facultad resolutoria tiene con la causa del contrato.

resolutoria, porque el artículo 1.504 no lo permite al exigir que el vendedor impagado requiera de pago al comprador, lo que impide que las partes puedan pactar que el impago del precio aplazado resuelva la compraventa de pleno derecho. Los artículos 1.504 CC y 59 RH impiden este automatismo propio de toda condición resolutoria al exigir tal previo requerimiento. De ahí que no sea el impago la fuente directa de la resolución, sino que ésta arranca de la declaración unilateral del vendedor, que con ella ejercita su poder de resolución que el repetido pacto le atribuye. Se trata pues de un poder o derecho de resolución establecido por pacto y no una condición resolutoria. Es una forma de autotutela privada que tiene su fuente en el pacto añadido al contrato sinalagmático (27).

También RODRÍGUEZ ADRADOS señala que es difícil entender como condición propia el impago, que no es 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. Y más hoy, con el artículo 1.504 CC en que el impago es un elemento más del supuesto de hecho, que no produce por sí la resolución; es el requerimiento el que de manera inmediata la origina. Se trata para este autor de una cláusula resolutoria expresa y ocupa un lugar intermedio entre la verdadera condición resolutoria y la llamada condición resolutoria tácita (28).

En el mismo sentido la Resolución de 8 de enero de 1921 dice expresivamente 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 suelen denominarse así, deben ser relegadas al campo de las condiciones impuras y producir en cada caso los efectos que la Ley señala.

La doctrina italiana ha perfilado el alcance de la cláusula resolutoria con gran precisión, configurándola como un derecho potestativo a provocar la resolución. Como dice BARBERO, la voluntad de los contratantes se dirige a eliminar la intervención judicial, es decir, a que se produzca la resolución de pleno derecho o automáticamente, y que la estipulación de la cláusula no es más que el presupuesto de la eficacia inmediata de la declaración de valerse de ella. El incumplimiento, que como tal, debería ser el evento puesto en condición no explica por sí sólo el efecto resolutorio, que está ligado a la declaración, que constituye la "sentencia" pero no

(27) *Ob. cit.*, págs. 1 y ss.

(28) *Ob. cit.*, págs. 58 y ss.

condición: es más un requisito legal, *conditio iuris*, de la eficacia de la cláusula (29).

En la doctrina española se puede decir que es ésta hoy la tesis predominante (30).

Por su parte el Tribunal Supremo en alguna sentencia, como la de 5 de noviembre de 1979 se hace eco de la misma y califica el pacto comisorio expreso como derecho potestativo actuado por el vendedor para resolver el contrato como garantía convenida del aplazamiento del precio.

Sin embargo, los autores, por lo general, quizás porque han puesto su atención y punto de mira en el automatismo y eficacia del pacto, ya lo configuren como condición resolutoria ya como potestad independiente, no han calado a mi juicio suficientemente en la esencia de la cláusula resolutoria. Y por eso les produce cierta perplejidad la aplicación conjunta que el Tribunal Supremo hace de los artículos 1.124 y 1.504, que considera complementarios, en la mayoría de los casos.

c) *La cláusula resolutoria como pacto de reforzamiento de la facultad resolutoria genérica de las obligaciones recíprocas*

1. Ya he dicho anteriormente que el *impago* no puede equipararse al evento propio de la condición, objetivo, fatal y distanciado de la propia estructura del contrato. El impago es incumplimiento de la principal obli-

(29) *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 1958, pág. 488.

También NATOLI —citado por R. ADRADOS— que la califica como derecho potestativo a provocar la resolución. Y Mosco para quien el incumplimiento no es más que el presupuesto necesario para que la declaración de voluntad del acreedor produzca su efecto resolutorio.

(30) Así BALERIOLA (*ob. cit.*, págs. 292 y ss.) que la configura como una potestad resolutoria, pero se plantea además para una mejor definición y comprensión si es un auténtico derecho subjetivo o mera facultad, concluyendo que se trata de una *potestad* que es algo más que una facultad y algo menos que un auténtico derecho subjetivo, potestad que goza de una especial régimen, de una cierta apariencia de autonomía, así como de accesoriedad al crédito, y que tiene su fundamento en la causa del negocio y pone de manifiesto la frustración del fin negocial, y que con pacto expreso o sin él, es pura consecuencia del sinalagma genético y funcional. Y rechaza su *transmisibilidad* autónoma o accesoria del crédito, y acepta como vía segura completa la cesión unitaria y global del contrato, que explica el complejo juego de obligaciones restitutorias y liquidatorias que se derivan de la resolución.

Por su parte, A. VIGARAY, *ob. cit.*, pág. 90, considera que según la Sentencia de 16 de noviembre de 1956 la estipulación del pacto comisorio en el contrato conforma cuando menos el régimen de resolución del artículo 1.124 y, por lo general, refuerza todos los efectos de la resolución de dicho artículo, produciendo consecuencias especiales más enérgicas que las contenidas en esta norma. Y que la consideración de que el pacto

gación del comprador, por lo que está estructural y funcionalmente conectado con la obligación del vendedor, de manera que cuando se produce no puede desligarse, aislarse del esquema sinalagmático que preside el contrato de compraventa, y sus efectos nunca podrán *ser per ser* los mismos que los que produce el cumplimiento del evento determinante de una condición (objetividad y automatismo absolutos), como claramente matizó la ya citada Resolución de 8 de enero de 1921.

De ahí que ya en Derecho Romano la cláusula comisorias quedaba paralizada cuando el comprador no pudo ofrecer el precio por causa del vendedor, o cuando éste se negaba a aceptarlo. Y en el Derecho intermedio era necesario el requerimiento o puesta en mora del comprador, exigencia que pasó al Derecho francés, eliminando el principio romano *dies interpellat*.

Por esto los artículos 1.504 CC y 59 RH imponen al vendedor el requisito del requerimiento, para que pueda constatar claramente, como veremos, la imputabilidad del incumplimiento, así como la comunicación al comprador de la opción que ha tomado por la resolución, pues no sería ni lógico ni justo que ésta se produjera por el impago del precio sin más, pues como se ha visto, tal resolución se configuró siempre como una opción del vendedor, que lógicamente hay que notificar, lo que se aviene mal con una construcción de la cláusula resolutoria como condición.

Para salvar el escollo ROCA SASTRE acude a la condición potestativa del acreedor, lo que no deja de ser un subterfugio para convertir el impago en elemento determinante, pero de segundo grado, subordinado a la elección del vendedor o lo que es lo mismo; traslada el peso de la condición a la determinación resolutoria, si bien sobre la base y fundamento del hecho nuevo y sobrevenido, que es el impago. Lo que implica un reconocimiento de que es aquella facultad u opción la que posee la fuerza resolutoria.

Justo es reconocer que el término condición resolutoria ha triunfado en la jurisprudencia y en la práctica contractual y notarial, quizás por ser más expresivo, y por la carga intencional que en él subyace con el fin de conseguir los efectos automáticos y más drásticos, que a la condición son naturales.

Pero, como veremos, el fundamento de la facultad resolutoria no puede estar en una condición o evento añadido, sino en el sinalagma funcional,

comisorio expreso no es una verdadera condición resolutoria sino un pacto de resolución es cosa admitida hoy por la generalidad de la doctrina.

También R. GARCÍA (*La condición resolutoria, medio de garantía de las ventas de inmuebles aplazos*, pág. 150), que acepta expresamente la tesis de IRURZUN.

Y BADENES (*ob. cit.*, pág. 856) recoge la definición de este último autor.

lo que explica entre otras consecuencias la dependencia del ejercicio resolutorio del cumplimiento por parte del vendedor de sus propias obligaciones, dependencia reconocida incluso por autores que siguen la tesis de la condición resolutoria.

2. Más exactamente se aproximan a mi juicio, a la esencia del pacto comisorio los autores que la configuran como derecho potestativo a provocar la resolución, siendo el impago simplemente presupuesto necesario para que aquel derecho pueda actuarse. Pacto que sustituye o previene la valoración judicial que es excluida por las partes en forma negocial.

Sin embargo, la aceptación sin más de este perfil no comprende toda la esencia y mecanismo funcional del pacto comisorio, pues alejan la resolución del sinalagma que es, como veremos, su fundamento.

Ambas construcciones doctrinales, la de la condición resolutoria y la de la cláusula o pacto añadido independiente, potencian excesivamente su autonomía y automatismo y se distancian del fondo o esencia del mecanismo resolutorio.

En este sentido conviene resaltar que los autores que con más fuerza han defendido tanto la tesis de la condición como la del derecho potestativo no incluyen dentro de los requisitos necesarios para el ejercicio de la facultad resolutoria el cumplimiento por parte del vendedor de sus propias obligaciones (31).

3. *A mi juicio, para llegar al meollo del pacto comisorio hay que conectarlo con la facultad resolutoria que aparece legalmente consolidada como potestad naturalmente ínsita en los contratos que generan obligaciones recíprocas.* El sinalagma funcional impone una protección al que ha cumplido su prestación, que consiste en un poder optar por insistir en el cumplimiento o de considerar que la relación obligacional inicial ha

(31) Así ROCA SASTRE (*ob. cit.*, págs. 758 y ss.) y CAMY (*ob. cit.*, págs. 715 y ss.) al estudiar los requisitos para el ejercicio de la condición resolutoria, omiten tanto el cumplimiento por el vendedor de sus obligaciones, como que el retraso sea injustificado.

También los autores que inicialmente han seguido la tesis del derecho potestativo eluden dicho requisito y se acogen a la escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo que destaca las diferencias y la independencia entre los artículos 1.124 y 1.504. Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 61 y ss.), y BADENES (*ob. cit.*, págs. 863 y ss.).

Pero es preciso reconocer que en trabajos más recientes, tanto los autores que siguen esta tesis, como los que la consideran condición, aceptan como requisito necesario para la resolución el cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones. Así entre los primeros, BALERIO LA (*ob. cit.*, pág. 311) y entre los segundos G. CANTERO (*ob. cit.*, pág. 433) y MULLERAT (*ob. cit.*, pág. 515) para quien es preciso, para que opere la eficacia resolutoria con el automatismo que impida al juez conceder nuevo plazo, que el vendedor no se halle en mora, exigencia que se deriva del principio de que ningún obligado es moroso si el acreedor no cumple sus propias obligaciones, que se asienta en el último párrafo del artículo 1.100.

desaparecido, pues la prestación que él ha realizado ha quedado sin causa que la justifique (32).

La cláusula resolutoria lo más que hace es reforzar la facultad resolutoria genérica propia de las obligaciones recíprocas, que nuestro Código Civil acoge en el artículo 1.124 para cuando uno de los obligados no cumple su obligación; de manera que aquélla resulta modalizada o matizada, en sentido de reforzada en sus efectos como consecuencia del pacto comisorio añadido.

La misma redacción del artículo 1.504, en el que, como hemos visto, se alude al pacto de resolución de pleno derecho, como una incidencia del supuesto general, para anudar a ambos (facultad resolutoria implícita y pacto comisorio) la exigencia de requerimiento, es *reveladora* de que el automatismo que se ha venido predicando del pacto comisorio, no es, como veremos, una consecuencia fatal del cumplimiento de una condición (impago del precio), ni de una potestad autónoma con plenitud de efectos resolutorios en base a la autonomía de la voluntad, sino de un pacto de reforzamiento de aquella facultad genérica (estipulación de resolución de pleno derecho), tal como dice el 1.504 (que da el mismo tratamiento a ambos supuestos: a la facultad resolutoria genérica y al pacto comisorio). Y por ello tendrá siempre el freno y límites derivados del sinalagma funcional del que no deja de ser un resorte o mecanismo de aplicación del mismo. La resolución, pues, no se produce de pleno derecho, aunque se pacte, sino después del requerimiento (art. 1.504) (primer límite al automatismo). Tampoco se produce la resolución si el vendedor ha incumplido a su vez su obligación principal (límite derivado del carácter sinalagmático del contrato, al que hay que referir necesariamente la facultad resolutoria). Y por último tampoco procede la resolución cuando el impago del comprador constituye una incidencia mínima y desproporcionada con los efectos destructivos y aniquiladores de la facultad resolutoria (límite deri-

(32) P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 155) refiriéndose a la condición resolutoria tácita señala que en el efecto condicionante de la reciprocidad no existe ninguna condición en sentido propio, ni tan siquiera una de las llamadas condiciones *iuris*. Lo que existe es el efecto condicionante que entre sí han de tener necesariamente las prestaciones esenciales y recíprocas de la relación obligatoria que se trate. La prestación del vendedor sólo estará justificada si se cumple la del comprador, lo que implica que en esta fase de cumplimiento la falta de correspondencia entre prestación y contraprestación debe proporcionar a la parte perjudicada la protección más enérgica posible.

LUIS SELVA, "La cláusula resolutoria ante la venta de inmuebles", en *Boletín Colegio de Registradores*, 1986, págs. 1927 y 1928, después de razonar que el pacto comisorio no es una condición resolutoria, señala que el artículo 1.504 es un precepto especial de preferente aplicación al artículo 1.124, que añade, si hay pacto, una excepción al principio de tutela judicial, pues la resolución, si no hay oposición, se produce entonces fuera del Juzgado.

vado de los principios de la buena fe y equidad que deben presidir el justo equilibrio de las prestaciones en las obligaciones recíprocas).

A mi entender en la *entraña* de la cláusula resolutoria, está la facultad que con carácter general establece el artículo 1.124, pero reforzada en un doble campo como ahora veremos, y referida y concretada a la compraventa de bienes inmuebles; y por tanto hunde sus raíces en la causa misma del contrato. Lo que explica claramente la razón de las múltiples sentencias del Tribunal Supremo que aplican conjuntamente los artículos 1.124 y 1.504.

Así lo entendió ya el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de mayo de 1946 cuando declaró que la facultad resolutoria genérica 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 lo es el establecido en la compraventa para el supuesto de que el comprador no abone el precio estipulado. Y en la Sentencia de 16 de noviembre de 1956 afirmó que cuando se añade el pacto a la facultad resolutoria del 1.124 puede la Ley dar un especial significado a la cláusula y atribuirle especiales consecuencias, además de las generales, concedidas por la misma.

Esta configuración del pacto comisorio explica las dos consecuencias fundamentales propias de su funcionamiento que son las siguientes:

1.^a Que al ser sustancialmente potestad derivada del sinalagma, tendrán, como ya hemos anticipado, su ejercicio, y concretamente, su automatismo los límites consustanciales a la bilateralidad o corresponsividad de las prestaciones.

2.^a El reforzamiento que el pacto comisorio supone en relación con la natural facultad resolutoria del contrato de compraventa, se manifiesta a su vez en un doble campo:

a) En el de los *efectos que produce*, que tienen carácter real y *erga omnes*, de modo que cuando la misma se ejecuta, la venta y la transmisión resultan inoperantes y con carácter retroactivo (33). Así lo reconoce el

(33) En este sentido ROCA SASTRE (*ob. cit.*, págs. 164 y ss.), y R. ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 61 y 94) para el que la condición resolutoria expresa del artículo 1.504 funciona como un derecho real de garantía del pago del precio aplazado, que produce efecto *erga omnes* y se ejercita directa e inmediatamente sobre la cosa cualquiera que sea su poseedor; de ahí, que como la hipoteca, tenga un rango registral, que en principio es negociable.

Conviene recordar lo afirmado por la Resolución de 17 de enero de 1933 en el sentido de que no surge aún la figura del derecho real, porque la cosa vendida no queda especialmente, ni de modo directo, afecta al pago del precio aplazado, ni aquélla puede perseguirse contra cualquier tercer poseedor, si bien no es dable reconocer que el pacto

Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 7 de junio de 1986, 4 de febrero de 1988 y 7 de diciembre de 1990, en las que afirma el carácter real y destructivo de la resolución derivada del pacto comisorio, con carácter *ex tunc* y asimila sus efectos a los que produce la condición resolutoria cumplida (34).

Es claro que si el pacto resolutorio se inscribe en el Registro de la Propiedad, sea cual fuere la posición que se adopte acerca de su alcance en general, surtirá efectos en perjuicio de terceros tal como lo manda terminantemente el artículo 11 LH; y la reinscripción en favor del vendedor, que regula el artículo 59 RH, presupone la extinción de las cargas posteriores, cumpliéndose lo dispuesto en el artículo 175.6.º RH sobre consignación del precio entregado.

b) En el rigor y relativo automatismo, consecuencia de una cierta objetivación, que imprime al incumplimiento. Lo que provocará una mayor eficacia en la medida que será más fácil su ejercicio privado, como autotutela, y sin intervención judicial (35).

Automatismo que no deriva de la existencia de una condición, tal

comisorio ocasiona una acción que alcanza a todo tercero, por constar claramente en el Registro.

(34) Es interesante la doctrina de la Sentencia de 7 de diciembre de 1990 que distingue por un lado la obligación contractual derivada de la resolución y, por el otro, la extracontractual derivada de la ocupación indebida; de donde se deduce una doble responsabilidad: la dimanante del impago, y la de la demora arbitraria en el desalojo de la casa, que se traduce en una posesión de mala fe, cuya sanción está en el artículo 455 del Código Civil.

(35) Dentro del pacto comisorio es más reducido el ámbito de la intervención judicial frente al amplísimo que tiene respecto a la acción ex 1.124 del Código Civil.

Ya hemos visto la opinión de los autores acerca del automatismo del pacto comisorio y de la significación de la intervención judicial, que debe quedar limitada a una declaración de si está o no bien hecha la resolución practicada ya en virtud de la potestad resolutoria. BALERIOLA (*ob. cit.*, pág. 285) recoge en síntesis las principales diferencias entre la acción del 1.124 y el pacto comisorio así: a lo que tiende el pacto comisorio es a eliminar la intervención judicial, pues si el vendedor notifica al comprador su intención resolutoria al amparo del pacto comisorio ex artículo 1.504 y el comprador no acepta la resolución y opone alguna excepción, y como consecuencia se llega a una intervención judicial, el Juzgado debe limitarse a determinar si se han cumplido o no los requisitos del 1.504, para caso afirmativo declara conforme a derecho la resolución notificada por el acreedor. Así lo declara, entre otras, la Sentencia del 3 de marzo de 1967, que considera que una vez practicado el requerimiento, éste determina la resolución sin admitir la apreciación de causas justificadas de incumplimiento.

En Sentencia de 14 de junio de 1988 afirmó por el contrato queda definitivamente resuelto por la declaración unilateral de voluntad contenida en el acta, no precisando para producir plenos efectos, de una declaración judicial previa. La facultad resolutoria puede ejercerse pues no sólo en vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, lo que supone que la decisión judicial no produce la resolución contractual, sino que proclama la procedencia de la ya operada.

como hemos visto ya (a pesar de que dicho efecto ha sido uno de los principales argumentos esgrimidos por los autores que defienden su carácter condicional) (36) ni de la virtualidad de una potestad resolutoria concebida autónomamente, sino del pacto añadido en tal sentido, que refuerza la facultad resolutoria, y que alcanza su mayor eficacia, si se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Con la inscripción y a consecuencia del fin y funcionamiento del Registro que mira a la seguridad del tráfico por encima de consideraciones éticas o de equidad, ciertos frenos que, como veremos, relativizan el automatismo, no podrán ser tenidos en cuenta, sin perjuicio de la posterior corrección judicial, si procede.

En este sentido es importante destacar las consideraciones hechas en la Sentencia de 19 de junio de 1989 que distingue los *efectos sustantivos* del pacto comisorio, cuyo automatismo queda suspendido al permitirse el pago después del vencimiento hasta que se efectúe el requerimiento, pero siempre supeditado a que haya habido un craso incumplimiento o intención trasgresora; de los *efectos registrales* que se mueven en otro plano y que son los que se desprenden de los artículos 11 LH y 59 RH (automatismo registral), sin perjuicio de que los Tribunales decidan finalmente si la resolución está o no bien hecha, en todo caso.

De esta sentencia podría deducirse como luego veremos una diferenciación entre el automatismo en el plano sustantivo (sujeto a una cierta relativización) y registral (más expeditivo y riguroso).

Pero la facultad resolutoria, por mucho que se refuerce por pacto, incluso si el pacto se inscribió en el Registro y se le inyecta la fuerza que

(36) Hasta tal punto que un autor como P. BRUTAU, después de criticar aunque no con excesiva fuerza, la configuración del pacto comisorio como condición resolutoria, afirma tajantemente que los efectos que produce son los propios de las verdaderas condiciones (*ob. cit.*, pág. 161).

Hay que reconocer aquí, que el Tribunal Supremo a veces, para aplicar rígidamente el artículo 1.504 sostiene que si hay pacto comisorio no es procedente aplicar el 1.124, pues en tal caso su reglamentación no entra en juego, pues entonces la cláusula que reguía el ejercicio de la resolución dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como *condición resolutoria*, y la resolución se produce *automáticamente* y no por la facultad de resolver que otorga el 1.124 (Sentencia de 4 abril 1990, que cita las de 23 noviembre 1964, 8 mayo 1965, 24 febrero 1966 y 30 marzo 1976). Y añade dicha Sentencia de 4 de abril de 1990 que la resolución puede ejercitarse ya en vía judicial o fuera de ella, a reserva de que si se impugna la declaración de resolución por la otra parte, quede sometida al examen y sanción de los Tribunales que declararán si es o no ajustada a derecho, pues los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por la vía judicial, pero la resolución del contrato es acto del contratante que considera incumplido el mismo por el otro y puede solicitarse mediante voluntad unilateral de quien ha cumplido, siendo la resolución que la acoge programación simple de la resolución ya operada. También en este último sentido, la Sentencia de 14 de junio de 1988 (referida en nota 35), pese que en este caso se trataba de facultad resolutoria *ex* 1.124.

el mecanismo registral supone, nunca podrá saltar las consecuencias esenciales a la estructura o mecanismo de funcionamiento de las obligaciones recíprocas, en las que una es causa de la otra. Lo que impedirá que eludiendo o desconociendo tal esquema, que constituye médula del contrato, pueda potenciarse al máximo la autonomía de la voluntad por encima de lo que constituye estructura causal básica del mismo.

Precisamente en el alcance de esta objetivación del incumplimiento que pueda conseguirse a través del pacto añadido sin romper el equilibrio que la causa presupone, radica la cuestión *medular* determinante de la fuerza que el pacto comisorio tendrá en definitiva como medio de garantía.

Para su estudio distinguiré los distintos frenos o límites que se derivan del sinalagma funcional y en qué medida pueden ser neutralizados por el reforzamiento que supone el pacto comisorio. Concretamente: 1) Facultad de suspender el pago por el comprador en base al 1.502 CC. 2) Exigencia de que el vendedor cumpla sus obligaciones. 3) Impago imputable al comprador.

Veamos cada uno de ellos y la influencia que el pacto comisorio puede ejercer sobre los mismos.

1) *La facultad de suspender el pago del precio establecido en el artículo 1.502 CC y su incidencia en la fuerza del pacto resolutorio.*

Dispone este artículo que si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria *podrá suspender el pago del precio* hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro.

En principio, si se dan los presupuestos de dicha norma, la facultad resolutoria del vendedor queda paralizada, incluso si existe pacto comisorio, como veremos, pues el comprador tiene la protección que le dispensa el artículo 1.502 (37). Lo que ha sido confirmado por el Tribunal Supremo entre otras en Sentencias de 30 de marzo y 22 de mayo de 1990.

(37) En este punto conviene recordar el criterio restrictivo con que la doctrina y la jurisprudencia interpretan los presupuestos de dicho precepto. Sólo el temor fundado en el futuro ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria puede autorizar al comprador la suspensión, sin que sea bastante la suspicacia de un comprador desconfiado o pesimista, ni debe servir de pretexto para abusos maliciosos y resistencias injustificadas (Sentencias de 25 junio 1964 y 30 octubre 1965). Habiendo declarado además el Tribunal Supremo que no procede invocar el artículo 1.502 ante la amenaza de una acción de exceso de cabida (Sentencia de 20 diciembre 1898). Ni por el hecho de no estar inscrita la finca en el Registro (Sentencia de 11 octubre 1974). En cambio consideró fundada la suspensión por no haberse subsanado los defectos de titulación y la falta de linderos de la finca (Sentencia de 8 julio 1903) y por haberse trabado embargos sobre las fincas (Sentencia de 22 mayo 1990).

En la de 30 de marzo de 1990 denegó la resolución ejercitada en virtud de pacto comisorio por considerar aplicable el artículo 1.502, pues se había vendido como libre la finca y estaba gravada con hipoteca pese a que el préstamo garantizado estaba pagado (38). Y en Sentencia de 22 de mayo de 1990 no admitió tampoco la resolución pues el vendedor había incumplido, al hipotecar la finca después de vendida sin la previa notificación convenida, y además se habían trabado sobre ella diversos embargos (39).

Ahora bien, *el artículo 1.502 permite que se pacte que "no obstante*

La doctrina considera que cuando la suspensión se funda en la perturbación real y efectiva puede tener su causa en otra acción distinta de las referidas en el 1502, como la de nulidad o resolución de un acto anterior e incluso en los interdictos de retener y recobrar la posesión. Así BADENES (*ob. cit.*, pág. 839) y GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 416).

(38) El comprador una vez conocida la cancelación consignó el precio pero el vendedor no la admitió, y el Tribunal Supremo consideró que la carta de pago no afecta al comprador que no tiene por qué conocerla.

Es también interesante lo afirmado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 1964 en el sentido de que la decisión de suspender el pago del precio debe ser notificada al vendedor pues ni puede ser indefinida, ni puede subsistir cuando el vendedor afianza la devolución del precio. Lo que supone un recorte en el ejercicio de dicha facultad para evitar que se utilice abusivamente.

(39) En dicha sentencia el Tribunal Supremo consideró que el artículo 1.502 se puede extender no sólo al ejercicio de la acción reivindicatoria e hipotecaria, sino que se puede justificar cierto retraso en los pagos cuando existe en potencia un peligro perturbativo en relación con la propiedad pacífica de la cosa, como pueden ser los embargos, que justifican el retraso, no sólo por el artículo 1.502, sino por el artículo 1.124, pues se pactó la entrega libre de cargas.

También en Sentencia de 13 de marzo de 1986 se denegó la resolución, pues el piso vendido estaba gravado con una hipoteca a pesar de que se vendió como libre. En el caso confluía también la falta de titulación suficiente necesaria para obtener un crédito hipotecario, previsto en el contrato para pagar el precio aplazado.

En cambio, en Sentencia de 17 de abril de 1989 no admitió la alegación del comprador para paralizar la resolución, a pesar de que la finca se había vendido como libre, pero tenía conocimiento de la existencia de la hipoteca y lo consideró negligente por no haber comprobado la extensión de la misma examinando el Registro de la Propiedad.

En Sentencia de 28 de abril de 1989 tampoco admitió la suspensión del pago al amparo del 1.502 del Código Civil. Se había alegado la existencia de un préstamo que gravaba la nave vendida y la existencia de una acción reivindicatoria, pero se probó que el préstamo no era hipotecario y que la acción se refería a un trozo de 68 metros cuadrados de terreno de paso, y no afectaba a la sustancia de lo vendido. Volvió a declarar que el 1.502 debe interpretarse restrictivamente.

Y en Sentencia de 7 de diciembre de 1989 igualmente consideró insuficiente la alegación del comprador de que el inmueble estaba pendiente de inscripción en el Registro y que no se habían satisfecho las cargas fiscales, ya que el vendedor no había dificultado la inscripción, y el incumplimiento de obligaciones fiscales no altera ni limita los efectos del contrato en los aspectos civiles.

En Sentencia de 5 de noviembre de 1987 declaró que el supuesto de defectos de construcción no es posible comprenderlo en el 1.502.

cualquier contingencia de aquella clase el comprador estará obligado a verificar el pago”.

De esta manera, con una estipulación en tal sentido, el comprador no podría paralizar el juego de la cláusula resolutoria y ampararse para eludirla en el artículo 1.502 (40).

Pero aunque la validez de un pacto concebido en tales términos no debe plantear dudas inicialmente, pues la redacción del artículo es clara y tajante, en la medida que afecta al núcleo medular del contrato que es sinalagma funcional o equilibrio de prestaciones, pudiera plantear problemas su alcance e incluso la consideración de posibles límites sobre todo en un momento como el actual en el que las circunstancias económicas y sociales son muy diferentes y distantes de aquellas que conformaron la base del precepto.

En efecto, ya no se trata de ventas que tratándose de inmuebles se realizaban en pie de igualdad y con carácter excepcional (la venta de la casa o finca era un acto fundamental para el vendedor que se desprendía de un bien a veces vinculado a su familia, quizás de siglos, y para el cual probablemente era vital, y también para el comprador que invertía a lo mejor todos sus ahorros, conseguidos con el esfuerzo de toda su vida).

Muy distintas son las circunstancias actuales, que perfilan una sociedad mercantilizada, con una desvalorización de los bienes inmuebles como elementos de arraigo y poder. E incluso los mismos movimientos de la población, que no está apegada permanentemente a un pueblo, facilitan que al cambio de vivienda o de finca, en general, se le dé mucha menor importancia, y que tales bienes se conviertan en un elemento más en el proceso de intercambio.

Por otra parte, la igualdad de los contratantes se ve aminorada en las llamadas compras sobre plano y sobre todo por las necesidades acuciantes en materia de vivienda. De ahí que cualquier pacto que desequilibre jurídicamente la igualdad haya de admitirse con muchas cautelas o reservas.

Hecha esta reflexión previa trataré de resolver aquí las dos cuestiones siguientes:

a) ¿Puede entenderse que el pacto comisorio supone una exclusión tácita de la facultad *ex* artículo 1.502?

A mi juicio es dudoso que se pueda excluir tácitamente una facultad, como es la del artículo referido, cuyo fundamento está en la equidad y en

(40) Sobre la licitud del pacto referido y en general de la cláusula *solve et repete*, ver BADENES (*ob. cit.*, págs. 847 y ss.), quien sostiene su eficacia sólo cuando se trata de un incumplimiento parcial, pues si el vendedor incumple totalmente, la admisión de tal pacto sería tanto como imponer la ejecución de una obligación *sine causa*.

la misma estructura causal del contrato de compraventa. Pero lo que desde luego me parece claro es que dicha exclusión no puede deducirse del simple pacto de *Lex commissoria* pues en él, lo que se establece, es el reforzamiento de la resolución *para caso de impago* muy concretamente y sin más. Y, por tanto, con el mismo fundamento en el sinalagma funcional y en la corresponsividad, que es a su vez, como hemos visto el del 1.502, y no parece que pueda neutralizarse tácitamente en principio (41).

b) Pero ¿podrá, entonces, mediante pacto expreso excluir el vendedor la facultad *ex* 1.502 incluso en los casos de ventas en las que las partes tienen una posición desigual, y en especial en aquellas a las que afecta la legislación de defensa del consumidor?

Las modernas legislaciones, y la nuestra también, son sensibles a la protección de la parte que se considera más débil. Y así la Ley de 19 de julio de 1984 que desarrolla el mandato constitucional establecido en el artículo 51.1 y 2 y 53.3 de la Constitución, que eleva la defensa de los consumidores a principio general e informador del ordenamiento jurídico, *dispone* en su artículo 10.1 que "*las cláusulas, condiciones o estipulaciones que con carácter general, se apliquen a la venta de productos deberán cumplir los siguientes requisitos: c) buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que entre otras cosas excluye: 3.º las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores.*

Y el artículo 10.4 sanciona con la nulidad de pleno derecho, considerando como no puestas, las estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. Y cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de la posición de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

Y el Real Decreto de 21 de abril de 1989 que desarrolla la Ley en relación con la vivienda (considerada como uno de los productos de uso ordinario y generalizado), en su artículo 10 establece que los documentos contractuales de compraventa de viviendas deberán responder a los principios de buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones.

En este marco, ¿es válida la estipulación que elimine la facultad de suspender el pago del precio en el supuesto del 1.502?

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en señalar que el fundamento de este precepto está en el carácter bilateral del contrato de

(41) Admite el pacto tácito en contra GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 419), quien cita en favor de su tesis a SCAEVOLA y, en contra, a MANRESA.

compraventa, y que constituye una aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* (42).

Si éste es el fundamento de la facultad concedida por el artículo 1.502, su eliminación por pacto, supondría un desequilibrio contractual en beneficio del vendedor, y en la medida en que éste sea un empresario que se dedique a la venta de viviendas, entrarán en juego las normas prohibitivas antes señaladas pues un pacto que elimine tal facultad afecta evidentemente el equilibrio de las prestaciones en perjuicio del consumidor, sin que éste pueda renunciar válidamente a sus derechos, pues, a ello se opone el artículo 2.3 de la Ley de 19 de julio de 1984.

Por lo tanto, y en lo que se refiere a viviendas especialmente y en general a inmuebles adquiridos por quien tenga el carácter de consumidor con arreglo a dicha Ley, hay que concluir que no puede reforzarse el automatismo de la cláusula resolutoria por vía de un pacto de exclusión del derecho de suspender el pago del precio ex artículo 1.502 CC, y mucho menos entender dicho pacto implícito y válido en el pacto comisorio (43).

2) *Otra de las consecuencias fundamentales del sinalagma que caracteriza a la compraventa es que la facultad resolutoria del artículo 1.124 queda paralizada cuando por su parte el vendedor no ha cumplido su obligación.* No resultaría justo que se exigiera del comprador una pulcritud y diligencia que el vendedor no ha tenido, si se aplica todo el rigor de una resolución automática y sin más miramientos.

Por lo tanto en la medida —tal como vengo sosteniendo en este trabajo— que la cláusula resolutoria es una cualificación de la facultad genérica del 1.124, que a su vez enraiza con la causa de la compraventa, es lógico sostener que tampoco puede ejercitarse con éxito la cláusula resolutoria expresa si el vendedor no ha cumplido sus obligaciones principales.

La mayoría de los autores, incluso los que critican la aplicación al 1.504 de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo para el 1.124, en lo que se refiere a exigencia de imputabilidad y conducta culposa del comprador, admiten sin discusión, como presupuesto lógico y previo para

(42) Así CASTÁN (*Derecho civil*, t. 4, pág. 193). P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 203). BADENES (*ob. cit.*, pág. 841). GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 418), quien añade el fundamento de equidad en el caso de que se base en el temor de perturbación. Y el Tribunal Supremo en Sentencias de 25 de junio de 1964 y 8 de mayo de 1965.

(43) Ya veremos luego como la limitación de los efectos automáticos del pacto comisorio se aplicó por la jurisprudencia del Tribunal Supremo principalmente en el caso de adquisición de viviendas, antes de que la Constitución proclamase el derecho básico de los consumidores. Como dice R. GARCÍA (*ob. cit.*, pág. 156) el fundamento en que el Tribunal Supremo se basa para no conceder automatismo resolutorio al 1.504 parece ser implícitamente un problema de vivienda.

el ejercicio del pacto comisorio, el cumplimiento del vendedor (44). Y esta es la tesis mantenida de modo reiterado y sin excepción por el propio Tribunal Supremo (45).

Desde el año 1.985 hasta hoy en todas las sentencias en las que se alega incumplimiento del vendedor se hace la declaración de carácter general de que la acción resolutoria ha de estar apoyada en un previo acatamiento y observancia de cuanto al vendedor le incumbe por el *sinalagma* funcional (entre otras, Sentencia de 2 febrero 1990), y que no cabe aislar el artículo 1.504 del 1.124, que se complementan (entre otras, Sentencia de 26 octubre 1987) (46).

Sin embargo, el problema se plantea a la hora de decidir qué tipo de incumplimiento neutraliza el pacto comisorio.

El Tribunal Supremo ha señalado que basta que el vendedor haya cumplido sus obligaciones básicas, y que no importa que haya incumplido *alguna accesorio o haya incurrido en incumplimiento de extremos circunstanciales e intrascendentes* (Sentencias de 8 mayo 1965, 18 noviembre 1970, 27 diciembre 1971 y 26 junio 1985).

Y se destacan tres tipos de incumplimiento del vendedor que paralizan la resolución, y son las siguientes:

a) *Obligación de entrega*. Se ha considerado cumplida la obligación de entregar la cosa con la entrega material de la misma y también con la mera disposición a verificarla y disponibilidad a otorgar escritura pública aunque ésta no sea accesible al Registro (Sentencia de 19 mayo 1988).

Pero denegó la resolución en los siguientes supuestos: 1) Cuando el piso vivienda no tenía las condiciones de habitabilidad racionalmente confortables (se trataba de humedades que persistieron a pesar de los arreglos), que equivalen a un pleno incumplimiento, o falta de entrega o entrega de cosa distinta (Sentencia de 26 octubre 1987) (47).

(44) Así BALERIOLA (*ob. cit.*, pág. 311) que lo considera mecanismo propio de la resolución de las obligaciones en general. MULLERAT (*ob. cit.*, pág. 515) dice: Para que el automatismo propio de la facultad resolutoria opere con eficacia se precisa que el vendedor a su vez no se halle en mora y tenga cumplidas puntualmente la totalidad de las obligaciones que hubiere asumido en el contrato. Y GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 432).

(45) R. GARCÍA cita (*ob. cit.*, pág. 295) cuarenta y ocho sentencias del Tribunal Supremo desde 28 de junio de 1883 a 17 de septiembre de 1985, en tal sentido.

Como señala la Sentencia de 20 de junio de 1990, el éxito de la acción resolutoria depende de que el que la ejerce haya cumplido su obligación salvo que hubiera ocurrido como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, si bien entonces, el *quid* está en determinar quién incumple primero.

(46) Ver nota 59.

(47) Por tanto —dice la sentencia—, no se trata de entrega con vicios ocultos cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto o insatisfacción

Sin embargo, en reiteradas sentencias matizó el Tribunal Supremo que los defectos sin entidad suficiente, no impiden la resolución y suponen una mera ejecución defectuosa de la prestación debida por no demostrarse que provocaban la inhabilitación del edificio ni que imposibilitaban obtener de él la utilidad que le es propia (Sentencia de 22 octubre 1987) (48). En Sentencia de 26 de enero de 1987 el Tribunal Supremo no admitió la alegación del comprador (graves defectos de construcción), pues recibió la cosa sin protesta alguna y dejó transcurrir el tiempo e incluso realizó obras sin dirigir al vendedor queja alguna y consideró que el importe de los trabajos de reparación realizados (ascendían a 399.150 pts.) no suponían una parte importante en relación con el precio impagado (1.800.000).

2) También denegó la resolución en Sentencia de 2 de febrero de 1990 porque la extensión de la finca era inferior a la pactada. (Se trataba de VPO y se había fijado además un precio superior al legal). Sin que admitiese que tales anomalías quedaban compensadas por conocerlas la compradora y no haber hecho reserva o protesta alguna, frente a lo que sobrepasa sus permanentes reclamaciones.

Y cuando no entregó el local en el plazo señalado, pese a tenerlo terminado y haber abonado el comprador una parte importante del precio y haber aceptado letras por el resto (Sentencia de 29 febrero 1988).

3) Tampoco se cumple la obligación de entrega cuando los compradores no tienen la posesión pacífica, que estaba sometida a controversia, al no ajustarse lo construido a las normas urbanísticas, siendo ilegal la construcción lo que podría provocar la pérdida de la cosa dada la posibilidad de demolición (Sentencia de 17 junio 1988) (49).

total del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada. Se trata de falta de entrega o entrega de cosa distinta.

(48) En el mismo sentido la Sentencia de 5 de noviembre de 1987 (se trataba de humedades en el cuarto de baño y grifos con ruidos, cuya reparación se valoró en 120.000 pesetas y que consideró de escasa importancia).

En Sentencia de 6 de noviembre de 1987 se alegó la deficiente calidad de los mármoles, madera y decoración, por importe de 150.000 pesetas, que consideró sin importancia e insuficiente para paralizar la resolución, declarando que el leve incumplimiento del vendedor que entre la cosa con pequeñas deficiencias no le convierte en incumplidor, y menos cuando la compradora nunca había hecho reclamación alguna antes del proceso, y que el comprador podía haber alegado una posible rebaja pero no el total impago (el precio era de 10.000.000 de pesetas).

Y en Sentencia de 7 de noviembre de 1988 declaró que no basta que no se ajuste a las condiciones de oferta basada en la publicidad sin perjuicio de que ésta forma parte esencial de la oferta, como proclama el artículo 8 de la Ley 26/84, y origina responsabilidad en el oferente, si bien en el caso debatido no se demostró el incumplimiento del constructor.

(49) La Sentencia de 30 de mayo de 1990 denegó también la resolución por considerar incumplida la obligación de entrega, cuando la urbanizadora no cumplió su

b) *Obligación de proporcionar la titulación por el vendedor.* La doctrina del Tribunal Supremo se puede sintetizar así:

1) La regla general es que la falta de escritura no excusa el deber de pagar (no paraliza la resolución), pues su falta sólo entraña incumplimiento cuando su otorgamiento es exigencia contractual a la que se subordina el pago (Sentencia de 20 diciembre 1989) (50). Y que el vendedor cumplió a pesar de faltar la titulación suficiente para la inscripción y de lo establecido en la Ley 490 de la Compilación Navarra, pues el estado de indocumentación era sabido por los compradores (Sentencia de 7 mayo 1987) (51).

2) En cambio no admitió la resolución por considerar que el vendedor que no otorgó escritura había incumplido su obligación, en Sentencia de 15 de noviembre de 1989, pues se había pactado que la entrega del precio se haría simultáneamente al otorgamiento de la escritura. Y también cuando el otorgamiento de la escritura tiene especial trascendencia por haberse pactado que para el abono del resto del precio se intentaría la concesión de un préstamo hipotecario, que sin la escritura no se podía obtener (Sentencias de 14 julio 1988, 18 abril 1989 y 9 mayo 1990) (52).

obligación de urbanizar en el plazo señalado por la Comisión Provincial de Urbanismo, lo que impidió realizar sobre la parcela comprada la edificación.

(50) El otorgamiento de la escritura no tiene el carácter de obligación esencial sobre todo si así no se desprende de lo pactado, pues hay razones que justifican el no otorgamiento por el vendedor sin que por ello exista un propio incumplimiento (Sentencia de 28 de abril de 1989) (en el caso debatido parecía razonable que el vendedor no otorgase escritura mientras no se abonase el precio vencido y no pagado).

En Sentencia de 21 de febrero de 1986 no consideró suficiente para denegar la resolución la falta de titularidad registral de la finca.

Sin embargo, en la Sentencia de 7 de mayo de 1986 consideró justificado el impago, cuando el comprador no se niega, sino que supedita el pago al previo cumplimiento de otorgamiento de escritura. (Pero en el caso no fue ésta la razón decisiva para denegar la resolución, pues el vendedor había incumplido la obligación de sustituir una letra de cambio por varias habiéndose negado a devolver la letra sustituida).

(51) En Sentencia de 26 de noviembre de 1987 no consideró incumplida la obligación del vendedor que no había otorgado escritura pública que hiciera posible la inscripción y titularidad administrativa, pues se había supeditado el otorgamiento al pago del precio (a pesar de haberse alegado que la inscripción era necesaria para obtener la autorización administrativa para abrir un hotel). Y en Sentencia de 26 de junio de 1990 tampoco consideró incumplida la obligación del vendedor que no otorgó escritura pues es cierto que se había pactado que el vendedor facilitaría la escrituración para que pudiese el comprador obtener un crédito hipotecario, pero siempre y cuando se pagase simultáneamente al otorgamiento de la escritura.

(52) También se consideró incumplida la obligación del vendedor por no haberse otorgado la escritura por ambos cónyuges, no habiéndose justificado el título de la propiedad antes de pagar (Sentencia de 23 enero 1986). En tal caso no puede apreciarse en el comprador incumplimiento rebelde y contumaz pues fueron uno y otro los que faltaron a sus respectivas obligaciones.

c) Existe un grupo de *sentencias relativas a VPO que consideran incumplida la obligación del vendedor cuando la venta se hizo por un precio superior al legal* (Sentencia de 5 noviembre 1985), aunque fuera conocido del comprador que no hizo protesta alguna, pero luego reclamó la devolución (Sentencia de 2 febrero 1990). En la de 15 de febrero de 1991 se afirma claramente que no se puede calificar de conducta incumplidora, pues no se ha frustrado la finalidad del contrato, el negarse el comprador a pagar las cantidades a cuya devolución tendría derecho como exceso de precio indebidamente pactado (53).

3) *Por último es preciso para que se produzca la resolución que el comprador haya incumplido su obligación de pagar el precio en el plazo señalado, obligación que es justamente la que se pretendía garantizar con el pacto resolutorio, y, por tanto, el elemento central o medular del problema que estamos analizando.*

El *quid* está en determinar si el efecto añadido por el pacto comisorio excluye o elimina toda consideración o valoración de las causas que pudieran provocar el impago, es decir: si basta con que se produzca el hecho objetivo del impago, sea cual fuere la gravedad del incumplimiento, e impide pues esta valoración, que se sustrae al juez por la cláusula añadida. O si por el contrario y puesto que se trata de la facultad natural de las obligaciones recíprocas, el refuerzo del pacto no alcanza ni modifica la doctrina aplicable al artículo 1.124 en el sentido de que el incumplimiento debe ser grave y culpable.

Y en torno a este dilema se plantea con toda su gravedad el problema de la verdadera eficacia del pacto comisorio.

Para su estudio conviene distinguir los siguientes aspectos: 1) Análisis de la posición doctrinal al respecto. 2) Análisis de la jurisprudencia. 3) Ensayo de un esquema que ofrezca un criterio más seguro para la aplicación de la cláusula resolutoria.

1. Para los autores que parten de la concepción del pacto comisorio como condición resolutoria, es natural el efecto automático de la misma

En Sentencia de 7 de mayo de 1986 consideró justificado el impago, pues el comprador no se negó a pagar sino a supeditar el pago a que el vendedor presentase el título de propiedad en la Notaría e hiciese la declaración de obra nueva para que pudiera inscribir. En Sentencia de 13 mayo 1986 se alegó la falta de titulación, pero también que la finca estaba gravada con hipoteca, y el Tribunal Supremo consideró que el vendedor había incumplido su obligación.

(53) En Sentencia de 18 de febrero de 1991 aclara o matiza, que en cambio procede la resolución cuando a pesar de haberse pactado un precio superior al legal, no llegó a pagarse siquiera el máximo autorizado.

y sin intervención judicial, y que se produzca por el *factum* determinante de la condición que es el impago, seguido de la manifestación de voluntad de resolver por parte del vendedor. Se ha producido el evento condicionante (54).

Y la resolución opera de pleno derecho como consecuencia del juego propio de la condición resolutoria.

Pero también, para los que sostienen que el pacto comisorio es una potestad resolutoria que nada tiene que ver con la condición en sentido técnico, el pacto comisorio reduce el ámbito de la intervención judicial, pues impide al juez apreciar si la resolución está justificada en equidad y debe limitarse a determinar si se han cumplido o no los requisitos del 1.504 (impago y requerimiento) para, en caso afirmativo declarar conforme a derecho la resolución (55).

(54) Así, ROCA después de analizar la naturaleza y efectos de la resolución *ex* artículo 1.124, de carácter personal, basada a su juicio en la equidad, propia de los contratos con obligaciones de carácter recíproco, y por responder a una corresponsabilidad de prestaciones su incumplimiento ha de ser culposo. Y su carácter esencial es su no automatismo, lo que demuestra que en ella no opera condición resolutoria alguna: el Tribunal decretará la resolución si no hay causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. En cambio, en el pacto comisorio, como condición resolutoria que es, su efecto destructivo o aniquilador se produce de modo automático al darse el *factum* objetivo de la condición: el impago, más el *si volet* del vendedor (págs. 745 y ss., *ob. cit.*).

En el mismo sentido CAMY, *ob. cit.*, págs. 714 y 726, para quien el caso del pacto comisorio hay una resolución de carácter contractual que opera *ipso iure* como condición resolutoria, por lo que la comunicación no puede recoger manifestación alguna del conminado, al que no se le pregunta por qué no ha pagado ni se conmina a que pague.

(55) Así R. ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 61 y ss.), quien después de recordar el rigor de nuestro Derecho histórico respecto de la eficacia del pacto comisorio, que operaba la resolución de pleno derecho y sin necesidad de *interpellatio*, destaca también las diferencias con el artículo 1.124, en el sentido de que no es preciso en el supuesto del pacto comisorio ni incumplimiento grave ni culpable, y que a pesar de que en casación ambos preceptos 1.124 y 1.504 se suelen alegar infringidos conjuntamente, y el mismo Tribunal Supremo ha aplicado a la resolución del 1.504 criterios de equidad de la acción del 1.124, sin embargo la distinción de ambas acciones se marca en las Sentencias de 28 de enero de 1944 y 1 de mayo de 1946 que al distinguir la resolución expresa de la del artículo 1.124 señalan que el pacto se traduce prácticamente en la imposibilidad de pagar, en el caso del artículo 1.504, transcurrido el plazo, si ha mediado la notificación. Y cita en apoyo de su tesis a BORRICAND para quien el control judicial que se efectúa *a posteriori* no es un control de oportunidad sino solamente de legalidad. Y a BARBERO para quien la valoración del Juez es prevenida y excluida por la valoración de las partes en forma negocial. Y a Mosco para quien la valoración de la gravedad del incumplimiento queda sustraída a la valoración del Juez.

En el mismo sentido BALERIOLA, quien añade que pese a tan sensibles diferencias entre el 1.124 y 1.504, que vienen a explicar la constante afirmación jurisprudencial de la especificidad e incluso preponderancia del 1.504, el Tribunal Supremo posiblemente asustado ante el vigoroso automatismo del 1.504 ha venido afirmando también el carácter no excluyente y complementario de ambos preceptos, en torno fundamentalmente a la apreciación de la existencia o no del propósito de incumplir, con lo que se opera una

Sin embargo, la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo conectando los preceptos 1.124 y 1.504, sobre todo en lo que se refiere a la exigencia de un verdadero incumplimiento imputable al deudor provocó que un sector doctrinal matice, no sin una dosis crítica, el rigor del automatismo en el sentido de exigir una conducta culposa en el deudor, o como mínimo un hecho obstativo que impida el cumplimiento, con independencia de la culpa (56).

Otros autores se hacen eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo conectando los artículos 1.124 y 1.504 en el sentido referido, pero admiten la validez de un pacto excluyendo la responsabilidad del deudor (57).

profunda confusión entre dos sistemas resolutorios diferenciados en sus respectivos fundamentos, requisitos, elementos operativos, etc. (*ob. cit.*, pág. 286).

Como señala LUIS SELVA (*ob. cit.*, pág. 1.933) "Los más siguen la conocida tesis doctrinal y jurisprudencial que parte del examen de la voluntad del comprador incumplidor, justificando la resolución solamente si el incumplimiento descansa en causas a él imputables, o si se aprecia —frase ya de estilo en la Sala Primera— "una voluntad deliberadamente rebelde de no pagar".

Pero —añade— esto no debiera ser así. El artículo 1.504 encuentra su razón de ser precisamente en aquello que lo diferencia del 1.124: en la imposibilidad del deudor de ser favorecido por nuevo plazo, una vez requerido, y sea cual sea la causa del impago. El plazo se establece, normalmente, en beneficio del comprador (especialmente si no se devengan intereses) en la compraventa con precio aplazado. El comprador asegura su negocio con el plazo. El vendedor con la garantía del pago dentro de él, sin que, sin su voluntad, pueda ampliarse más allá del concedido. Lo que no cabe es la resolución imprevisible o sorpresiva".

(56) Así MULLERAT (*ob. cit.*, pág. 483), que parte del carácter de condición resolutoria que el pacto comisorio tiene, y, sin embargo, a la hora de estudiar los requisitos de su aplicación y concretamente el impago del precio, no se sustrae al peso de la jurisprudencia y dice que el Tribunal Supremo de acuerdo con autores como MUCIUS SCAEVOLA, SABATER y BADENES exige responsabilidad por parte del comprador y, concretamente, una voluntad deliberadamente rebelde a realizar el pago (pág. 500). Aunque no muy convencido de tal dulcificación jurisprudencial, añade que siguiendo a PINTO hay que decir que, no obstante, la clara y reiterada doctrina jurisprudencial, ésta no autoriza a afirmar que, en todo caso, sin culpabilidad ni rebeldía del comprador no haya posibilidad de resolución, pero termina manifestando finalmente que el primero de los requisitos de aplicación del artículo 1.504 es el incumplimiento por parte del comprador y de forma culposa (pág. 502). En parecidos términos BADENES (*ob. cit.*, págs. 864 y 865).

GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 428) después de sostener que el pacto comisorio es una condición resolutoria potestativa que se dirige a eliminar la intervención judicial, es decir, a que se produzca la resolución de pleno derecho o automáticamente, no se plantea problema alguno de crítica o, por lo menos, de contradicción y acepta sin más la exigencia de una conducta culposa por el comprador, tal como lo ha declarado el Tribunal Supremo.

(57) Así ALVAREZ VIGARAY (*ob. cit.*, pág. 93) dice que el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 1944 ha declarado que el artículo 1.504 exige, al igual que el 1.124, un verdadero y propio incumplimiento y que éste descansa en causas imputables al deudor; pero añade, que nada se opone a que pese a este principio, las partes acuerden que el vendedor pueda resolver a pesar de que el incumplimiento no sea imputable al deudor. Tesis que puede deducirse *a sensu contrario* del artículo 1.105 del Código Civil.

En resumen, se puede afirmar que la doctrina en general es favorable a la defensa del automatismo y eficacia del pacto comisorio en consonancia con nuestro derecho tradicional. Y ello pese a la tesis jurisprudencial, que los autores consideran dulcificadora, de asimilación de ambas resoluciones *ex* 1.124 y 1.504. Y que es reacia a admitir definitivamente y sin reservas la tesis menos evolucionada de que el impago debe ser *culposo*. Si bien hay que reconocer que algunos autores después de defender tajantemente el automatismo y eficacia *ipso iure* del pacto comisorio *se rinden* a la exigencia de incumplimiento imputable al deudor, ante la reiteradísima jurisprudencia, en tal sentido.

2.A. *Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

El artículo 1.504 CC y, más concretamente, el pacto comisorio al que dicho precepto alude, han sido objeto de una copiosa jurisprudencia, cuya doctrina podemos sintetizar así:

a) Que la resolución por incumplimiento del comprador a tenor del artículo 1.504 es una modalidad singular de la facultad genérica regulada en el artículo 1.124 para toda clase de obligaciones bilaterales (Sentencias de 10 y 28 octubre 1985 y 21 febrero 1986), tanto en aquellos casos en *los que no se ha pactado* cláusula resolutoria, ya que el artículo 1.504 es específico para la venta de bienes inmuebles en todo caso de resolución incluso la derivada del 1.124 (58), como también en aquellas otras en *los que se ha pactado expresamente* el pacto comisorio. En los dos supuestos, no se acepta la resolución si no se dan las previsiones establecidas para ambos preceptos 1.124 y 1.504 (Sentencias de 19 junio 1979, 26 enero 1980, 7 marzo 1983, 25 junio y 28 octubre 1985, 13 marzo, 7 mayo y 30 octubre 1986, 18 marzo 1988, 19 julio, 15 septiembre y 13 octubre 1989 y 15 febrero 1991) (59).

Algunos autores han criticado esta interconexión de ambos preceptos, pues responden, a su juicio, a fundamentos y caracteres diversos (60).

O sea que si se establece que el deudor con pacto comisorio responderá incluso por causa fortuita, este acuerdo sobre las responsabilidades vale.

(58) Recordemos que el artículo 1.504 sólo de pasada alude al pacto resolutorio.

(59) R. GARCÍA (*ob. cit.*, págs. 302 y ss.) hace un exhaustivo análisis de la doctrina jurisprudencial hasta el año 1985 y recoge 44 sentencias que declaran la complementariedad de los artículos 1.124 y 1.504, limitando los efectos de éste por la aplicación del primero, al hacer penetrar los mismos en la aplicación del artículo 1.504.

(60) Así R. ADRADOS, que destaca la distinción de las acciones derivadas del artículo 1.124 y 1.504 (*ob. cit.*, pág. 61). ROCA SASTRE, cuya concepción del pacto comisorio como condición resolutoria le lleva a distanciar ésta de la acción *ex* artículo 1.124

Yo he sostenido aquí que el fundamento y naturaleza de ambas acciones son los mismos; en los dos supuestos, como he tratado de demostrar, existe una facultad resolutoria que se integra en la misma causa del contrato, de la que no puede desvincularse, ni bajo la consideración de que se trata de un elemento condicionante, ni de que supone una potestad resolutoria diferenciada y con distinta potencialidad. El pacto comisorio es sencillamente el reforzamiento de la facultad resolutoria propia de las obligaciones recíprocas.

Es más, desde el punto de vista histórico el origen de la facultad *ex* 1.124 está en el mismo pacto comisorio, pues como sabemos, en el Derecho intermedio aquel pacto se había convertido en cláusula de estilo que acabó por sobreentenderse en los contratos con obligaciones recíprocas, siendo acogida legalmente esta derivación por el Código de Napoleón, desde el cual pasó a nuestro Código Civil, que regula en su artículo 1.124 la facultad resolutoria como connatural a las obligaciones recíprocas. Y sin que los antecedentes históricos más remotos que marcan caminos distintos para la acción resolutoria derivada de los contratos con sinalagma, deban tenerse en cuenta hoy, si consideramos la concepción moderna sobre la estructura del contrato, desde cuya perspectiva se concibe como un mecanismo de funcionamiento propio del sinalagma funcional y en completa dependencia de la causa.

Esta tesis viene avalada por la reiteradísima doctrina jurisprudencial, que antes hemos citado (61).

Justo es reconocer, sin embargo, que existen sentencias aisladas que prescinden tajantemente de aquella conexión, y declaran que basta el requerimiento y el impago para que se produzca la resolución, sin que se pueda invocar el artículo 1.124 cuando existe pacto comisorio, y que el artículo 1.504 es especial respecto del artículo 1.124, y entra en juego

(*ob. cit.*, págs. 732 y ss.). Y BALERIOLA, para quien el Tribunal Supremo realiza una profunda confusión entre dos sistemas resolutorios distintos (*ob. cit.*, pág. 286).

(61) Es cierto que el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de diciembre de 1989 consideró que para el ejercicio de la acción resolutoria lo fundamental es la voluntad de resolver cuando se trata de una actuación del comprador deliberadamente obstativa al cumplimiento, y configura el pacto de resolución como condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado. Pero seguidamente y de un modo un tanto desconcertante cita la Sentencia de 5 de noviembre de 1979 que califica el pacto comisorio como derecho potestativo actuado por el vendedor para resolver el contrato, como garantía convenida del aplazamiento del precio, doctrina que se aplica también aunque las partes no hayan convenido el pacto comisorio. Pero detrás de cualquier calificación se puede considerar constante la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de ligar la cláusula resolutoria al sinalagma.

cuando tras el requerimiento hecho por el vendedor se pone de manifiesto una simple voluntad negativa a pagar (62).

Así, las Sentencias de 30 de septiembre de 1987, 8 de febrero de 1988 y 26 de noviembre de 1990. Hay que advertir que en el caso resuelto por la primera el plazo había vencido en 1979, y en 1982 no se había pagado todavía. En la Sentencia de 8 de febrero de 1988 el vendedor había requerido de pago y después de transcurrido el plazo con largueza volvió a requerir ahora de resolución. Y en la de 26 de noviembre de 1990 declara terminantemente que la resolución de una compraventa de inmuebles con fundamento en el artículo 1.504 exige como presupuestos la falta de pago y requerimiento resolutorio, y ambos han sido probados.

Pero tales sentencias en modo alguno desvirtúan la tesis aquí mantenida, pues se refieren a casos de impago grave y prolongado claramente demostrado, para los cuales no necesitaba entrar el Tribunal Supremo en valoraciones de tipo subjetivo, pues el craso e injustificado incumplimiento era evidente, para determinar la resolución. Y ninguna de tales sentencias debe interpretarse en el sentido de impedir el juego natural de la facultad resolutoria en base a una objetivación absoluta del incumplimiento del comprador, que lo haga indiferente al funcionamiento sinalagmático, y concretamente a la consideración de si el vendedor cumplió o no por su parte sus obligaciones.

b) Consecuentemente con lo anterior se mantiene por el Tribunal Supremo también de forma reiterada, que si el vendedor no cumplió sus obligaciones principales no puede exigir del comprador el cumplimiento de las suyas y, por tanto, ejercitar con éxito la resolución, pues ésta debe quedar apoyada en un previo acatamiento u observancia de cuanto al vendedor le incumbe teniendo en cuenta el sinalagma funcional. Y lo que determina la resolución no es el hecho objetivo del impago sino el incumplimiento, por lo que habrá de aplicar la doctrina elaborada en general para el incumplimiento de las obligaciones recíprocas, que exige que el acreedor que pretenda la resolución haya cumplido él mismo sus obligaciones (63). Y también cuando se dan los supuestos del artículo 1.502, tal como hemos visto anteriormente, se deniega la resolución, pues el impago resulta fundado en los peligros que dicho precepto trata de paliar (64).

(62) R. GARCÍA (*ob. cit.*, pág. 306) cita entre las sentencias que desvinculan el pacto comisorio del artículo 1.124 las siguientes: Sentencias de 3 de marzo de 1967, 22 de diciembre de 1978 y 29 de mayo de 1982.

(63) Ya hemos visto lo que para el Tribunal Supremo es obligación principal del vendedor a tales efectos, especialmente en lo que se refiere al otorgamiento de escritura pública, cuya omisión se alegó en la mayoría de los casos para excepcionar la acción resolutoria.

(64) Sentencia de 30 de marzo y 22 de mayo de 1990.

Lo que sucede es que en ambos casos, incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones y de justificada suspensión de pago *ex* 1.502, el Tribunal Supremo considera que no existe un incumplimiento imputable al comprador, que no existe una voluntad rebelde al cumplimiento o que el fin del contrato no resulta frustrado. Es decir, el Tribunal Supremo traslada ambos supuestos, que constituyen otros tantos límites o frenos de la cláusula resolutoria derivados del sinalagma funcional, al de la imputabilidad del impago o justificación del mismo, por el comprador, englobándolos en este último supuesto.

Hasta aquí, por lo que llevamos dicho acerca de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede afirmar que no contradice sino que avala la tesis que sostengo sobre la naturaleza y efectos de la cláusula resolutoria pactada: equivalencia básica con la facultad *ex* 1.124, consecuente inoperancia de la resolución si el vendedor no ha cumplido sus obligaciones; y reforzamiento de los efectos del 1.124 por el pacto comisorio añadido que tienen carácter real y *erga omnes* de modo incontestable si accede al Registro de la Propiedad.

Pero queda por resolver el problema cuya solución ha provocado que algún sector de la doctrina se rindiese en favor de una mitigación o debilitamiento del rigor del pacto comisorio, a pesar de mantener inicialmente su automatismo resolutorio, y es el del refuerzo que el pacto comisorio supone en el sentido de objetivar al máximo el incumplimiento del comprador, que voy a tratar a continuación:

c) *El Tribunal Supremo* ha sostenido insistentemente que el incumplimiento de la obligación de pago por el comprador debía serle *imputable*, de acuerdo con la doctrina general del incumplimiento de las obligaciones recíprocas, y muy especialmente que la resolución no procedía si el comprador no había tenido *una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento* (65).

(65) R. GARCÍA cita veintisiete sentencias desde 1950 a 1985 en las que el Tribunal Supremo declara, siempre con la misma frase, "voluntad deliberadamente rebelde", la exigencia de culpabilidad (*ob. cit.*, pág. 304).

Sin embargo, hay que reconocer que el Tribunal Supremo en los últimos años, sin dejar de mencionar la acuñada frase voluntad deliberadamente rebelde, lo hace precisamente para matizar y reducir su alcance en el sentido de que la concurrencia de dicha voluntad rebelde, esta *prima facie* demostrada por el hecho del impago, máxime si el deudor ha incurrido en *una prolongada inactividad* (Sentencias de 18 y 28 octubre 1985, 21 febrero 1986 y 5 junio 1989), o que basta el hecho del incumplimiento obstaculizador del fin normal del contrato, sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida, y basta la inexorable realidad de un incumplimiento sustancial no provocado por el acreedor (Sentencias de 28 noviembre 1985, 30 octubre 1986 y 9 octubre 1987), o simplemente cuando se obliga al vendedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento, ante el largo tiempo de inactividad y adeudándose una suma importante (Sentencia de 12 mayo 1988).

Veamos cuál es el sentido y alcance de esta exigencia continua por parte del Tribunal Supremo:

1) Es cierto que de manera machacona e insistente viene exigiendo la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador haya o no pacto comisorio. ¿Qué quiere decir con esta frase el Tribunal Supremo?

En principio y literalmente entendida supone introducir una valoración judicial sobre el comportamiento del comprador, es decir, de las causas y razones que han determinado el incumplimiento, y que no bastaría el impago voluntario o doloso sino que habrían de concurrir *deliberación* (plena conciencia) y *rebeldía* (66).

Pero en el caso del incumplimiento por *impago* ¿cómo se puede apreciar tal voluntad deliberada y rebelde? Pues en la realidad, el comprador que no paga, lo hace o porque tiene una causa justificada para ello (el vendedor no ha cumplido o existe un serio temor de perder la cosa) o simplemente porque su situación económica no le permite pagar en ese momento. Pero una rebeldía al cumplimiento sin más parece impensable en la realidad, a no ser que el comprador pretenda resolver el contrato porque ya no le interese la cosa comprada, o se haya arrepentido de la compra, y acuda a este medio, lo que supondría entonces una mera rebeldía (67).

Lo que pretende el Tribunal Supremo es introducir un elemento de equidad impidiendo resoluciones contractuales basadas en retrasos sin importancia, y que en nada pueden afectar al interés del acreedor. El Tribunal Supremo con la ampulosa frase voluntad deliberadamente rebelde se propone simplemente proteger o salvar al comprador que demora brevemente el pago por causas razonables (68). Y también, como antes he

Ya veremos a lo largo de este trabajo, como últimamente el Tribunal Supremo va objetando y concretando las causas que justifican el impago, reduciendo así el ámbito del arbitrio judicial.

(66) En este sentido ver DIEZ PICAZO ("El retardo, mora y resolución en los contratos sinalagmáticos", *ADC*, 1969, págs. 390 y ss.).

(67) Otra cosa es que se simule la rebeldía (impago sin justificación alguna) para provocar la resolución de acuerdo con el vendedor, con el fin de encubrir un mutuo disenso, sobre todo por razones fiscales. (Aunque tratándose de ventas sujetas a ITP el art. 43 del Texto refundido del Impuesto sólo admite la devolución cuando existe una declaración judicial o administrativa, sujetando el mutuo disenso a nueva imposición; si la venta está sujeta a IVA la regulación de este Impuesto es más benévola, y así el artículo 17.4 de la Ley reguladora prevé que cuando con arreglo a derecho o a los usos de comercio queden sin efecto las operaciones gravadas la base se modificará en la cuantía correspondiente).

(68) JORDANO BAREA ("Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita", *ADC*, 1951, págs. 304 y ss.) señalaba que en las obligaciones recíprocas si a pesar del retardo,

dicho, cuando el impago se debe a causas que no le son reprochables (incumplimiento del vendedor o peligro de incumplimiento al amparo del 1.502 CC) (69).

Pero el alto Tribunal no ha tenido suerte en el hallazgo de una frase afortunada, y sigue utilizando la "voluntad deliberadamente rebelde" como un latiguillo, del que no logra desprenderse, aunque sea para negar su virtualidad, como luego veremos, o englobar en ella los dos supuestos de impago directamente derivados de la ruptura del sinalagma funcional (incumplimiento del vendedor y suspensión *ex art.* 1.502 CC), y, por tanto, como punto de referencia negativo: *no hay voluntad deliberadamente rebelde* cuando el impago se debe a causas imputables al vendedor o cuando el retraso no tiene importancia (supuesto este último al que se refieren las Sentencias de 15 septiembre 1989, 13 octubre 1989 y 14 febrero 1991, en las que se dice que no existe voluntad rebelde de impago por tratarse de un mero retraso explicado, justificado y subsanado).

En dichas sentencias no pierde ocasión el Tribunal Supremo para matizar —sin que ello fuere pertinente al caso— el significado de la frase voluntad deliberadamente rebelde en el sentido de que basta una conducta voluntaria y no sanada por causa justa que la origine, obstativa al cumplimiento (70).

Y, en Sentencia de 15 de febrero de 1991, reconoce ya y declara que con la mirada puesta en la realidad social, la equidad y la justicia (art. 3.1 y 2 CC) hay que considerar que la voluntad deliberadamente rebelde no aparece en la letra ni en el espíritu del 1.124, sino que ha de ser cohonestada con la posibilidad de que existan actos del deudor que permitan *inducir* el incumplimiento.

el cumplimiento de una de las partes aún tiene interés para la otra, ésta no podrá pedir la resolución y los Tribunales podrán valorarlo sobre la base de los principios de equidad y buena fe.

(69) Por ello DIEZ PICAZO afirmaba en 1969 (*ob. cit.*, pág. 396) que las cosas son probablemente mucho más sencillas, y que la máxima jurisprudencial no debe ser entendida de modo literal, pues colocado en el marco donde nació (aparece por primera vez enunciada en las Sentencias de 5 y 9 julio 1941) no significa una exigencia positiva, sino que se trataba de formular o englobar casos en que la acción resolutoria debía ser desestimada.

(70) Desde el punto de vista técnico, sería bueno, a mi juicio, que el Tribunal Supremo distinguiera los tres supuestos de denegación de la resolución: incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones principales, suspensión del pago *ex artículo* 1.502 del Código Civil, y retardo sin importancia. Sólo en este último caso se podría aplicar, en principio y pertinentemente la frase voluntad deliberadamente rebelde, como fundamento para justificar la resolución, cuando el retraso sea injustificado. Siquiera, como hemos anticipado, el Tribunal Supremo acude ya a criterios más definidos y objetivos (inactividad prolongada, retraso duradero y de importancia) citando aquella frase sólo para a partir de ella (de la que le cuesta prescindir) a través de su corrección o matización llegar a una relativa objetivación y reducción de su generalidad.

2) De ahí que en otros fallos corrige aquella afirmación tajante admitiendo que aunque no medie culpa, procede la resolución cuando se produzca *un hecho obstativo que de modo absoluto e irreformable impida el cumplimiento de la obligación* (71).

Pero nos encontramos de nuevo ante una declaración igual de ampulosa y confusa. ¿En qué puede consistir ese hecho obstativo que ~~de~~ manera irreformable impida el cumplimiento en el caso de impago por el comprador?

a) En primer lugar conviene observar que tal hecho obstativo referido al impago tiene difícil encaje, como no se entienda como oposición decidida y definitiva a un requerimiento de pago previamente hecho por el vendedor (72).

Ante tal requerimiento se pone al comprador en la tesitura de tener que razonar el impago, oponerse a él o simplemente callarse, y entonces sí que podía hablarse de un hecho optativo en el caso de negativa sin más o incluso de mero silencio.

Pero hay que reconocer que el impago más que un hecho es *una omisión* o mejor dicho una conducta negativa. Por eso el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de febrero de 1988 después de señalar que el 1.504 es especial respecto al 1.124 considera que aquél entra en juego cuando tras el requerimiento hecho por el vendedor se pone de manifiesto su voluntad de simple negativa a pagar el precio. (El vendedor había requerido al comprador para que en el plazo de ocho días pagase el primer

(71) Bien es cierto que normalmente utiliza alternativamente ambas frases.

D. PICAZO (*ob. cit.*, pág. 390) cita las Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941 y 12 de abril de 1945 en las que se exigen, alternativamente, ambos requisitos: o voluntad deliberadamente rebelde o hecho obstativo, cuya aplicación dicho autor trata de coordinar.

R. GARCÍA cita las siguientes sentencias en las que se produce el cambio de terminología: Sentencias de 19 de junio de 1979 y 26 de enero de 1980.

También la Sentencia de 25 de junio de 1985 utiliza dicha expresión. En la de 22 de octubre de 1985 se dice que la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde no ha sido señalada de modo exclusivo sino que unas veces lo ha colocado como alternativa de la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto definitivo e irreformable impida el cumplimiento (y cita, entre otras, Sentencias de 1 febrero 1966, 14 noviembre 1968 y 13 mayo 1972), pero añade que en otras lo decisivo, en todo caso, es que queda acreditada una verdadera omisión de su prestación por el comprador. En la de 4 de octubre de 1986 afirmó que el artículo 1.504 no basta para suprimir la doctrina general del 1.124 que exige la concurrencia de voluntad obstativa al cumplimiento, que exista propio incumplimiento y que éste sea imputable al deudor.

(72) En este punto empieza a vislumbrarse la importancia que puede tener el requerimiento de pago entendido como tal y no como mera notificación, para provocar la posibilidad de resolución al permitir la verificación de ese hecho obstativo al pago.

plazo, y habiendo dejado transcurrir dicho plazo con largueza volvió a requerirle ahora de resolución) (73).

b) Lo que sí cabría entender por hecho obstativo es sencillamente la imposibilidad sobrevenida de la prestación, y no sólo por culpa o dolo (que estaría recogida por la primera exigencia: voluntad deliberadamente rebelde) sino también la fortuita (74).

De donde se podría deducir que la resolución procede o cuando la prestación ya no es posible (hecho obstativo) o cuando es culposo el incumplimiento pero todavía es posible, es decir, cuando se produce un incumplimiento culposo no definitivo: en mero retraso.

Pero al llegar a este punto conviene advertir que la imposibilidad sobrevenida tiene difícil aplicación al supuesto de impago del precio, pues tratándose de dinero, ¿cómo entender la imposibilidad de la prestación a él referida? Pues a la deuda de dinero, todavía con más fundamento que a la de género, se le puede aplicar la regla de que *genus non perit*, o mejor, el principio general de que toda persona es responsable de su solvencia, como señaló LARENZ (75). En efecto, el dinero no se puede destruir o perder y, por eso, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de abril de 1943 consideró la deuda pecuniaria como genérica cuya extinción por imposibilidad sobrevenida no está amparada en el artículo 1.105 CC conforme al principio *genus numquam perit* implícito, a *contrario sensu*, en el artículo 1.182 en relación con el 1.170, párrafo 1.º, CC.

Tratándose de dinero el deudor podrá obtenerlo siempre, pero entonces cabe plantear el problema de si se puede seguir hablando de imposibilidad

(73) En Sentencia de 13 de octubre de 1989 corrige la expresión y dice que una constante doctrina de esta sala viene exigiendo como requisito necesario para acordar la resolución la constancia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, pero que una doctrina jurisprudencial reciente ha venido a matizar tal concepto aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado, bastando con que pueda atribuírsele una *conducta voluntaria* —y no sanada por una causa justa que la origine— *obstativa* al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó. (El comprador había abonado una gran parte del precio aunque de una manera no ajustada a la Ley: se consignó un cheque y pretendió abonar el resto una vez fue demandado, por lo que su conducta no puede calificarse como voluntariamente obstativa al cumplimiento.)

(74) En este sentido Díez PICAZO (*ob. cit.*, pág. 393), quien señala que la imposibilidad sobrevenida no pertenece a la teoría de los riesgos como la mayor parte de nuestra doctrina tradicional cree sino al ámbito del 1.124. El artículo 1.182 del Código Civil, libera al deudor cuya prestación resulta imposible, pero nada dice sobre la repercusión que ejerce en las obligaciones recíprocas. Si en el artículo 1.124 el "no cumplirse" se lee como un hecho escueto y objetivo, el problema se resuelve de una forma plenamente coherente con la naturaleza sinalagmática del vínculo.

(75) Citado por P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 357).

sobrevenida no sólo cuando la cosa se destruye o perece, sino cuando por cualquier accidente o circunstancia imprevista se haya hecho extraordinariamente difícil o sumamente oneroso el cumplimiento de la prestación todavía posible en sentido objetivo.

A mi juicio, tratándose de dinero, la deuda no puede considerarse extinguida por la mayor o menor dificultad para obtenerlo por lo antes dicho, y tal como lo ha reconocido el mismo Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 1989 al considerar que la actividad pasiva durante casi dos años por parte del deudor, sin más que el dato no imputable a la contraparte de que carecía de medios económicos no impide la resolución, pues tal circunstancia debió prevenirse antes de hacer surgir legítimas expectativas en los recurrentes (76).

3) Pero el Tribunal Supremo da un paso más hacia la objetivación del incumplimiento en aquellas sentencias en las que se trata en concreto del retraso en el cumplimiento (que es justamente el supuesto del impago del precio, no basado en la conducta de la contraparte). Empezó sosteniendo que el mero retraso no es *en algunos casos* equivalente al incumplimiento porque no siempre implica que se *haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio* (77). Lo que a contrario suponía que en general el retraso será resolutorio (78).

(76) P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 241) dice que podría discutirse si la obligación ha de declararse extinguida o quizás sujeta a revisión, y cita una sentencia del Tribunal Supremo de Filipinas que consideró que la deuda de dinero no podía entenderse extinguida por la mayor o menor dificultad de obtenerlo, a pesar de que había alegado las pérdidas sufridas por la guerra.

(77) DÍEZ PICAZO en el año 1969 (*ob. cit.*, pág. 394), al estudiar en concreto la doctrina jurisprudencial sobre el retraso resolutorio, advierte como el Tribunal Supremo ha hecho al respecto una afirmación muy relativa y matizada: que el mero retraso no es *en algunos casos* equivalente a incumplimiento porque el retraso no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido en el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés jurídicamente protegible en que se decreta la resolución. Y señala que el origen de tal doctrina se encuentra en la Sentencia de 5 de enero de 1935 (se trataba de un caso de incumplimiento de obligaciones recíprocas, no de un retraso en el impago del precio de la compraventa de inmuebles *ex art.* 1.504), que añadió que el retraso en el caso debatido no podía justificar la resolución porque la otra parte no sufrió perjuicio alguno, y se había requerido para la resolución después de que el pago se había realizado. DÍEZ PICAZO, al explicar la referida doctrina jurisprudencial, sostiene que el caso de frustración de fin del contrato (que no de prestación, que es posible todavía) es el del término esencial; pero que mayores dificultades plantea determinar cuando existe un "interés atendible en que se decrete la resolución", que literamente encierra un claro arbitrio judicial, y que el "perjuicio", en que se basa la sentencia citada puede ser presupuesto del derecho a recibir una indemnización, pero nunca de la facultad de resolver. Señalaba también DÍEZ PICAZO que, aunque en el origen histórico de la resolución hay un amplio margen de discrección del Juez que asoma en el inciso final del

El Tribunal Supremo abandonando el argumento de la voluntad deliberadamente rebelde, aunque siga citándolo para negar su virtualidad, últimamente utilizada, como base y fundamento de la resolución, la frustración del fin normal del contrato, si bien como veremos, procura no dejar en una nebulosa el problema de su fijación y concreta y define cuando dicha frustración se produce.

Por otra parte, esta orientación permite afirmar que el Tribunal se acerca al meollo del problema al conectar el retraso resolutorio con la causa del negocio (frustración del fin del contrato) y, por tanto, con la esencia del sinalagma funcional (79). Si la prestación ya no tiene interés para la contraparte aunque sea posible, por ser esencial el pago en el tiempo previsto, queda justificada plenamente la resolución, lo que únicamente planteará el problema de cuando el término puede considerarse esencial, que luego analizaremos en su conexión con el pacto comisorio.

Sin embargo, en los demás casos, es decir, cuando no se puede considerar esencial el plazo, todavía queda un amplio margen al arbitrio judicial, que se pondrá de manifiesto al valorar cual sea el interés atendible

artículo 1.124, nuestra jurisprudencia, a lo largo de casi noventa años, ha ido realizando una labor de objetivación que merece ser continuada.

Verdaderamente en torno a este problema gira todo el peso de la eficacia de la cláusula resolutoria. Se trata de conseguir una determinación de las causas de retraso justificado (pues la regla debe ser, en caso del pacto comisorio, por el refuerzo que supone, el retraso resolutorio), sin perjuicio de reconocer que una objetivación absoluta, podría chocar con la equidad y buena fe que deben presidir la ejecución contractual. Aunque, como trataré de demostrar, se puede alcanzar una aproximación aceptable, que dé seguridad a las transacciones inmobiliarias y se cohonesten los intereses de las dos partes contratantes.

(78) Tenía razón Díez PICAZO (*ob. cit.*, págs. 396 y ss.) cuando decía ya en el año 1969 que el examen pormenorizado de la jurisprudencia parece demostrar que las cosas ocurren de manera diferente en vía de máxima y en la realidad jurídica. En vía de máxima la resolución por retraso parecía excepcional: sólo si se ha frustrado el fin o hay un interés atendible. *De facto*, es al revés: el retraso es por regla general resolutorio y excepcionalmente se trata de salvar ciertas hipótesis de la resolución fundando el salvamento en razones de mayor o menor fuerza dialéctica. Y sistematiza los siguientes casos: *a)* cuando se paga antes de que se efectúe el requerimiento (lo cual en materia de pacto comisorio es natural por exigencia del 1.504); *b)* cuando el acreedor se había negado a recibir el pago (la *mora accipiendi* impide la resolución); *c)* cuando el acreedor admite el pago, y *d)* cuando se debe a causas no imputables al obligado.

(79) El Tribunal Supremo ha puesto el dedo en la llaga al conectar el problema del impago con el sinalagma de una manera directa, en Sentencia de 5 de marzo de 1986, en la que afirma que basta un incumplimiento que por acción u omisión desobedezca los términos del contrato, que altere el justo equilibrio de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos; y en la Sentencia de 18 de mayo de 1987, en la que declara que la voluntad de no cumplir se pone de manifiesto con las reiteradas reflexivas y conscientes omisiones de pagar el precio, lo que define la actitud proclamada por la jurisprudencia, de exteriorización de intencionalidad, y *altera profundamente el equilibrio en que se asienta la causa contractual*.

que la parte acreedora pueda tener en que se decrete la resolución. En este punto le faltaba al Tribunal Supremo todavía un largo camino que recorrer hasta alcanzar un grado de objetivación aceptable (80).

4) Pero en la evolución jurisprudencial se observa una tendencia a estrechar ese margen de arbitrio a través de una mayor concreción y claridad en la determinación de las causas que provocan una verdadera frustración contractual, y que de manera evidente suponen ya un incumplimiento.

Así en las importantes Sentencias de 20 y 28 de noviembre de 1985 y 9 de octubre de 1987 afirma con toda precisión que basta con que se produzca *el hecho del incumplimiento* (obstaculizador del fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte, que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo negocial), *sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo* dirigido a vulnerar la obligación, sino que basta la incuestionable realidad de un *incumplimiento sustancial* no provocado por el acreedor, como sucede cuando se deja de pagar *una parte importante* del precio (81).

En la de 12 de mayo de 1988 declaró que no se puede exigir una aplicación literal de una voluntad deliberadamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (se resiste a abandonar dicha frase), y que es suficiente apreciar incumplimiento cuando se frustra el fin contractual por la conducta del comprador o cuando se obliga al vendedor a acudir a la vía

(80) Se preguntaba DÍEZ PICAZO (*ob. cit.*, pág. 395) cual podía ser ese "interés atendible" que justifique el retraso resolutorio. Y contesta que no puede ser el perjuicio que es presupuesto para una indemnización pero no para la resolución (a pesar de que la Sentencia de 5 enero 1935 recurrió a dicha idea del perjuicio).

Y prescinde de acudir a máximas abstractas para, utilizando un método de muestreo, investigar y sistematizar los casos concretos resueltos.

La tesis de DÍEZ PICAZO respecto al perjuicio parece corroborada por Sentencia de 2 de febrero de 1990 en la que se afirma que, salvo en el supuesto de craso incumplimiento sin posibilidad restauradora, el comprador mantiene su adquisición, al margen del resarcimiento de los perjuicios irrogados.

Anteriormente JORDANO BAREA (*ob. cit.*, págs. 307 y ss.) había sostenido que el incumplimiento ha de ser grave, y, por tanto, una verdadera inejecución, por no satisfacer ya plenamente el interés del acreedor.

Y que, por tanto, ha de tratarse de una violación sustancial del contrato, para que produzca la resolución.

(81) En la Sentencia de 20 de noviembre de 1985 se había prolongado el impago durante seis años y la cantidad era importante, se pagaron cuatro millones y medio de veinticinco millones y medio (actitud de la que claramente se desprende un proceder contrario al fin normal del contrato).

En la de 28 de noviembre de 1985 se produjo el impago de varias letras, con necesidad de ejercitar la acción ejecutiva para su cobro en algunos casos, lo que patentiza esa actitud obstaculizadora al fin normal del contrato. Y en Sentencia de 9 de octubre de 1987 se había dejado de pagar una parte importante del precio, lo que patentiza esa actitud obstaculizadora del fin normal del contrato.

judicial para obtener la resolución ante el largo tiempo de inactividad (dos años y medio) y adeudándose una suma importante.

En la de 5 de junio de 1989 vuelve a declarar que para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa, que es lo que apunta la frase voluntad deliberadamente rebelde, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, y —añade— que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte; y que la omisión del comprador puede consistir —como ocurrió en el caso debatido— en una prolongada *inactividad o pasividad del deudor* (durante más de dos años).

Y en la Sentencia de 20 de diciembre de 1989 afirma el Tribunal Supremo que las últimas sentencias (y cita la de 12 mayo 1989) mitigando el rigor del lenguaje que se deriva de la frase voluntad deliberadamente rebelde, que parece sólo identificable con impago doloso, aplica la resolución a los casos en que se da el hecho obstativo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, y, por último —*aquí está una aproximación a la objetivación del incumplimiento*—, el impago duradero, prolongado e injustificado (y cita las Sentencias de 26 enero 1988, 29 febrero 1988 y 8 febrero 1989). En el caso se había dejado de pagar 3.900.000 pesetas durante largo tiempo.

5) Verdaderamente, si el incumplimiento (impago) es duradero y prolongado, y el vendedor cumplió por su parte sus propias obligaciones, es difícil que se pueda apreciar justificación alguna. Por eso el Tribunal Supremo prescinde ya, en una serie de sentencias, de toda argumentación genérica, para basar el fallo en causa concreta y determinada, con lo que va reduciendo el ámbito del arbitrio judicial.

Y así en Sentencias de 18 de octubre y 2 de noviembre de 1985 sostuvo que el ánimo infractor (craso incumplimiento) queda demostrado por el mero hecho de la ineffectividad del precio; doctrina ésta que se repite en Sentencia de 28 de octubre de 1985 en la que se declara que basta que quede acreditada una verdadera omisión de la prestación, que no implique mero retraso, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente, lo que se produce cuando el retraso es prolongado y de parte importante del precio (se había dejado de pagar cuatro de seis millones y retrasado de abril de 1977 a septiembre de 1988); añadiendo la de 21 de febrero de 1986: máxime si ha incurrido en prolongada inactividad. Y en la de 18 de abril de 1989 declara que el impago sustancial de parte del precio, el prolongarse tal situación y la dejación definitiva de dicha obligación son suficientes para decretar la resolución (82).

(82) A salvo que intervengan circunstancias demostrativas de que al comprador no

6) En algunas sentencias llega a una total objetivación del impago afirmando que basta para que se produzca el efecto resolutorio, el hecho del impago y el requerimiento por el que se señalaba un plazo al comprador para abonar el precio y, en su defecto, se le notificaba la resolución (Sentencias de 26 enero 1987 y 30 septiembre 1987, en la que añade que el 1.124 no se puede invocar cuando hay pacto comisorio, que se rige por el artículo 1.504) (83). En Sentencia de 8 de febrero de 1988 reitera la especialidad del 1.504, que entra en juego cuando tras el requerimiento por el vendedor se pone de manifiesto la voluntad de simple negativa a pagar por el comprador (84).

Y, por último, la de 26 de noviembre de 1990 en la que sencillamente considera como requisitos suficientes para que se produzca la resolución, el impago y el requerimiento de pago y resolución.

A lo largo de este análisis jurisprudencial se observa una tendencia evidente a objetivar el impago por causa de resolución basada en el pacto comisorio, pudiendo concluirse que en los casos resueltos por todas las sentencias que denegaron la resolución (analizadas por mí desde 1985 hasta hoy) la causa justificada alegada por el comprador para eludirla y acogida por el Tribunal Supremo ha sido en la casi totalidad, *el incumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones*. Y que sólo en tres sentencias se denegó la resolución (a pesar de que el vendedor había cumplido sus obligaciones) por considerar que el retraso era justificado. Y son la de 15 de septiembre de 1989, que rechazó la resolución porque el comprador no pagó dos plazos (dos meses), pues se había ausentado por

le es reproachable la falta de prestación, *que han de ser alegadas y probadas oportunamente*.

La Sentencia de 19 de junio de 1989 entendió que no hay incumplimiento cuando no se alegan ni prueban circunstancias demostrativas de un irrespetuoso proceder del comprador con lo acordado y, por lo tanto, con las pautas de la buena fe que ha de presidir la ejecución contractual. Pero se trataba de una mera declaración incidental formulada con ocasión de afirmar la exigencia del previo requerimiento de pago que debe preceder a la resolución. Doctrina que se repite en la Sentencia de 2 de febrero de 1990. Pero en ambas la *ratio decidendi* había sido que el vendedor había incumplido su obligación principal.

Esta exigencia de alegar y probar no puede ni debe tenerse pues en consideración ya que el Tribunal Supremo de manera terminante consideró, en contra, que basta el impago para que se produzca la resolución, en Sentencias de 18 y 28 de octubre de 1985, 26 de febrero y 26 de junio de 1986, en las que se afirma claramente que el incumplimiento no rebelde *hay que acreditarlo*.

(83) En el caso se trataba de un impago de parte importante durante tiempo prolongado: había vencido en el año 1979 y en el 1982 todavía no se había pagado.

(84) El vendedor había requerido de pago para que en el plazo de ocho días lo efectuase, y transcurrido dicho plazo con largueza volvió a requerirle, ahora de resolución.

trabajo a los Estados Unidos, pero inmediatamente hizo la transferencia un hermano que había recogido la cédula. Se acreditó por el comprador que estaba al corriente en el pago de los plazos y que no hubo incumplimiento rebelde e indefinido sino mero retraso explicado, justificado y subsanado.

La Sentencia de 13 de octubre de 1989 que tampoco admitió la resolución (a pesar de que el vendedor había cumplido) pues el comprador había abonado un 96 por 100 del precio y pretendió abonar el resto una vez fue demandado, a pesar de que no lo hizo ajustadamente a derecho (había consignado un cheque), antes de contestar a la demanda, habiendo contestado al requerimiento de forma que el asunto se resolvería de manera amistosa.

Y la Sentencia de 14 de febrero de 1991 que rechazó la resolución porque el impago se debió a un error en el número de cuenta en la que se domiciliaron las letras (85).

En las tres sentencias se trataba pues de un retraso puro, sin más, es decir, independientemente de la actuación del vendedor (86).

En definitiva, sólo considera incumplimiento del comprador cuando se produce un impago importante en la cantidad y en el tiempo. Y que únicamente está justificado el impago (además de los casos en los que el vendedor incumple) cuando hay un mero retardo sin importancia.

(85) Solamente una Sentencia de 18 de marzo de 1988 realiza una afirmación que resulta inaceptable. Reconoce que el comprador tuvo una conducta morosa que se convirtió en habitual retraso, pero que no traspasó el marco del mero retraso y su comportamiento no entra en la órbita de la deliberada rebeldía. El comprador había pagado siempre con retraso venciendo el último plazo el 31 de octubre de 1982, y el 13 de diciembre en acto de conciliación reiteró su propósito de resolver.

Es esta una extraña sentencia que rompe el equilibrio en favor del comprador, e introduce el arbitrio judicial sin que aparezca claro el fundamento de la equidad y buena fe.

(86) En otros casos que denegó la resolución por considerar el retraso justificado, se basó en la dificultad del cumplimiento, a la que no era ajeno el propio vendedor. Así, en Sentencia de 6 de marzo de 1987 no se admitió la resolución pues el precio no se había concretado todavía. Se trataba de una venta de VPO en la que se estableció que el precio se fijaba provisionalmente en una cantidad, a resultas de la cédula de calificación definitiva. Otorgada la calificación definitiva el comprador no aceptó el precio y lo impugnó, y esta pendiente de resolución. En Sentencia de 3 de diciembre de 1988 tampoco estaba clara la forma de pagar el último plazo por lo que el litigio o discusión o diferencia de interpretación eliminan la voluntad obstativa.

En Sentencia de 21 de julio de 1990 se dice que la voluntad obstativa al cumplimiento no existe cuando se cuestiona el importe adeudado, al haberse efectuado novación y no estar clara la cantidad debida. Añade el Tribunal Supremo que la declaración sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones es una cuestión fáctica, cuando ello depende sólo de que se hayan realizado y omitido ciertos actos, pero puede constituir cuestión de derecho cuando la base para determinar el incumplimiento está más que en los actos, en la trascendencia jurídica de los mismos.

Por lo tanto, a la valoración de esta importancia del retraso queda reducida la relatividad del pacto comisorio, y constituye el último reducto en el proceso de objetivación del impago, que el Tribunal Supremo ha llevado a cabo sobre todo en los últimos tiempos, y a cuyo análisis y posibilidad de mayor refuerzo dedicaremos la última parte de este trabajo.

Por todo ello el camino que actualmente sigue el Tribunal Supremo es digno, a mi juicio, de encomio, dada su ponderación y carácter progresista (87), siquiera podría perfeccionar los conceptos y términos técnicos empleados olvidándose de aquellas dos frases ampulosas y que ya nada significan: voluntad deliberadamente rebelde y hecho obstativo que de manera irreformable impide el cumplimiento.

Le basta fundar la justificación del retraso como luego veremos en los principios de equidad y justo equilibrio de las prestaciones que deben presidir la contratación y más concretamente en el abuso del derecho. Sin perjuicio de que, como veremos luego, se puede, sin merma de estos principios, avanzar un pasó más en el refuerzo del pacto comisorio y objetivación del impago, admitiendo que el requerimiento del 1.504 es un requerimiento de pago y no mera notificación, como luego pretendo demostrar, pues entendido como mera notificación de resolución siempre se originará la duda de si es intempestiva y abusiva.

Las anteriores consideraciones podrían inspirar una cierta tranquilidad, a pesar de la voz de alarma dada por los autores, procedentes sobre todo del ámbito notarial, más atentos quizá a la realidad social que impuso una generalización de la cláusula resolutoria pactada como recurso eficaz de garantía del precio aplazado.

No se puede dejar de reconocer, sin embargo, que su temor resulta justificado desde el año 1982, al pretender la Dirección General de los Registros aplicar al pacto comisorio los criterios que inicialmente había formulado el Tribunal Supremo, pero sin recoger las matizaciones y evolución que, como hemos visto, se operó en los últimos tiempos.

2.B. Análisis de la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En el ámbito puramente registral la eficacia del pacto comisorio aparece regulada de manera mucho más clara y definida en los artículos 11 LH y 59 RH. De ambos preceptos se desprende, por un lado la eficacia real, *erga omnes*, que se consigue con la inscripción (art. 11), y, por otro,

(87) Por carácter progresista entiendo aquí la consecución de una más justa y equitativa protección de los intereses de las partes, y, como consecuencia, de una mayor paz social, en la medida que produce más seguridad en las transacciones.

un mecanismo sencillo y ágil de realización de la garantía en caso de impago a través del procedimiento de los artículos 59 y 175.6.º RH. Con esta regulación, el automatismo y la eficacia del pacto comisorio queda perfectamente definida y reforzada al configurarse como un instrumento de autotutela que permite conseguir la efectividad de la garantía de modo extrajudicial, con todo lo que ello significa en ahorro de tiempo, gastos y molestias derivadas del pleito.

La Dirección General de los Registros hasta el año 1982 había admitido el rigor tradicional de la cláusula resolutoria inscrita, que la convertía en un enérgico mecanismo de protección del vendedor (88).

La Resolución de 17 de noviembre de 1978 consideró que los artículos 1.504 CC, 11 LH y 59 y 175.6.º RH introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo (89).

La doctrina hipotecarista como hemos visto, ante la clara y terminante redacción de los artículos 11 LH y 59 RH no vaciló primero en calificar la cláusula resolutoria como condición (con lo que facilitaba el camino para explicar sus drásticos efectos), ni en reconocer su automatismo y rigor resolutorio (90).

Sin embargo, en Resolución de 29 de diciembre de 1982 se introduce un cambio radical, que permite afirmar a sus comentaristas que, después de la misma, la cláusula resolutoria ha perdido su principal ventaja: la reinscripción del inmueble a favor del vendedor sin necesidad de intervención judicial (91).

(88) Ver nota número 17.

(89) Precisamente por ese rigor del automatismo consideró que debía ser mirado con todo tipo de cautelas a fin de salvaguardar los derechos de todos los interesados y terceros y evitar que el vendedor, en particular en los casos en que se ha pactado cláusula penal, por su sola voluntad y sin intervención de los Tribunales pueda decidir unilateralmente una cuestión, en la que el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario sólo le autoriza a realizarla si devuelve los plazos recibidos mediante consignación bancaria o en Caja de Ahorros.

(90) Así ROCA SASTRE, CAMY y MIQUEL citados (ver notas 11 y 22).

(91) Así ROMERO GIRÓN (*ob. cit.*, pág. 384). Y CORDERO GARRIDO (*Boletín Colegio de Granada*, 1983, pág. 895) quien manifiesta que la Resolución de 1982 sienta una doctrina claramente proteccionista del comprador, si bien parece que exagerada en algún aspecto y llega en ocasiones a producir evidentes perjuicios al vendedor.

También BALERIOLA (*ob. cit.*, págs. 288 y 289).

En cambio MIQUEL (*ob. cit.*, pág. 1.538) considera que la Dirección General por razones de equidad ha admitido que la cuestión queda automáticamente reconducida al ámbito judicial a base de simples alegaciones de disenso, y considera que, pese a su *alegalidad*, es alentadora para conseguir una revisión del artículo 11 de la Ley

La tesis que la referida Resolución de 1982 sostiene es la siguiente:

1.º Que para que el vendedor pueda proceder a la reinscripción del inmueble a su nombre habrá que tener en cuenta no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades del artículo 59 RH, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso la consignación, de acuerdo con el artículo 175.6.º RH.

Hasta aquí resulta lógica y congruente con el mecanismo que he perfilado sobre el pacto comisorio, y, por ello, y en la medida en que éste está integrado en la médula causal del contrato que genera obligaciones recíprocas, se exige que el que pretenda resolver tenga por su parte cumplidas las obligaciones principales. En el caso de la cláusula resolutoria inscrita la reinscripción, desde aquella perspectiva no ofrecerá más dificultad que la devolución de las cantidades satisfechas, tal como rigurosamente exige la Dirección General a partir de la Resolución de 17 de septiembre de 1978, pues el deber de entrega y de escrituración, que son los principales del vendedor, resultan cumplidos de la misma inscripción (92).

2.º Más importancia tiene la siguiente afirmación: "Es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de que para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del 1.124 o de la resolución prevista en el 1.504 es necesario el exacto cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones, *así como una voluntad deliberadamente rebelde a dicho cumplimiento por parte del comprador*, y, por tanto, si al hacerse el "requerimiento" *no se allana el requerido, sino que se opone categóricamente a él*, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los Tribunales, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y pro-

Hipotecaria en el sentido de que exija la adveración judicial, pero que no cabe duda de su confrontación total con el sistema vigente (pág. 1.538).

(92) En cuanto al posible incumplimiento como consecuencia de defectos de la finca, posteriormente surgidos, que, en ocasiones, el Tribunal Supremo consideró suficientes para paralizar la resolución, escapa, a mi juicio, a la consideración registral, y sólo podría definirse en una etapa posterior, mediante la correspondiente decisión judicial. Pero ello no debe paralizar la autotutela que supone la reinscripción, sin que tales alegaciones puedan tenerse en cuenta por el Registrador, pues a dichos aspectos no puede alcanzar la calificación. En otro caso la eficacia de la cláusula resolutoria quedaría seriamente afectada, en contra de lo pretendido por el legislador en los artículos 1.504 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 y 175.6.º del Reglamento Hipotecario, pues la alegación de posibles defectos, siempre difíciles de valorar en cuanto a si tienen importancia suficiente para paralizar la resolución, escapa al mecanismo propio de nuestro sistema registral.

Como luego veremos, es preciso distinguir los planos sustantivo y registral, tal como lo hizo el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de julio de 1989.

ducirse la declaración resolutoria". Y que solamente cuando no se opone el comprador y se consigna conforme al artículo 175.6.º RH es cuando se puede reinscribir el inmueble a favor del vendedor y cancelar el asiento a favor del comprador.

Para el análisis de estas declaraciones conviene distinguir dos aspectos. Por un lado, el tratamiento o configuración que da a la cláusula resolutoria, y por otro, la exigencia concreta, para lograr su efectividad, de que el comprador no se oponga al requerimiento.

En relación con la primera cuestión, hay que reconocer que la Dirección General ha hecho un esfuerzo importante para enfocar y adentrarse en la esencia del pacto comisorio. Es curioso comprobar como en ninguno de sus considerandos utiliza el término *condición*. Y sí, en cambio, facultad resolutoria y pacto comisorio, cuyo funcionamiento conecta con la causa del contrato, al recoger explícitamente la doctrina jurisprudencial en tal sentido asimilando la acción *ex* 1.124 con la resolución del 1.504 a los efectos de exigir el exacto cumplimiento por el vendedor de sus propias obligaciones, lo que, en definitiva, no es más que un reconocimiento del fundamento del pacto resolutorio en el sinalagma funcional. Y ésta es la tesis que aquí en este trabajo vengo defendiendo.

Por otra parte reconoce explícitamente también el automatismo del pacto comisorio "ya que puede el vendedor, en base al artículo 1.504, por su propia voluntad y sin intervención de los Tribunales decidir unilateralmente la resolución del contrato pactado" (93). Aunque dicho automatismo y extrajudicialidad lo limita en el sentido ya expuesto de que no bastan los requisitos del 59 RH sino que el Registrador ha de tener en cuenta si el vendedor ha realizado las obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación *ex* 175.6.º RH.

Hasta aquí la Dirección General se pronuncia con fundamento y cautela. Pero no puede decirse lo mismo cuando afirma, citando la Sentencia de 16 de noviembre de 1979, que si al hacerse el "requerimiento" no se allana el requerido, sino que se opone, a tal resolución no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los Tribunales.

En primer lugar hay que decir que una cosa es el reforzamiento que el pacto comisorio significa respecto a la facultad resolutoria genérica en el plano sustantivo, y otra que dicho reforzamiento toma un perfil distinto cuando accede al Registro, pues entonces su automatismo y extrajudicialidad tienen su apoyo en la regulación clara que los artículos 11 LH y 59 RH le dispensan. Además, la cita de las sentencias, en especial la de 16

(93) Si bien lo hace para señalar la trascendencia que ello tiene al objeto de aplicar la cancelación *ex* artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, que dado su rigor debe ser examinado con todo tipo de cautelas.

de noviembre de 1979 no es un argumento muy convincente pues hay que tener en cuenta las características de la resolución ejercitada por vía judicial, ya que el Juez puede aplicar criterios de equidad, buena fe, etc., mientras que el Registrador tiene las limitaciones propias del funcionamiento del Registro, que le impiden entrar en consideraciones o juicios de valor, pues escapan a su facultad calificadora. Por otra parte el hecho de no allanarse el comprador al requerimiento es justamente el presupuesto de la acción judicial para ejercitar la resolución; y, por último, que en la sentencia referida la *ratio* para no admitir la resolución fue que el requerimiento era impreciso y que el vendedor había incumplido sus obligaciones.

En cuanto a la declaración de la neutralización de la resolución extrajudicial con la mera oposición, es ir muy lejos, más que el mismo Tribunal Supremo que exige prueba de que el impago sea justificado. Supone también desconocer el reforzamiento que el pacto comisorio significa y el fortalecimiento y eficacia que el mecanismo registral le inyecta; y debilitar un instrumento básico para el tráfico inmobiliario y la seguridad jurídica, tal como ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de febrero de 1991. Además, la mera oposición sin causa que la justifique, no es sino el reconocimiento de la voluntad obstativa al cumplimiento, y, por tanto, la verificación del incumplimiento.

Y sin que valga el argumento de que la cancelación automática, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 82 LH, supone un procedimiento que debe ser examinado en su aplicación con todo tipo de cautelas, dado el rigor con que se produce; ya que precisamente para el supuesto de resolución por pacto comisorio el propio legislador ha diseñado el marco y requisitos para que la cancelación automática tenga lugar, en el artículo 59 RH y su complementario artículo 175 RH que establece en concreto, en su regla sexta, los requisitos que se deben cumplir para que pueda aplicarse el artículo 82.2 al supuesto de ventas sujetas a condiciones rescisorias o resolutorias. La aplicación de este último precepto es lógica, pues aunque se refiere a condiciones resolutorias y rescisorias habrá que entenderlo referido también a la resolución en virtud de pacto comisorio, tanto por la equivalencia de sus efectos (art. 1.124, último párrafo), como por congruencia con la terminología empleada por la Ley Hipotecaria en su artículo 11.

Bien está, que de acuerdo con la configuración que ha diseñado la Resolución de 1982 para la cláusula resolutoria, que acerca su fundamento al sinalagma y, por tanto, también su conexión con la causa, el Registrador califique aquellos presupuestos que se derivan del título y documentos presentados y del propio Registro (escrituración, existencia de cargas no

declaradas *ex art.* 1.502, pago o extinción de la obligación). Pero muy distinto es que pretenda que el Registrador al igual que un Juez penetre en las causas justificadoras del impago, basadas en consideraciones o juicios de valor (equidad), que escapan a su función calificadora, y que desnaturalizarían un mecanismo diseñado perfectamente para la seguridad del tráfico inmobiliario, a cuyo fin justamente responde la misma existencia y finalidad del Registro de la Propiedad.

En este sentido se podría decir que la Dirección General de los Registros ha hecho una aplicación desajustada, a mi juicio, tanto de los artículos 11 LH y 59 RH, cuya redacción y fundamento resultan claros, a través de una doctrina unánimemente aceptada acerca de su funcionamiento, como de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Y no tiene en cuenta lo siguiente:

1.º Que la mayoría de las sentencias que han accedido a la resolución como consecuencia del pacto comisorio se refieren a supuestos de incumplimiento por parte del vendedor de sus propias obligaciones.

2.º Que también una gran parte de dichas sentencias resolvieron casos de aplicación de la facultad resolutoria *ex* 1.124 sin el refuerzo del pacto comisorio, que referida al impago del precio de inmuebles ha de complementarse necesariamente con la exigencia del requerimiento del artículo 1.504. (Es decir, en la mayoría de los casos no se trataba de pacto comisorio, sino de acción resolutoria *ex* artículo 1.124, y, por lo tanto, como hemos visto, sin el refuerzo determinante del automatismo que el pacto comisorio le añade.)

Convendría dejar claro que el artículo 1.504 se limita a establecer un requisito común a la acción *ex* 1.124 y el pacto comisorio, y que la regulación del 1.504 no debe identificarse con este pacto, como muchas veces se hace, pues a él alude solamente como un supuesto más que la norma contempla.

3.º Que el mismo Tribunal Supremo ha matizado y mitigado el significado de la tan repetida como inconsistente frase voluntad deliberadamente rebelde, *para reducirla* simplemente al mero hecho de la ineffectividad del precio y, en definitiva, a un retraso duradero y prolongado, cuando no y de una manera totalmente objetivada, al impago (sin más consideraciones valorativas), tal como hemos tenido ocasión de ver (sobre todo si se le ha dado al comprador la oportunidad de cumplir a través de un requerimiento de pago).

4.º Que existen Sentencias anteriores a 1982 que desconectan el artículo 1.504 del 1.124 y, muy concretamente, las de 3 de marzo de 1967, 22 de diciembre de 1978 y 29 de mayo de 1982, en las que, de manera terminante, se dice que una vez practicado el requerimiento, en los casos

regidos por el artículo 1.504 "se determina la resolución sin admitir aquellas aplicaciones de causas justificadas de incumplimiento".

La doctrina reaccionó con sorpresa y críticamente contra la citada Resolución de 1982 e intentó dulcificar sus efectos, señalando que *no basta cualquier oposición del comprador* sino que ha de manifestar que falta uno u otro de los presupuestos de la resolución (94) y que la falta de culpabilidad ha de probarse (95).

En efecto, el comprador que se opone al requerimiento deberá manifestar la causa del impago, sin que sean relevantes más que aquéllas, que como he anticipado, puedan ser calificadas por el Registrador, según los documentos presentados y los datos del Registro (art. 18 y 99 LH y 174, párrafo 1.º, RH) (entrega, escrituración, cargas no declaradas, acción reivindicatoria anotada, embargos anteriores, pago, novación o extinción), y sin que aquél pueda entrar a enjuiciar si ha habido o no una voluntad deliberadamente rebelde. Por el contrario, una mera oposición sin causa equivaldría a una constatación del incumplimiento o de la misma voluntad deliberadamente rebelde. Pero además, ha de probar la causa alegada, pues como el Tribunal Supremo tiene declarado la voluntad infractora del

(94) Así ROMERO GIRÓN (*ob. cit.*, pág. 386) quien añade que el requerimiento del vendedor sólo será eficaz si éste ha cumplido su obligación y así lo manifiesta y acredita en el acto, y que la oposición del comprador ha de ser congruente con la resolución del vendedor: no puede oponerse categóricamente sin expresión de causa y sólo puede manifestar para enervar la resolución el hecho del pago, su novación u otro que desvirtúe el impago.

En los mismos términos CORDERO GARRIDO (*ob. cit.*, pág. 896), quien matiza que la relación sinalagmática no produce en el comprador más obligación que la del pago del precio, hecho puro y simplemente objetivo que se compadece mal con una interpretación excesivamente amplia de la voluntad deliberadamente rebelde. Es decir, no debe tenerse en cuenta más voluntad rebelde que la relacionada con el pago y como hecho objetivo que es, se puede decir que sólo el pago es expresión de tal voluntad. Por tanto, no debe tener trascendencia otra oposición que no sea el pago, novación o compensación.

(95) Como dice ROMERO GIRÓN (*ob. cit.*, pág. 382), si el vendedor ha de probar en el requerimiento el cumplimiento de sus obligaciones, lógico es también que lo haga el comprador, para no romper el equilibrio en su favor. Y para evitar que esta prueba resulte dificultosa debería preverse en la escritura el medio de prueba [expedición por el vendedor de recibos por cada plazo, constancia del pago parcial en el Registro por nota (art. 58 RH), acta de pago parcial, etc.]. Y que no hay que olvidar que la oposición del comprador cualquiera que sean las limitaciones, tiene el breve plazo de dos días hábiles que establece el Reglamento Notarial. Concluyendo que, aunque la condición resolutoria ha perdido gran parte de su eficacia puede decirse que, en caso de que prospere la interpretación apuntada, aun resulte ventajosa frente a otras fórmulas alternativas (pág. 390).

Y CORDERO GARRIDO (*ob. cit.*, pág. 897) considera que si se establecen con medios de pago letras de cambio bastará para acreditar el impago, el protesto, lo que excluye toda oposición salvo novación o compensación que deberá acreditarse fehacientemente.

comprador viene determinada por el hecho mismo del impago, siempre que no medien causas demostradoras de que no le es reproachable la falta de prestación, lo que ha de ser *oportunamente alegado y probado*. (Sentencias de 29 abril, 18 y 28 octubre 1985 y 26 junio 1986).

Hoy habrá que tener en cuenta, además, la doctrina que se desprende de la Sentencia de 19 de junio de 1989 que distingue, aunque con escasa claridad, justo es reconocerlo, los dos ámbitos sustantivo y registral en los que se mueve (planos distintos) el pacto comisorio. El sustantivo a través del 1.504 y el adjetivo formal propio del mundo tabular a través del artículo 59 RH, y reconoce que las ordenaciones en principio pueden no coincidir en lo relativo al alcance de sus efectos (puede que se planteen discrepancias entre los efectos jurídicos derivados del mundo real o sustantivo y del mundo registral o formal), en cuyo caso no hay duda que será el mandato judicial en el que coordine esas consecuencias (96). Se trataba de declarar la nulidad de la reinscripción realizada a pesar de la oposición del comprador. No dio lugar a la misma porque había un tercero registral.

Esta sentencia a pesar de su confusa y compleja redacción, nos puede orientar en el sentido de que la inscripción de la cláusula resolutoria añade un aspecto nuevo, que no puede ser otro que un mayor rigor y automatismo, en consonancia tanto con su regulación registral concreta (art. 11 LH y 59 RH) como con la misma finalidad y objetivos que el Registro de la Propiedad persigue.

Verdaderamente, si la Dirección General de los Registros en el futuro tiene en cuenta la evolución operada por el Tribunal Supremo hacia una objetivación del impago y la exigencia de que cualquier causa justificatoria debe probarse, así como la distinción realizada por la sentencia antes referida, debería atemperar su solución en un tema crucial para la seguridad del tráfico como es el de la garantía del precio aplazado en la compra de inmuebles, ya que si persistiera en la doctrina de la Resolución de 1982,

(96) En el plano sustantivo reitera la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el 1.504 en el sentido de que, salvo un craso incumplimiento o una intencionalidad transgresora sin posibilidad restauradora, el comprador mantiene su adquisición, entendiéndose que no hay incumplimiento cuando no se alegan ni prueban circunstancias demostrativas de un irrespetuoso proceder del comprador con lo acordado y, por lo tanto, con las pautas de la buena fe. En el Derecho hipotecario, el artículo 82.2.º contempla las cancelaciones automáticas o sin consentimiento del titular, y encaja y coordina con el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, del que se desprende que se debe propiciar la viabilidad de esta cancelación en la que basta el requerimiento de pago y el impago para que funcione el automatismo.

Y que no si no coinciden ambas soluciones, la sustantiva (improcedencia de la resolución) y la hipotecaria (automatismo), hay que dar primacía a la decisión judicial (art. 1 LH).

podría originar un debilitamiento de la fuerza de la cláusula resolutoria y su desplazamiento como medio eficaz de garantía, en beneficio de otras fórmulas cuyos efectos y resultado final presentan serios inconvenientes (opción de compra o simplemente la no escrituración); a pesar de que siempre se había considerado como el más idóneo instrumento para garantizar el precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles.

Parece lógico, pues, pensar que ante tal tendencia jurisprudencial y la crítica tan fundada de los comentaristas, que han llegado incluso a considerar la posibilidad de obviar la escritura pública (97), rectifique la tesis iniciada por aquella Resolución, pues contrasta con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de sentido progresista, sobre todo en los últimos años que ha elaborado una doctrina interpretativa del pacto comisorio equilibrada y ajustada, a través de matizaciones sucesivas, no exentas de una dosis importante de autocrítica, con la que ha llegado a una elogiabile solución, en la medida que potencia el rigor y la fuerza del pacto comisorio, a la vez que respeta la equidad, que impone en ciertos casos un freno a la resolución (98).

Pero resulta alentador que la Dirección General de los Registros no haya vuelto a repetir la tan criticada tesis mantenida en Resolución de 1982. Por el contrario, en resoluciones posteriores ha destacado la fuerza y automatismo del pacto comisorio, a la vez que ensancha su campo de aplicación a los intereses, y da entrada en el Registro a la cláusula penal, si bien remite —a mi juicio **acertadamente**— la ejecución de ésta a la decisión judicial (99).

(97) Así ROMERO GIRÓN (*ob. cit.*, pág. 385) para quien podría considerarse más ventajoso para el vendedor no otorgar escritura, con lo que la posición del comprador en el documento privado sería francamente débil y precaria.

(98) El pacto comisorio produce sus efectos de manera automática, siempre que el vendedor haya cumplido sus obligaciones y el comprador haya omitido el pago de forma duradera y prolongada. Sólo ante un retardo mínimo y justificado procede el pago posterior al requerimiento.

(99) Hay que reconocer que, con posterioridad a la tan comentada Resolución 1982, la Dirección General no ha vuelto a hacer la declaración tan criticada de la exigencia de voluntad deliberadamente rebelde, ni tampoco que basta que el comprador se oponga para paralizar la reinscripción.

En las de 3 y 4 de diciembre de 1986 y en la de 24 de marzo de 1987 afirma que el 1.504 posibilita la resolución automática por impago del precio, automatismo que sólo queda justificado por la frustración del fin básico perseguido, por la quiebra del equilibrio fundamental, pero no cuando el propósito determinante del negocio queda consumado, aunque no sus consecuencias accesorias (se trataba de extender el pacto comisorio al ITE).

En las de 16 y 17 de septiembre de 1987 y 19 de enero de 1988 reproduce solamente el considerando de la Resolución 1982 referido a la exigencia de que el vendedor haya cumplido sus obligaciones "como podría ser la **consignación**", en su caso, sin que quepa

3. *Ensayo de un esquema que ofrezca un criterio más seguro para la aplicación de la cláusula resolutoria.*

Hemos visto cómo el pacto comisorio reforzaba la facultad resolutoria genérica en un doble campo: en el de los efectos y en el de su automatismo, pero que en el sinalagma funcional en el que se integra y del que no puede desconectarse impedía que dicho automatismo fuese absoluto y sin frenos.

Analiqué su incidencia en relación con la aplicación del artículo 1.502, con la correlativa obligación por parte del vendedor y, por último, con la obligación de pago del comprador. Y he mantenido que solamente a éste último aspecto afecta de modo natural el reforzamiento del pacto comisorio, y que de acuerdo con la jurisprudencia más evolucionada sólo un retraso duradero y prolongado provocará la resolución, quedando como único reducto que relativiza la eficacia y automatismo del pacto comisorio el del simple retraso sin importancia, cuya determinación exige una valoración por los tribunales acerca de si justifica o no la paralización del efecto resolutorio.

Y llegado a este punto cabe plantear las siguientes cuestiones:

a) ¿Se puede entender que el pacto comisorio, si así se estipula expresamente, puede reforzar la facultad resolutoria en el sentido de que el hecho objetivo del impago sin más, desencadena la resolución?

disminuir nada en base a una cláusula penal, cuando pueda tener lugar la corrección judicial del 1.154 del Código Civil.

En Resolución de 4 de febrero de 1988 exige la consignación total incluso cuando el comprador se da por reintegrado, cuando el bien ha sido gravado con posterioridad, pues debe hacerse en favor de todos los titulares implicados. Y afirma que la resolución como acto unilateral está sujeta en los requisitos (la consignación), forma (acta notaria) y efectos, a un régimen rígido. Y que su automatismo y extrajudicialidad no puede predicarse totalmente de las consecuencias accesorias estipuladas como es la efectividad de la cláusula penal, sujeta a corrección por los tribunales (art. 1.154 CC).

La Resolución de 5 de febrero de 1990, a pesar de la rigidez con que la Dirección General interpreta el pacto comisorio, admite su extensión a los intereses del precio aplazado, pues el negocio es único, y que el 1.504 puede aplicarse a figuras afines, expresamente (art. 1.541 CC), o por analogía (art. 4.1.º CC), y afirma su licitud cuando se trata de evitar la quiebra del equilibrio patrimonial, dentro de los límites legales. En esta Resolución se vuelve a exigir la consignación global, aunque el comprador se dé por satisfecho, cuando existen cargas posteriores o los bienes han pasado a un *tercer adquirente* (pues sus derechos pasan, después de la resolución, a las cantidades devueltas, por subrogación real u objetiva). Y se admite claramente la inscripción de la cláusula penal pues la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional de cada una de las estipulaciones.

Como se puede deducir claramente, la doctrina de la Dirección General de los Registros posterior a 1982 resulta más ajustada, y responde al esquema que sobre el pacto comisorio se ha diseñado en este trabajo, pues destaca su fuerza y automatismo, a la vez que introduce la corrección judicial allí donde verdaderamente procede, que es en la ejecución de la cláusula penal.

Ya hemos visto que la tendencia del Tribunal Supremo es favorable a potenciar la objetivación del impago, y su última doctrina puede condensarse, como ya hemos visto anteriormente, en la conclusión de que sólo un retraso sin importancia (es decir, que no suponga una prolongada inactividad por el comprador) podría frenar la resolución, y que desde el año 1985 solamente tres sentencias referidas a supuestos de incumplimiento puro del comprador consideraron que el retraso era justificado.

Por lo tanto el último reducto para alcanzar la objetivación máxima está en *este último campo del retraso justificado*.

¿Puede el pacto comisorio eliminar este último y residual margen de valoración, y, por tanto, de arbitrio judicial mediante una total objetivación del impago?

La contestación a esta pregunta nos conduce al análisis del término esencial y su encaje o funcionamiento en el ámbito del artículo 1.504 CC.

Es claro que el plazo puede ser esencial para el vendedor. Basta pensar sencillamente en el supuesto de que alguien venda su vivienda, por ejemplo, para poder comprar otra en distinto lugar, haciendo coincidir los plazos, de manera que pueda cumplir él a su vez como comprador. En este caso para el vendedor el término es esencial, pues si le falla su comprador, él mismo puede verse afectado por el pacto comisorio de la compra paralela que ha realizado. Y las partes en principio pueden acordar la esencialidad del término según las circunstancias, conforme a los artículos 1.255 y 1.100.1 y 2 CC.

Estaríamos ante un caso de término esencial relativo pues siendo posible todavía la prestación, no permite alcanzar el fin que se perseguía, por lo que el acreedor podrá todavía si quiere reclamar el cumplimiento retrasado, lo que exigirá una comunicación al deudor si por el contrario quiere resolver (100).

Sin embargo, esta solución que, con carácter general, no plantea problemas, en el caso del pacto comisorio choca con la norma del artículo 1.504, cuando dispone que el comprador podrá pagar aún después de expirado el término *interin* no haya sido requerido.

De donde se deduce que este precepto *excluye la esencialidad* convenida para el período comprendido entre la fecha señalada para el pago y el requerimiento (101).

(100) En este sentido, DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, pág. 523.

(101) Como señaló JORDANO BAREA (*ob. cit.*, pág. 309) el legislador excluye en este caso la resolución del contrato prescindiendo de valoraciones subjetivas, por considerar objetivamente que existe un incumplimiento de escasa importancia.

Pero debe plantearse entonces si la norma citada es de orden público y, por tanto, inderogable o si, por el contrario, cabe un pacto que excluya el requerimiento y en cuya virtud la resolución se produzca automáticamente ante el impago y sin más trámite.

A pesar de que GARCÍA GOYENA había razonado que puesto que el artículo 1.433 del Proyecto de 1851 era una consecuencia de la norma establecida para la mora, y que, por lo tanto, se podría deducir que en virtud de pacto *dies interpellat*, sin embargo, la doctrina es prácticamente unánime en el rechazo al pacto que elimine el requerimiento del 1.504 (102). Y contra esto no cabe a mi juicio alegar la moderna tendencia que considera, frente a la clásica teoría de la responsabilidad por culpa, que el deudor incurre en responsabilidad contractual cuando deja de cumplir lo que le es debido, y aunque se pretenda apoyar esta corriente en su mayor encaje en la realidad social actual (mercantilizada y de ritmo rápido) y en la propia esencia de la deuda pecuniaria (103).

En efecto, los enormes cambios sociales operados distancian el esquema del Código Civil (pensado para una sociedad artesanal y agraria, de intercambio de cosas específicas y prestaciones de dinero y a ritmo lento) de la realidad actual en la que predomina el principio mercantilista de la seguridad del tráfico, el ritmo rápido y, en definitiva, la mercantilización de la actividad negocial, en cuyo ámbito no hay términos de gracia (art. 61

(102) Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 79 y ss.), quien se basa en el tenor literal del precepto y su distinta función respecto al equivalente francés pues en el 1.504 se pretende limitar la autonomía de la voluntad, mientras que en Francia se pretendía reforzarla. También GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 434) señala que, en Francia, se admite que el artículo paralelo al 1.504 no es de orden público, y que entre nosotros suele invocarse la ya citada Sentencia de 10 de diciembre de 1910, pero dicha doctrina aparece rechazada en Sentencia de 16 de octubre de 1971, y sostiene que las *voluntas legislatoris* de que el pacto comisorio carece de efectos automáticos es clara.

Y BADENES que nuestros comentaristas no admiten un pacto en tal sentido y cita a MANRESA para quien el requerimiento se funda en razones de orden público: provocar la firmeza y seguridad de los contratos y también a SCAEVOLA. Y ROCA SASTRE (*ob. cit.*, pág. 763) que sencillamente considera nulo el pacto eliminatorio del requerimiento.

(103) Así P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 427) señala que por lo que se refiere a la mora parece que hay un cierto contrasentido entre afirmar que debe mediar culpa y que la prueba corre a cargo del deudor (al acreedor le basta acreditar su crédito y el requerimiento en su caso), pues ello responde a un sistema que considera que la obligación ha de cumplirse debidamente precisamente porque es ya de por sí lo debido.

Y Díez Pícazo, *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 701, refiriéndose a las obligaciones pecuniarias, señala que la responsabilidad por incumplimiento funciona de una manera objetiva. El deudor de dinero aunque se encuentre en lo que se ha llamado situación de impotencia financiera no queda eximido de su obligación, pues aquella es irrelevante en cuanto a su responsabilidad, que en la práctica es objetiva. El incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas permite al acreedor el ejercicio de la acción resolutoria ex artículo 1.504, pues las razones por las que el deudor no paga y su posible culpa no son tomadas en consideración.

CCom), ni exigencia del requerimiento a efectos de la mora para las obligaciones con plazo (art. 63 CCom).

Pero a pesar de ello, y reconociendo el peso que pudieran tener estas consideraciones, no son suficientes a mi juicio para apoyar en ellas la validez de dicho pacto (104).

Basta ponderar la importancia que sigue teniendo normalmente, la adquisición de bienes inmuebles, sobre todo de viviendas (105), y los principios básicos que informan la contratación que son la buena fe y el equilibrio de las prestaciones; y recordar el origen del artículo 1.504, que supuso un corte con el Derecho tradicional en el que el pacto comisorio operaba con mayor rigor y automatismo, y también el fundamento de dicho precepto tantas veces señalado por el Tribunal Supremo, cual es el dar firmeza y seguridad a las transacciones, que no ha perdido su vigencia pese a los cambios sociales antes referidos, para concluir que un pacto de tal naturaleza desvirtuaría lo que el legislador pretende.

A mi juicio, la norma del 1.504 es clara y contundente, tiene carácter imperativo, y priva de automatismo al pacto comisorio en el sentido de que necesita previo requerimiento para que la resolución se produzca, incluso frente a la norma del artículo 1.100.1.º CC, pues, como he anticipado, se funda en razones de orden público cuales son la de provocar la firmeza y seguridad de los contratos.

b) Ahora bien, ¿cabe posponer la esencialidad del término a un momento posterior al requerimiento? o, lo que es lo mismo, ¿cabe pactar, excluyendo toda valoración de excusas del comprador, que una vez requerido, se tenga en cuenta la esencialidad del término, y se objective el impago de modo que no se puede tomar en consideración el retraso justificado para frenar la resolución?

A mi juicio la esencialidad del término posterior al requerimiento se deduce del mismo artículo 1.504, cuando impide al juez conceder nuevo plazo. Por lo tanto sin necesidad de un pacto añadido al comisorio la cláusula resolutoria por sí, impide el pago después del requerimiento.

¿Significa ello una total objetivación del impago y la inadmisión del

(104) Ver en este sentido las interesantes reflexiones de Díez PICAZO en *Fundamentos...*, cit., pág. 695.

(105) R. GARCÍA (ob. cit., pág. 10) dice que la ausencia de automatismo del pacto comisorio se debe a que en estas cuestiones sería muy duro que el vendedor recuperara sin más la vivienda y obtuviera todo el precio o parte del mismo. Así la equidad saldría muy mal parada en estos casos. De aquí que veamos como muchas sentencias del Tribunal Supremo hacen incluso alusiones al problema de la usura, por eso está por medio una especie de equidad defensiva de los intereses del comprador, en virtud de un juicio que han de hacer los tribunales.

retardo justificado que paraliza la resolución, en contra de lo mantenido por el Tribunal Supremo?

Para contestar a esta interrogante hay que analizar brevemente de qué manera *opera el principio de la autonomía de la voluntad* especialmente en el campo de los contratos que generan obligaciones recíprocas, así como el problema de sus límites.

Las consideraciones antes realizadas sobre los cambios sociales operados y cierta tendencia a objetivar la responsabilidad contractual, sobre todo por deudas pecuniarias, no debe hacernos perder de vista la especialidad del caso que estamos analizando y, en general, la tendencia, por otra parte contraria, que pretende contrarrestar la fuerza de la primera con el fin de evitar abusos que pudieran derivarse de una excesiva potenciación de la autonomía de voluntad dentro del marco de libertad de mercado y de la iniciativa privada como motor básico de la economía. Conviene tener en cuenta que los bienes inmuebles y, sobre todo, las viviendas que, pese a su progresiva mercantilización y negociabilidad (separación o desconexión del ámbito psicológico afectivo del titular, pérdida de su carácter de vehículo de unión familiar o enraizamiento a un lugar, ventas en masa efectuadas por empresas constructoras que imponen condiciones y para las cuales el inmueble es una mercancía), siguen siendo vitales para el comprador, pues muchas veces la compra de un inmueble será la única adquisición de bienes de esta naturaleza que haga en su vida. Por lo que no se pueden aceptar sin más las reglas jurídicas adecuadas al mundo del cambio continuado de cosas desechables y de los grandes avances técnicos, que remiten a una responsabilidad objetivada incluso en el ámbito contractual (106).

Por el contrario, se impone una interpretación potenciadora de la humanización de las relaciones jurídicas en este ámbito, que el Tribunal Supremo ha realizado con una prudencia y exquisitez encomiables sobre la base que le brindó el mismo artículo 1.255 al establecer como excepción a la autonomía de la voluntad el orden público, concepto que permite

(106) Como ha señalado el profesor DE CASTRO (*Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 987 y ss.) coinciden de un lado una serie de corrientes de la doctrina jurídica y de la ideología política, admitidas por poderosos grupos de intereses que rechazan cualquier limitación de la autonomía. La visión económica del mundo propia de la sociedad opulenta vuelve a los dogmas del viejo liberalismo y se aplica para ello la ciencia económica, postulando la total subordinación del orden jurídico al económico. De donde se deducirá el carácter absoluto del principio *pacta sunt servanda*. Y en dirección radicalmente contraria se piensa que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos, conforme a su misma naturaleza. Y así se viene defendiendo por muchos autores, se manifiesta en sentencias y se refleja en varias leyes recientes. Los jueces y los juristas no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento de un contrato, cualquiera que sea su contenido.

interpretar las leyes según la época y las corrientes sociales del momento y, con ello, prevenir y corregir abusos.

Bien es cierto que el Código Civil en el ámbito del contrato de compraventa se muestra favorable al reforzamiento de la facultad resolutoria, lo que pudiera deducirse de toda una serie de normas protectoras de la posición del vendedor (arts. 1.476 y 1.477, que permiten la renuncia al saneamiento por evicción si no hay mala fe; art. 1.502, inciso final; arts. 1.503 y 1.505, que contemplan supuestos especiales de resolución en favor del vendedor) (107).

De todos estos preceptos se deduce una especial protección del vendedor, lo que, por otra parte, es lógico, pues se desprende de la cosa con riesgo de perderla, y el precio, también. Y en consecuencia cabría, en base al criterio o principio que de los mismos se induce, defender que el reforzamiento de la facultad resolutoria, que el pacto comisorio supone, merece el aval y protección del legislador, pues tiene su raíz no ya en la autonomía de la voluntad, sino en la misma esencia de las obligaciones recíprocas (sinalagma funcional) que exige que la obligación cumplida del vendedor tenga la contrapartida de la obligación garantizada plenamente del comprador, y más si se tiene en cuenta que la de éste es pecuniaria y, por tanto, más fácil de eludir y en definitiva de incumplir.

Es interesante en este sentido la reflexión que hace el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de febrero de 1991. Se había alegado infracción del artículo 10.1.c) de la Ley para la defensa de los consumidores y abuso de derecho por la vendedora. El Tribunal Supremo afirma que el ejercicio de la acción resolutoria no puede tildarse de antisocial y las normas de la Ley de 19 de julio de 1984 que consideran excluidas la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato salvan las prescripciones especiales de los artículos 1.124 y 1.504, pues no los derogan, y que, conjuntamente, proyectan un estatuto privilegiado para el vendedor de bienes inmuebles, cuyo desconocimiento supondría no ya una dislocación del tráfico inmobiliario cuando el vendedor ha cumplido sus obligaciones, sino un patente de incumplimiento de las suyas, tan elementales como el

(107) Es interesante también el Decreto de 22 de diciembre de 1990 de la Junta de Andalucía que establece el régimen de venta de viviendas de promoción pública y dicta normas que regulan la situación de impago. Así el artículo 8 dice "será considerada como condición resolutoria expresa del contrato de compraventa la falta de pago de cualquiera de las cantidades aplazadas" y ello aunque no se pacte, lo que supone la introducción de los efectos del pacto comisorio por vía legal. Y en el artículo 7.3 establece que "en caso de resolución, las obras autorizadas que supongan mejoras y las instalaciones fijas y permanentes incorporadas, quedarán en beneficio de finca, sin que el adjudicatario tenga derecho de indemnización alguna por tal concepto.

pago del precio por el comprador, acarreado *una clara infracción* de los artículos 38, 128 y 139 de la Constitución, a cuyo marco económico ha de ajustarse la aplicación de la Ley especial de 19 de julio de 1984 según impone el artículo 1.2 y el trascendente principio de la seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la misma Constitución.

Pero a pesar de todo ello no debemos ir más allá y traspasar los límites de lo que debe ser una equilibrada protección del vendedor, evitando que el ejercicio por su parte de la facultad resolutoria no suponga un uso excesivo de la misma, pues hay que recordar que al lado de aquellos preceptos protectores de la posición del vendedor existen otros que establecen medios de defensa o protección del comprador y que constituyen otros tantos resortes equilibradores de su posición frente a la que podría derivarse de aquellos otros favorables al vendedor. Así, los artículos 1.469, 1.470 y 1.471 del Código Civil (que facultan al comprador, en determinados supuestos, para resolver el contrato, tanto si resultó menor la cabida o calidad como mayor la cabida), artículo 1.476 (que sanciona con la nulidad el pacto eximiendo al vendedor de evicción si hay mala fe), artículo 1.479 (que permite al comprador rescindir el contrato si perdiera por evicción una parte importante de la cosa), artículo 1.483 (que le faculta para resolver la venta si la finca estuviera gravada sin mencionarlo la escritura, con carga o servidumbre no aparente), artículos 1.484-1.485 (relativas a vicios ocultos) y 1.502, ya analizado (que permite al comprador suspender el pago del precio).

Y al llegar a este punto conviene tener en cuenta que los límites de la autonomía de la voluntad que se derivan del concepto de orden público como referido a directivas que en este momento informan las instituciones jurídicas y orientan la interpretación rechazan apoyo jurídico a un resultado que repugne al buen sentido de lo equitativo y decente. (El intérprete y el Juez se encuentran de esta manera autorizados para negar amparo a situaciones contrarias a los criterios de la moral o de la justicia) (108).

Y no hay que olvidar que, como sostiene, avanzando un paso más, un sector importante de la doctrina, los límites no sólo proceden de las normas imperativas, sino que existen normas dispositivas que no son meramente supletorias, sino consecuencia natural o típica de cada clase de contrato y responden a lo que se ha estimado normal de acuerdo con el buen sentido y equidad respecto a la debida equivalencia de prestaciones, de tal modo que los pactos que se desvíen del modelo legal habrán de tener adecuada justificación, y no la tendrán cuando supongan un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones, en daño para una parte, que no

(108) En este sentido el profesor DE CASTRO: *ob. cit.*, pág. 1.037.

puede compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato (109).

Y como hemos visto ya, el modelo legalmente diseñado para la compraventa contiene una serie de mecanismos, unos para proteger al vendedor y otros al comprador, que equilibran la posición de ambas partes contratantes, equilibrio que constituye el eje de los contratos que generan obligaciones recíprocas, y en especial de la compraventa, y que exige moverse con mucha cautela a la hora de reforzar la posición de una de las partes, con el consiguiente debilitamiento de la otra, y rechazar aquel reforzamiento que lleve a resultados desproporcionados, como serán los derivados de una drástica resolución sin ningún tipo de consideraciones que pudieran justificar el impago cuando no se le dé al comprador por lo menos la posibilidad de obviar o corregir un error o descuido, ofreciéndole, como veremos, con la intimación o requerimiento la justa oportunidad para ello.

Por tanto, y en base a lo anteriormente dicho, entiendo que una resolución ejercitada con virtud de un pacto comisorio reforzado en el que se establezca la resolución inapelable en todo caso cuando se produzca el impago, con las graves consecuencias que implica, sin dar margen a que la contraparte pueda cumplir, podría suponer un *ejercicio abusivo del derecho* y una vulneración de los principios básicos, de la buena fe y equidad que deben presidir la contratación y su ejecución.

A esta solución podría objetarse que el deudor sabe que tiene que pagar y debe estar prevenido (un mínimo de diligencia le exige estar pendiente de los vencimientos). Pero en la realidad las cosas no ocurren así. En una época de ritmo vertiginoso de vida, múltiples ocupaciones, etc., están perfectamente justificados tanto un mínimo olvido sin trascendencia como un simple error informático bancario que origine una devolución (110) o, sencillamente, la mera confianza en la amistad o en lo que ha sido conducta normal del vendedor. Todo lo cual nos permite concluir que un pacto de resolución inapelable repugna a los principios de buena fe y equidad e, incluso, al buen sentido (111).

(109) Así el profesor DE CASTRO: *ob. cit.*, págs. 1.037 y ss.

(110) En este sentido Sentencia de 14 de febrero de 1991, que no admitió la resolución porque se había producido un error en el número de cuenta en la que se habían domiciliado las letras. A pesar de que se había alegado que en el momento del impago no existía saldo suficiente, pues ello sólo debe tenerse en cuenta si el proceso de presentación y cobro hubiera sido correcto; y que el comprador no podía desconocer la anomalía de que no se le cargasen las letras, pues era empleado de banca de profesión; y que dejó de pagar plazos del préstamo hipotecario en el que se subrogó, pues ello supone que el comprador se convierte en deudor directo de la entidad acreedora.

(111) Basta pensar en un comprador de vivienda que por causa irrelevante (como las antes citadas de olvido o error) se vea privado de un bien para cuya adquisición tuvo probablemente que invertir todos sus ahorros, incluso a pesar de haber pagado los

c) Pero si en lugar de considerar que el requerimiento del artículo 1.504 es una mera notificación de resolución, se aceptara que se trata de un requerimiento de pago o simplemente que se pueda pactar que antes de proceder a la resolución exista un previo requerimiento de pago que permita al comprador tomar conciencia de las consecuencias de su incumplimiento, ¿podría entonces sostenerse que el impago como hecho objetivo excluye en este caso toda valoración sobre su carácter justificado?

A mi juicio, ya se establezca especialmente en el pacto, como suele hacerse gracias a la prudencia que inspira la actuación notarial, el requerimiento previo de pago seguido de notificación de resolución, o ya se entienda, como demostraremos, que el requerimiento del artículo 1.504 es un requerimiento de pago, en ambos casos podría defenderse, teniendo en cuenta que el comprador ya no puede escudarse en una resolución sorpresiva (sino que por el contrario se le ha dado una última opción equitativa para corregir su infracción), que la protección del comprador no debe llegar más allá y el deber de cumplir la prestación se impone rigurosamente, pues en principio no parece que exista razón alguna de equidad que pueda justificar el impago en tal caso.

Y así se desprende de las Sentencias ya analizadas de 18 de mayo y 30 de septiembre de 1987, 8 de febrero de 1988 y 26 de noviembre de 1990, en las que el Tribunal Supremo aplicó el rigor del artículo 1.504 sin más matizaciones; pero en todas ellas se habían efectuado previos requerimientos de pago, dándole al comprador plazos prudenciales para corregir su incumplimiento.

III. EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504

Sólo me queda ya, por último, para completar este ensayo para alcanzar la máxima objetivación del impago y, por tanto, la mayor eficacia de la cláusula resolutoria, sin herir la equidad, estudiar si es posible considerar el requerimiento del artículo 1.504 como un requerimiento de pago con el que se pretende constituir en mora al comprador, sin que se necesite pactarlo previamente.

demás plazos puntualmente, mediante una notificación resolutoria sin apelación, y sin dar margen u opción al cumplimiento.

En nuestro Derecho impide admitir este pacto la pauta humanizadora de las relaciones contractuales que la misma Constitución impone (art. 51) y también el Código Civil en sus artículos 3, 7, 1.255 y 1.258, y Leyes especiales protectoras de la parte débil, normativa que potencia la buena fe, la equidad y el justo equilibrio de las prestaciones.

Y sin que altere lo anterior el reforzamiento que del pacto comisorio hace la Sentencia de 4 de febrero de 1991, antes comentada.

Conviene remontarse al origen del artículo 1.504, que, como sabemos, está en el artículo 1.656 del Código de Napoleón, del cual pasó al Proyecto de 1851 y luego, con una pequeña variante de redacción, al actual Código Civil.

El artículo 1.433 del proyecto de 1851 decía: "Aunque en la venta de bienes inmuebles se hubiera 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 este último ha sido hecho, el Juez no podrá concederle nuevo término."

GARCÍA GOYENA (112) afirmó que era una simple aplicación del principio establecido para la mora de exigir intimación y que 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 (equivalente al actual 1.100) y lo aplicamos al caso de este artículo.

Y la doctrina así lo vino entendiendo hasta que MANRESA, con argumentación que ha tenido fortuna, sostuvo lo siguiente: después de preguntarse para qué o a qué se refería el requerimiento y de si se trataba de un requerimiento de pago, contestó que aunque la lectura del artículo 1.504 deja esa impresión, inmediatamente surge la consideración de lo anómalo y paradójico que resulta requerir de pago a una persona para impedirle que pague y fundar en ese requerimiento una eficaz negativa de aceptación del precio, lo que supone que se trata de un requerimiento no de pago o para pago, sino de una notificación de que el vendedor opta por la resolución.

A partir de entonces la doctrina aceptó sin más discusión la tesis del requerimiento notificación (113). Y también el Tribunal Supremo (114).

(112) Concordancias, pág. 759.

(113) Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, págs. 69 y ss.) quien señala que la antigua doctrina francesa veía en la *somation* del 1.656 del *Codex* un requerimiento de pago y cita a TROPLOG para quien este precepto permite al comprador purgar su mora, pero ya no podrá pagar después de un requerimiento al que ha desobedecido; y, más claramente, COLMET DE SANTERRE, llegando esta doctrina hasta PLANIOR y RIPERT, para quienes se trata de un requerimiento de pago que constituye al deudor en mora.

Y señala que es precisamente de Francia de donde procede la teoría de la notificación citando a BAUDRY-LACANTINERIE y SAIGNAT. Y que en la doctrina italiana no puede presentarse duda alguna: se trata de una notificación del acreedor al deudor.

En el mismo sentido ROCA (*ob. cit.*, págs. 760 y 761), MULLERAT (*ob. cit.*, pág. 504 y 505), GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, pág. 431), CAMY (*ob. cit.*, pág. 726). Este autor, de una manera clara y contundente sostiene que la comunicación del vendedor no puede recoger manifestación alguna del comunicado. No se le pregunta al comprador por qué no ha pagado. No se le conmina a que pague. No se le pide nada, sino únicamente se le notifica una decisión para que no se oponga. Y si el comprador podría oponer algu-

La aceptación de esta tesis nos lleva a las siguientes consecuencias: a) Que una vez notificada la resolución el comprador no puede pagar salvo que el vendedor le admita el pago (S. 13 diciembre 1990) o le conceda un nuevo plazo (SS. 10 octubre 1987 y 15 diciembre 1989); b) Si el requirente se limita a reclamar el pago no se produce el efecto resolutorio, y c) Si elige la resolución no puede arrepentirse y exigir luego el cumplimiento.

Para un análisis más claro del problema conviene, sin embargo, distinguir aquí dos aspectos diferentes: 1) El de la intimación para la mora y si es necesaria o no en el caso del artículo 1.504 para resolver el contrato (115); 2) Y la notificación de resolución, que en principio nada tiene que ver con la mora, pues es, sencillamente, la declaración de ejercitar la facultad resolutoria.

Hecha esta aclaración, cabe plantear las siguientes posibilidades:

1) Entender el requerimiento del artículo 1.504 como notificación que excluye y sustituye a la intimación del artículo 1.100, *la cual ni siquiera por pacto podría añadirse a la cláusula resolutoria*. Esta interpretación resulta incongruente con el sistema establecido para la mora en dicho precepto y, a pesar de que fue defendida por algún autor, ha de considerarse como rechazable, puesto que hoy el pacto añadido de requerimiento de pago, previo a la notificación, es admitido por la generalidad de la

na excepción debió ejercitarla ante el tribunal oportunamente o hacerlo ahora, con efectos distintos según las operaciones registrales practicadas en el instante en que se pida la anotación de su demanda. También BALERÍOLA (*ob. cit.*, pág. 312) y R. GARCÍA (pág. 66).

(114) Así, Sentencias de 17 de octubre de 1978, 21 de febrero de 1986, 12 de junio de 1989 y 19 de junio de 1989.

El Tribunal Supremo llegó incluso a rechazar la resolución basándose en que no estaba claro que de la notificación se desprendiera que era de resolución (así, Sentencia de 30 mayo 1942, en la que se había solicitado requerimiento judicial y se citaba el 1.504, pero del texto de la cédula a través de la cual se había practicado no resultó clara la voluntad de resolver: se decía que en el acto se satisficiera el precio no pagado con el apercibimiento legal correspondiente).

Y en Sentencia de 9 de mayo de 1990 el Tribunal Supremo consideró no apto para resolver el contrato el requerimiento en acto conciliatorio en el que se decía que en caso de impago el requirente instará la resolución. Pues no ha de darse oportunidad alguna al pago y se ha de conminar al comprador a que se allane a resolver sin previo requerimiento de pago. Pero la *ratio* de la sentencia fue el incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones.

(115) Como señala P. BRUTAU (*ob. cit.*, pág. 426) no basta que del contenido de la relación obligatoria resulte que está vencida la obligación y que es exigible, sino que realmente debe ser exigida para que el acreedor pueda hacer efectivos sus derechos. CASTÁN (*ob. cit.*, pág. 150).

doctrina, que considera la moratoria que dicho pacto implica como racional, moral y humana (116).

La mayoría considera normal que se pacte el requerimiento previo anterior al de resolución, pues el artículo 1.504 no prohíbe esta modalidad y sólo impide al Juez que sea él quien conceda un nuevo plazo (117).

2) Entender que el artículo 1.504 se refiere a *notificación* de resolución, pero sin excluir la intimación exigida por el artículo 1.100 del Código Civil. En tal caso el requerimiento del artículo 1.504 no sería una intimación para la mora, pero tampoco la excluiría, con lo que se coordinaría con lo dispuesto en aquel precepto cuando establece la obligatoriedad de la intimación. Y sin que sea de aplicación el último párrafo del artículo 1.100 relativo a las obligaciones recíprocas, pues no se trata en este caso de obligaciones de cumplimiento simultáneo por lo que rige el sistema normal de la mora (118). De este modo, además de la notificación 1.504 sería necesario el requerimiento para la mora como un requisito más. O lo que es lo mismo, el artículo 1.504 no sería una excepción del artículo 1.100, sino complemento del mismo. No basta la intimación, pero tampoco basta la notificación; ambas son necesarias para ejercitar la resolución. La primera, por exigencia del artículo 1.100, y la segunda, por el artículo 1.504.

Esta tesis nos llevaría a una solución equivalente a la que voy a sostener en este trabajo. Lo que sucede es que, así interpretado, cabría entender, sin embargo, que el reforzamiento del pacto comisorio supone la elevación del plazo a término esencial, y por ende, pactado el mismo, el vendedor quedaría eximido de la intimación para que el deudor incurriese en mora por aplicación del artículo 1.100.2.º, en cuyo caso bastaría para que se

(116) Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 75) sostiene que es perfectamente válido que bien espontáneamente en el requerimiento, bien sea en virtud de pacto contenido en la escritura, el vendedor conceda un plazo superior al de los dos días que en todo caso tiene con arreglo al Reglamento Notarial, 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. También M. SARRION (*RDP*, 1964, págs. 183 y ss.). Y ROCA afirma que ni el 1.504 del Código Civil ni el 59 del Reglamento Hipotecario impiden que se emplee a la vez una notificación-requerimiento, en la que se conmine al comprador por haber optado por la resolución a menos que haga efectivo el precio dentro del plazo que señale el vendedor.

No hay nada que se oponga a ello. No es que el vendedor se haya obligado a dar un nuevo plazo, sino que puede darlo bajo la conminación de que su transcurso con impago provocará automáticamente la resolución.

(117) Así ROCA SASTRE (*ob. cit.*, pág. 761) para quien dicha moratoria se efectuará no sólo procediendo así el vendedor cuando llegue el caso, sino pactándola *ab-initio* en el propio pacto comisorio.

(118) DIEZ PICAZO: *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 679.

produzca la resolución con el impago seguido de notificación resolutoria (119).

Así entendido, el requerimiento del artículo 1.504 nada tiene que ver con la mora y es simplemente una declaración de voluntad de resolver, necesaria para la ejecución de la facultad resolutoria (120), requerimiento éste que ya se entienda como mera notificación o como propio requerimiento, como hemos visto, no podrá eliminarse por pacto, pues se trata de una norma de orden público (121).

Si no se admitiese que el pacto comisorio implica la excepción a la intimación, prevista en el artículo 1.200.2.º, entraría en juego la regla general de la mora y, por tanto, debería exigirse el requerimiento previo de pago, salvo pacto expreso añadido al comisorio que lo excluya al amparo del artículo 1.100.1.º

Sin embargo, no se debe olvidar que al acreedor vendedor le puede interesar el pacto expreso de requerimiento o intimación al margen de la notificación para hacer derivar de él las consecuencias de la mora, distintas de la resolución (resarcimiento de daños, responsabilidad por riesgos en caso fortuito); si bien la intimación no tendría eficacia resolutoria, que dependería en todo caso de la notificación del artículo 1.504 del Código Civil.

Pero con esta interpretación cabe la exclusión de la intimación en base al artículo 1.100.1.º del Código Civil.

3) Entender que el requerimiento del artículo 1.504 es sencillamente *un requerimiento de pago y una intimación para la mora*, la cual no podrá excluirse al amparo del artículo 1.100.1.º, pues precisamente el artículo 1.504 trata de abortar dicho pacto y tiene, como hemos visto anteriormente, una clara consideración de principio básico y de orden público (122).

Esta tesis es, a mi juicio, la más razonable y tiene a su favor los siguientes argumentos:

(119) Pues si bien es cierto que no cabe pacto en contra del artículo 1.504 del Código Civil, en este caso el pacto sería el previsto en el artículo 1.100.2.º, es decir, referido a la intimación para la mora, y distinto, por tanto, del pacto contrario al 1.504.

(120) ALVAREZ VIGARAY (*ob. cit.*, pág. 96) citando a GASCA dice que la condición resolutoria expresa es siempre estipulada para el caso de simple mora del obligado. No hace falta que el incumplimiento sea demostrado, pues no es el retraso lo que las partes han tenido a la vista al pactar la cláusula. Pero aclara que el deudor moroso puede purgar la mora —según prevalece en la doctrina italiana— en tanto el acreedor no le notifique su voluntad de resolver.

(121) Lo que se discute y pone en duda es si el comprador puede una vez efectuado el requerimiento, realizar el pago y en su solución influir que se configure como notificación o como requerimiento de pago.

(122) Ver páginas 65 y 66.

1.º La interpretación literal del artículo 1.504, cuya terminología es clara, habla justamente de "requerimiento". Y el concepto requerimiento tiene un significado muy concreto desde el punto de vista notarial, desde el que se configura técnicamente como la comunicación de alguna petición frente a la notificación que es una comunicación escueta (123). Además, la proximidad del verbo "pagar" a la palabra "requerimiento" sugiere la idea de que se trata de un requerimiento de pago, y así empezó siendo interpretado (124).

2.º Desde el punto de vista sistemático, es la interpretación que mejor encaja en nuestro sistema, y concretamente con el artículo 1.100 del Código Civil, pues ya GARCÍA GOYENA al justificar el artículo 1.433 (actual 1.504) del proyecto de 1851 señaló que se había abandonado el principio *dies interpellat* para seguir el general establecido por la mora.

El artículo 1.100 del Código Civil establece un principio básico cual es el de la intimación para constituir en mora, salvo que en la obligación se diga lo contrario (ya hemos visto cómo del pacto comisorio no puede deducirse dicha excepción). Por el contrario, el artículo 1.504 excepciona el artículo 1.100.1.º en el sentido de que no se puede eliminar por pacto la intimación. Y como he detectado repetidas veces, la norma del artículo 1.504 es de orden público; y sin que sea de aplicación el artículo 1.100, último párrafo, aunque se trate de obligaciones recíprocas, tanto porque al no ser de cumplimiento simultáneo dicho precepto no tendría encaje (125), como porque en todo caso prevalecería la norma imperativa del artículo 1.504.

(123) Por eso para salvar este escollo señaló MANRESA que más bien que una notificación se podría hablar de un requerimiento al comprador para que se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculos.

(124) Así RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 70). Por su parte ROCA SASTRE señala que en la práctica notarial no es tan nítida la distinción entre notificar y requerir, pero que técnicamente las diferencias son evidentes, y en este sentido discriminatorio se produce el vigente Reglamento Notarial.

(125) DÍEZ PICAZO (*Fundamentos...*, *cit.*, pág. 679), dice que cuando el primer obligado haya efectuado su prestación y vence y no se cumple en su momento la segunda, en este caso la mora del segundo obligado exige el requerimiento normal. Y que el artículo 1.124 no hace referencia a la constitución en mora; cuando el legislador ha querido que proceda un requerimiento lo ha impuesto de manera expresa, como ocurre en el 1.504 (pág. 400).

Señala también que en la práctica jurisprudencial todas las hipótesis de acertada exclusión de la resolución eran casos en que no había constitución en mora: negativa a recibir, prórrogas tácitas, tácita continuación en los pagos, imputabilidad del retraso, retraso purgado por cumplimiento tardío, etc., todos de retraso objetivo, pero no había mora de donde se deduce que es la constitución en mora y no el retraso lo que justifica la resolución (refiriéndose a la resolución de las obligaciones recíprocas en general) (pág. 401).

3.º La opinión de MANRESA, que ha sido seguida por casi todos los autores y la jurisprudencia, sólo a primera vista resulta convincente. Afirma este autor que resulta anómalo y paradójico el requerir de pago a una persona precisamente para impedir que pague. Y ello no es exacto a mi juicio, pues lo que verdaderamente dice el artículo 1.504 es que el comprador podrá pagar mientras no haya sido requerido de pago, pero en modo alguno que no pueda pagar como consecuencia del propio requerimiento, que será, por otra parte, lo más normal. Lo único que prohíbe el artículo 1.504 es que el Juez conceda nuevo plazo (126).

4.º Los autores que sostienen que el requerimiento *ex* artículo 1.504 es una notificación, se apoyan en el argumento antes referido de MANRESA, y en la letra del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, que sustituyó la palabra requerimiento por notificación, y, además, les viene bien a la configuración que hacen del pacto comisorio, ya sea como condición, ya como potestad.

Sin embargo, no parecen muy convencidos de su tesis. Y así, ROCA manifiesta que el artículo 1.504 no es claro aquí: parece responder al sentido propio de lo que es el requerimiento, pues al preceptuar que "hecho el requerimiento el Juez no podrá conceder nuevo término", parece que quiere decir que el requerimiento abre un nuevo plazo propio de él y hace dudar sobre el papel que tiene el Juez en este estadio del desenvolvimiento del pacto (127).

Y RODRÍGUEZ ADRADOS, después de afirmar tajantemente que en nuestro Derecho no puede defenderse la teoría del requerimiento de pago y que se trata de una pura notificación, añade que por razones de equidad el principio de conservación del negocio y el favor *debitoris* debiera admitirse el pago en el momento mismo del requerimiento e, incluso, en los dos días laborales que el Reglamento Notarial establece para contestar, que no es un término de gracia que es lo que el artículo 1.504 impide, sino el legalmente señalado para igualar al requerido ausente con el presente (128). Y ROCA añade que cuando en el pacto comisorio se emplee el término requerimiento, debe entenderse que el vendedor concede una moratoria que considera digna de loa y encomio, ya que dulcifica el rigor del pacto en su automatismo consustancial (129).

Son curiosas y dignas de meditación estas matizaciones que los autores hacen, que denotan la preferencia en el fondo por la consideración de que

(126) ROCA, en este sentido (*ob. cit.*, pág. 761).

(127) Pero añade luego que el artículo 59 del Reglamento Hipotecario viene a interpretar el artículo 1.504 en la dirección de notificación (*ob. cit.*, pág. 760).

(128) RODRÍGUEZ ADRADOS: *ob. cit.*, pág. 75.

(129) *Ob. cit.*, págs. 761 y 762.

el requerimiento es o debiera ser un requerimiento de pago por razones éticas; pero rechazan tal interpretación, pues se haría evidente su contradicción teórica con la tesis que mantienen sobre el pacto comisorio (condición o derecho potestativo).

Hasta tal punto ponderan su bondad que los autores consideran aconsejable y beneficioso el pacto requerimiento-notificación en virtud del cual se establece que si el comprador no paga en el plazo añadido en el requerimiento, se tendrá por resuelto el contrato. El llamado pacto de ampliación de plazo, que la mayoría de la doctrina acepta como válido (130).

Por otra parte, el término notificación empleado por una norma reglamentaria como es la del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, no puede desvirtuar el funcionamiento sustantivo del pacto comisorio, en el que, como vengo diciendo, es pieza básica el requerimiento de pago. Lo mismo que no podrá con la Ley 486 de la Compilación navarra, que, como veremos seguidamente, establece claramente la existencia del requerimiento de pago. Por tanto, el artículo 59 del Reglamento Hipotecario habrá que interpretarlo de manera que no altere la regulación sustantiva de la cláusula resolutoria, como tendría que hacerse sin objeción cuando se trate de ejercitar dicha cláusula referida a una compraventa de inmueble sujeta al Derecho civil de Navarra.

5.º La Compilación navarra de manera clara, recogiendo el sentir y la realidad social actual, dispone en la Ley 486 que en la compraventa con precio aplazado, total o parcial, se puede establecer el pacto comisorio; pero la resolución sólo tendrá lugar cumplido el término de un mes y un día o el plazo mayor que se haya pactado a contar del requerimiento que el vendedor hiciere exigiendo el cumplimiento de la obligación.

Este precepto debe tenerse muy en cuenta a la hora de interpretar el artículo 1.504, pues es claro que la interpretación ha de hacerse tomando en consideración la plenitud del ordenamiento jurídico.

6.º El Tribunal Supremo ha mantenido la tesis aceptada por la mayoría doctrinal de que el requerimiento es una notificación de resolución o, mejor, un requerimiento para que se allane el comprador a dar por

(130) Así MARTÍNEZ SARRION (*ob. cit.*) para quien impedirlo sería contrario a la moral y poco ético. RODRÍGUEZ ADRADOS (*ob. cit.*, pág. 175). Y ROCA (*ob. cit.*, pág. 761), quien considera que deberá entenderse hecha la concesión de dicho plazo cuando en el pacto comisorio se emplee el concepto "requerimiento" a base de estimar que de ser este notarial y de no concederse término distinto, tal moratoria consistirá en los dos días laborables, a contar desde el requerimiento conforme al Reglamento Notarial. El haberse empleado en pacto el término requerimiento no es obstáculo a la inscripción ni para que en su día pueda el Registrador practicar la reinscripción del 59 del Reglamento Hipotecario.

resuelta la venta (SS. 23 mayo 1981, 2 diciembre 1983, 12 junio 1989 y 9 mayo 1990) (131).

Y también la Dirección General de los Registros resume en Resolución de 17 de noviembre de 1978 su tesis así: el requerimiento del artículo 1.504, aunque se emplea el término "requerimiento", tiene el valor de una intimación que está referida no al pago del precio, sino a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato queda resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo, por lo que se trata de una simple notificación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, aunque parezca lo contrario, no se ha decantado de manera evidente y definitiva hacia el requerimiento notificación. Y de hecho, aunque normalmente hable de notificación, está dando cobijo al requerimiento de pago cuando admite que éste, el pago, se haga después de la notificación en los casos ya vistos de mero retraso justificado (SS. 15 septiembre y 13 octubre 1989, y 14 febrero 1991). Lo que supone dar valor de requerimiento de pago a la notificación, pues de otro modo implicaría una infracción del artículo 1.504, que prohíbe al Juez señalar nuevo plazo.

Es claro que en el supuesto de dichas sentencias si se hubiera hecho un requerimiento de pago ofreciendo al comprador la oportunidad de cumplir con plazo prudencial al efecto, probablemente no se hubiera denegado la resolución y, muy probablemente, ni siquiera hubiera habido contienda (132).

En otras sentencias reconoce el Tribunal Supremo el valor que tiene el requerimiento de pago y, marginando la discusión de si es notificación o requerimiento, afirmó que no cabe duda de que el requerimiento de pago *coadyuva* a valorar la conducta del comprador (S. 20 diciembre 1989).

El valor del requerimiento de pago para acreditar un retraso injustificado es indudable (133).

(131) Y no se admitió la resolución cuando se hizo un mero requerimiento del pago (ver nota 114).

(132) En el caso de la Sentencia de 13 de octubre de 1989, se había requerido de pago dando un plazo breve de tres días. En Sentencia de 15 de septiembre de 1989 el requerimiento fue resolutorio. Y en la de 14 de febrero de 1991 se requirió de pago para que en el plazo de dos días se cumpliera.

(133) Como señala ROVIRA JAÉN, "La condición resolutoria y el Registro", *RCDI*, 1967, pág. 1.677, en el pacto comisorio hay dos cosas: un requerimiento y una notificación. El requerimiento lo expresa correctamente el artículo 1.504, que es imprescindible para que entre en juego la resolución. De otro modo resulta que podría resolverse la venta por voluntad del vendedor, sin necesidad de acreditar precisamente lo que es el supuesto hecho de la condición resolutoria, que es el impago. Pero además se precisa una notificación al comprador de la voluntad del vendedor de resolver la venta, como lo exige el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, que es el que sirve de base para la reinscripción.

Y son reveladoras las sentencias que objetivan el pago de una manera total (SS. 26 enero y 30 septiembre 1987, 8 febrero 1988 y 26 noviembre 1990) que admitieron sin más la resolución, precisamente cuando ha tenido lugar un requerimiento de pago en el que se concede un plazo para que el comprador no se vea sorprendido por una simple notificación resolutoria.

De modo que de estas sentencias se puede colegir que si el requerimiento es de pago la objetivación puede alcanzar el máximo grado y la cláusula resolutoria mayor eficacia al acallar las posibles dudas sobre la falta de equidad que supondría una resolución mediante una mera notificación intempestiva.

Conviene recordar también la declaración contenida en las Sentencias de 1 de junio de 1987, 8 de febrero de 1988, 15 de noviembre de 1989 y 24 de febrero de 1990 rectificando la posición rígida en favor del requerimiento notificación en el sentido siguiente: en cuanto a la naturaleza divergente entre las encomiadas tesis mantenidas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica y efectos del acto de requerimiento, constitutivo, para unos, de una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce y, para otros, notificación resolutoria obstativa al pago, sin intimación para que éste se produzca, tiene declarado la Sala que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible que impida concebir el requerimiento 1.504 como acto jurídico complejo integrado en su fin principal por una declaración unilateral de voluntad —a la que la Ley anuda un efecto resolutorio contractual— en la que la finalidad última se condiciona o se subordina al cumplimiento de un acto: el pago por el deudor comprador.

7.º La misma Resolución de 29 de diciembre de 1982 al impedir la reinscripción cuando el comprador se opone, está reconociendo que no se trata de una simple notificación, por mucho que pretenda aplicar la teoría de que en nuestro Reglamento Notarial no es nítida la distinción entre notificación y requerimiento. Y sin que sea correcto, a mi juicio, acudir al subterfugio de entender el requerimiento 1.504 como tal requerimiento

También LUIS SELVA (*ob. cit.*, pág. 1.935) cuando dice que "*Sea cual sea su naturaleza, los efectos son los mismos*. Pero, si queda claro el sentido del acta dirigido a manifestar la voluntad de resolver, no es menos claro que el comprador en las cuarenta y ocho horas que le conceda el Reglamento Notarial para contestar, puede hacer el pago.

Si, como luego veremos, la notificación de resolución se hizo con independencia de la de protesto, no tendría sentido la admisión del pago tras la notificación del protesto, y no por la de la resolución. El acta es, pues, mixta: de requerimiento (de pago) y de notificación (de resolución). Así se puede justificar el que el artículo 1.504 hable de lo primero y el 59 del Reglamento Hipotecario de lo segundo".

pero para que se allane el comprador a la resolución, tal como lo hizo MANRESA (134).

8.º Además, una interpretación del precepto acorde con la realidad social del tiempo en que la norma es aplicable (art. 3.1 CC) nos conduce a la consideración de que el requerimiento es precisamente lo que el mismo término empleado por el artículo 1.504 significa, ya que así entendido se logra el mayor equilibrio en la ecuación que supone la protección de intereses del comprador y vendedor, así como fortalecimiento del crédito y la seguridad de las transacciones, respetando una aplicación humanizada y ética del Derecho.

Lo que no excluye la necesidad de notificar la resolución, por virtud de la cual el vendedor decide optar por el ejercicio de la facultad resolutoria. Pero dicha notificación puede ir implícita o embebida en el mismo requerimiento por razones de economía procedimental, como ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia (135).

9.º Por último, es la interpretación que más se aviene con la tesis que aquí he defendido acerca de la configuración del pacto comisorio como pacto de reforzamiento de la facultad resolutoria genérica, pues así entendido el requerimiento no es más que la verificación del incumplimiento, que, a su vez, es el factor determinante de la resolución y se cohonesto con la doctrina seguida por el Código Civil sobre la mora: el impago (incumplimiento del comprador) hay que constatarlo y reclamarlo (art. 1.100 CC) y con la naturaleza propia del requerimiento, que permite al comprador, congruentemente, contestar justificando el impago, sin que quepa a mi juicio otra forma de oponerse a la resolución (136). Justificación que

(134) Como señala CAMY, aceptando la tesis del requerimiento-notificación en todas sus consecuencias, y, por tanto, congruentemente, la comunicación no puede recoger manifestación alguna del comunicado, pues es sólo eso, una comunicación de resolución (*ob. cit.*, pág. 726).

Y MIQUEL (*ob. cit.*, pág. 1.538) después de considerar que el *quid* está en el rigor de la adveración que corresponde al Registrador, señala que debe ser estricta, en el sentido de exigir una rigurosa probanza del hecho del incumplimiento sobre todo cuando el comprador no es notificado personalmente, y, por tanto, no tiene la oportunidad de asentir o disentir. Pero señala que dichas actitudes, por coherencia con el sumario proceso adverativo del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, no serían de recibo, ya que la alegación de excepciones causales sería contradictoria con el procedimiento registral de adveración de hechos objetivos, en este caso, el incumplimiento producido.

(135) Como dice ROVIRA JAÉN (*ob. cit.*, pág. 1.677) el requerimiento refleja el aspecto civil del problema y es término bien empleado por el 1.504, y la notificación del 59 del Reglamento Hipotecario el aspecto registral de la voluntad de reinscribir. Pero ambos son precisos.

(136) Destaca MIQUEL (*ob. cit.*, pág. 1.538) el rigor que el Registrador ha de tener en la adveración del impago o prueba de incumplimiento, pero no encuentra el autor otro medio que el ideal de que el comprador reconozca de forma documental el impago.

puede basarse, bien en que el vendedor no cumplió su obligación de entregar la cosa o que existe un grave peligro de perderla como consecuencia del ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria *ex artículo 1.502* o, simplemente, que el pago ya se realizó o la obligación se extinguió. Declaraciones todas que son más congruentes con un requerimiento de pago que con la notificación de resolución y que impedirán que el vendedor ejercite abusivamente la facultad resolutoria.

Cuando existe un previo requerimiento de pago, poca justificación podrá tener ya un retardo basado en un error o en un olvido o en las causas que determinaron la resolución decretada por aquellas tres sentencias ya comentadas. Es decir, que el retardo sin importancia que es el que el Tribunal Supremo considera finalmente como causa paralizadora de la acción resolutoria, difícilmente podrá justificarse cuando el vendedor ha dado una última oportunidad que, lógicamente, obstará a que se puede esgrimir la buena fe para apoyar en ella la omisión que el impago significa.

Y no es extraño a esta consideración la formulación que de la cláusula se hace en la práctica contractual, pues la prudencia y buen sentido de los juristas prácticos (Abogados y Notarios) les lleva a utilizar el mecanismo del requerimiento de pago como más adecuado, en cuya opción no deja de estar presente un cierto sentido que rechaza el mecanismo resolutorio intempestivo del requerimiento-notificación.

Después de todo lo dicho es claro, a mi juicio, que el pacto comisorio sigue siendo un medio de garantía eficaz y útil en el caso del aplazamiento del precio en la venta de bienes inmuebles (137). Pues el debilitamiento inicial que sufrió con la exigencia de la célebre voluntad deliberadamente rebelde fue superado por un proceso evolutivo que culminó en una mayor objetivación del impago, reduciendo el margen de arbitrio judicial, que quedó, por último, concretado a la valoración del *mero retraso sin impor-*

Para lo cual ninguna fórmula creo más adecuada que el requerimiento de pago con el que sería congruente aquel reconocimiento.

(137) Desde un punto de vista distinto, hay que considerar la posibilidad de otras fórmulas que pudieran ser más convenientes según los casos. Así, cuando la primera entrega de dinero o las sucesivas hechas por el comprador sean cantidades importantes, la resolución, con la necesaria devolución inicial (al margen de la cláusula penal que tendrán que moderar los Tribunales) que el vendedor ha de realizar (art. 175. 6.º RH) podría suponer un obstáculo grave, cuando el vendedor invirtió las cantidades recibidas en la adquisición de otros bienes o servicios, y, por tanto, una razón importante para buscar otros medios de garantía alternativos (hipoteca, letras avaladas, etc.).

Tampoco se pueden dejar de ponderar los peligros que supone un cambio de las circunstancias económicas que origine una desvalorización del inmueble vendido (recuérdese la crisis inmobiliaria de principios de los ochenta), lo que no sería raro que volviera a suceder. Ello haría inoperante o perjudicial el ejercicio de la resolución.

tanda. Importancia que viene determinada por la pequeña cuantía y duración del impago.

Pero su eficacia se vería incrementada y fortalecida sin dañar la evidencia si se admite la tesis que aquí he defendido, tanto en lo que se refiere a su configuración como pacto de reforzamiento de la facultad resolutoria genérica como en considerar el requerimiento del artículo 1.504 como requerimiento de pago.

De este modo se *reduce el ámbito de justificación* del retraso y, por tanto, el último reducto de arbitrio judicial sin afectar la equidad, ya que ante un requerimiento de pago concediendo un término prudencial para que el comprador pueda cumplir, seguido de la notificación o embebida en él (pues en todo caso el vendedor ha de manifestar su opción por la resolución), difícilmente podrá alegar el comprador una causa justificada de incumplimiento.

Con esta interpretación del artículo 1.504 se daría el último paso para lograr la máxima eficacia de una fórmula (pacto comisorio) que hunde sus raíces en el Derecho romano y que continúa siendo *la preferida*, en la medida que con ella se conjugan los intereses que demanda la sociedad actual. Con ella aparece en un primer plano el valor de la seguridad de las transacciones, pero siempre dentro del respeto a los principios de la buena fe y de la equidad que legitimarían en todo caso al intérprete para negar amparo a pretensiones injustas y abusivas que repugnen al sentido común, que es el primer indicio o camino hacia lo justo.

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO

Notario de Sevilla