

La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía. Justificación y alcance

*The prohibition of forfeiture
clause in guarantee contracts.
Justification and scope*

por

BLANCA TORRUBIA CHALMETA
*Profesora agregada de Derecho mercantil
de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC)*

RESUMEN: El artículo trata de las distintas razones que la doctrina y la jurisprudencia han aducido para justificar la prohibición del pacto comisorio y su alcance en los contratos de garantía y de la adecuación de la justificación basada en la causa contractual, criterio por el que recientemente se inclina algún autor y parece hacerlo la jurisprudencia. La causa contractual como criterio permite justificar la licitud de negocios jurídicos en ocasiones cuestionados, como es el caso del *leasing*, y también determinar la ilicitud de aquellos negocios indirectos o simulados que ocultan un pacto comisorio, como es el caso de la venta en garantía.

ABSTRACT: This paper reviews the different reasons that the doctrine and jurisprudence have adduced to justify the prohibition of the forfeiture clause and its scope in guarantee contracts and analyzes the adequacy of the justification based on the contractual cause, a criteria towards which some authors have recently leaned, and on which the jurisprudence seems to rely. The contractual cause as a criterion makes it possible to justify the legality of certain commercial transactions that are sometimes put into question, as

is the case with leasing, and to determine the illegality of those indirect or simulated transactions that hide a forfeiture clause, as is the case with using a sale as a guarantee.

PALABRAS CLAVE: Pacto comisorio. Contratos de garantía. Causa contractual. Pacto marciano. Pacto *ex intervallo*. Compraventa en garantía.

KEY WORDS: *Forfeiture clause. Guarantee contracts. Contractual cause. Martian clause. Ex intervallo clause. Sale as a guarantee.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. EL PACTO COMISORIO EN LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES. 2. EL PACTO COMISORIO EN EL CENSO ENFITÉUTICO.—II. EL PACTO COMISORIO EN LOS CONTRATOS DE GARANTÍA. 1. JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO. 2. LA CAUSA COMO ELEMENTO JUSTIFICATIVO DE LA PROHIBICIÓN. A) *Concepto de causa contractual. Antecedentes. Naturaleza.* B) *La causa en los contratos de garantía.* C) *Justificación de la prohibición del pacto comisorio basada en la causa.* D) *Causa e inscripción registral.*—III. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN. CRITERIOS ACTUALES. 1. EL PACTO MARCIANO Y EL PACTO *EX INTERVALLO*. PRESUPUESTOS PARA SU ADMISIÓN. A) *El pacto marciano.* B) *El pacto ex intervallo.* 2. PACTO COMISORIO OCULTO: COMPRAVENTA CON FINALIDAD DE GARANTÍA. A) *Compraventa con pacto de retro.* B) *Compraventa con finalidad de garantía.*—V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En Derecho español, la figura del pacto comisorio se encuentra históricamente vinculada a tres instituciones de derecho común: la compraventa de bienes inmuebles, el censo enfitéutico y los contratos de garantía. Los efectos que produce en cada una de ellas tienen distinto alcance y, por ello, su admisión es también diferente. Así, se admite en la compraventa de inmuebles, donde actúa como concreción de la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124; se admite, asimismo, por la similitud de su funcionalidad con la de la compraventa, en el censo enfitéutico, y se prohíbe de manera expresa en los contratos de garantía.

Son diversas las razones que justifican la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía, si bien, doctrina y jurisprudencia se muestran cada vez más partidarias de la aceptación de sus formas atenuadas, esto es, el pacto marciano y el pacto *ex intervallo*, por considerar

que en ellas desaparecen las razones que tradicionalmente han justificado la prohibición.

1. EL PACTO COMISORIO EN LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES.

En la compraventa de inmuebles el pacto comisorio consiste en una estipulación expresa por la que las partes acuerdan que, una vez vencido el término de cumplimiento sin que el comprador haya pagado el precio, la venta se resolverá de manera automática. Se trata, por tanto, de una garantía en favor del vendedor que se incorpora al contrato para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago del comprador¹. El Código Civil no regula este pacto, pero hace referencia a él en el artículo 1504 con vistas a moderar sus efectos. Señala este precepto: «*En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.*».

El artículo 1504 del Código Civil tiene su origen en la *lex commissoria*, regulada en el Título Tercero del Libro XVIII del Digesto de Justiniano. En Derecho romano no existía una acción general de resolución contractual por incumplimiento de una de las partes, consecuentemente, la parte que cumplía su obligación solo podía exigir a la que no lo hacía el cumplimiento de la suya. La *lex commissoria* introdujo la posibilidad de resolver el contrato de compraventa para remediar esta situación². El transcurso del tiempo redujo la fuerza resolutoria del pacto comisorio y se acabó eliminando el efecto automático. Ejemplo de ello es el artículo 1504 del Código Civil que exige frente al impago del precio el requerimiento previo al comprador, al margen de que se haya incorporado o no el pacto comisorio al contrato.

La naturaleza jurídica del pacto comisorio del artículo 1504 del Código Civil es la de un pacto resolutorio expreso que supone una concreción de la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2015 entiende que esta «especificación», conforme a la interpretación histórica de la especialidad que presentan los artículos 1503 a 1505 del Código Civil³, responde a un refuerzo de la protección del vendedor que principalmente se traduce «en una mayor objetivación de la aplicación del efecto resolutorio del contrato». Y este refuerzo también alcanza a otros ámbitos del contrato, como la facultad de suspender la entrega de la cosa ante el riesgo de insolvencia del comprador (art. 1468 CC). Si bien, la diferencia

respecto del marco de aplicación general del 1124 del Código Civil se ha rebajado notablemente⁴.

En cualquier caso, es esencial el cumplimiento de la obligación por una de las partes para que entre en juego la dinámica resolutoria del contrato (art. 1124 CC). El cumplimiento determina la legitimación activa para el ejercicio de la acción, de modo que en ningún caso ampara a la parte incumplidora del contrato frente a la otra parte que cumple o se presta a cumplir (STS de 12 de noviembre de 2014).

El beneficio del artículo 1504 del Código Civil en favor del comprador, propio del principio *favor debitoris*, tiene su antecedente en el artículo 1656 del Código Civil francés y se traduce en un favorecimiento del pago para el comprador de modo que puede realizarse aún después de haber expirado el término establecido. Las SSTS de 16 de febrero y 14 de diciembre de 2015 entendieron que solo podía ser aplicado por la vía de la excepción, pues la legitimación para el ejercicio de la facultad resolutoria solo se contempla en la posición jurídica del vendedor. Si bien, posteriormente se ha admitido por la STS de 29 de febrero de 2016 que, aunque el artículo 1504 del Código Civil se encuentra en el capítulo de las obligaciones del comprador para establecer una especialidad en el régimen de la resolución de la compraventa por impago del precio cuando el objeto es un inmueble, no hay impedimento legal para que comprador y vendedor pacten, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, que dicho artículo se aplique también a los casos de incumplimiento del vendedor.

Para que el efecto del pacto comisorio se produzca es suficiente el requerimiento obstativo del pago. Además, puede insertarse en él otro de reclamación previa del precio, de breve plazo, que, si no se atiende, y sin más plazos, haga funcionar automáticamente la resolución (STS de 18 octubre de 2004 (*RJ* 2004\6571) que anula la sentencia de la Audiencia Provincial por no admitir la inserción de un nuevo breve término, requerido por el acreedor al deudor, para poder pagar el precio pendiente al no haber atendido al otro requerimiento, el resolutorio. Esta sentencia aclara que ello «sin llegar en ningún caso a la solución, más liberalizadora, del Derecho navarro, cuyo Fuero Nuevo regula en sus Leyes 486 y 487 la «venta con pacto comisorio» y que faculta al deudor para el pago del precio en el término de un mes y un día después del requerimiento fehaciente (facultad legal), o en plazo mayor si hubiese sido así fijado al concertarse el «pacto» referido (facultad convencional), aceptando el Código Civil solo esta última, con lo que, en este cambio jurisprudencial, parece que se acerca a dicha disposición»⁵.

El requerimiento para que pueda dar lugar a la resolución de la compraventa se sujeta a forma, de modo que no se puede hacer por *burofax*. Es doctrina jurisprudencial, desde la sentencia de Pleno de 4 de julio de 2011 (*RJ* 2011\5964), que el carácter notarial o judicial del requerimiento

exigido por el artículo 1504 del Código Civil es un requisito de estricta observancia por sus mayores garantías atendida la trascendencia y graves efectos del requerimiento (SSTS 12 de noviembre de 2012 y 7 de febrero de 2014).

En relación con la aplicación a la cláusula comisoria de la facultad moderadora de los tribunales prevista en el artículo 1154 del Código Civil⁶, cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista. De ahí que la moderación proceda cuando se haya cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total se estableció la pena. La finalidad del artículo «no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido.» (SSTS de 6 de junio de 2019, 28 enero de 2020 y 23 de junio de 2020⁷).

En este contexto, cabe recordar que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria de 1946 (LH), tras establecer que para la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, señala: *«la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita»*. Esto supone dotar de funcionalidad al pacto del artículo 1504 del Código Civil en orden a su oponibilidad a tercero⁸. El artículo 11 LH modificó el sistema hasta entonces vigente en el que toda resolución operaba en perjuicio de tercero por la mera constancia del aplazamiento del pago en el Registro, existiera o no pacto comisorio. Ahora, la resolución de la venta de un inmueble solo es oponible a terceros si se inscribe el pacto comisorio⁹.

2. EL PACTO COMISORIO EN EL CENSO ENFITÉUTICO

El Código Civil, tras establecer que el censo se constituye cuando se sujetan bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de estos bienes (art. 1605), señala que «es enfitéutico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfitéuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio» (art. 1606 del Código Civil). El artículo 1.637 del Código Civil les denomina condeños y la legislación hipotecaria prevé la inscripción registral (arts. 2.2 LH y 377 RH). En relación con la forma,

la constitución del censo enfitéutico requiere escritura pública (art. 1628 del Código Civil)¹⁰.

El censo enfitéutico tiene la doble consideración de contrato y derecho real. En tanto derecho real, es un derecho en cosa ajena que el censualista se reserva al transmitir la propiedad de la finca al censatario o enfiteuta (SAP de Málaga de 29 de junio de 1998). El dominio directo es, por tanto, del censualista, que es la persona con derecho a recibir una pensión anual a cambio de la transmisión de la propiedad de la finca; y el dominio útil del enfiteuta, que ostenta la propiedad de la finca y se obliga a pagar un importe con cargo a los frutos que genere.

La naturaleza jurídica de la enfiteusis y el alcance de las facultades del dueño directo también han experimentado una larga evolución. En Derecho romano, Justiniano, refunde la *conductio agri vectialis* y la enfiteusis griega en una sola figura mediante la cual se transmitía al enfiteuta un derecho real de larga duración o incluso perpetuo a cambio de un canon; en la Edad Media surge la teoría del dominio dividido y en épocas más recientes se inicia una tendencia (como ocurre con la legislación especial catalana) dirigida a hacer predominar al titular del dominio útil como verdadero propietario y a configurar el censo como un derecho real sobre finca ajena. Sin embargo, hoy en día, con arreglo al Derecho común, aunque se configure la enfiteusis como dominio dividido, el correspondiente al dueño directo es el prevalente»¹¹. (RDGRN de 18 de diciembre de 2017 con referencia a la de 26 de octubre de 2004).

Es inherente a la naturaleza del censo que la cesión de la finca sea perpetua o por tiempo indefinido, aunque redimible *ex* artículo 1608 del Código Civil, de ahí que haya recibido la denominación de arrendamiento perpetuo (SAP de Castellón de 4 de marzo de 2011)¹².

Regulado el censo enfitéutico en el capítulo II del título VII del libro IV (arts. 1628 a 1656 CC), conectan con el pacto comisorio los artículos 1648, 1649 y 1650¹³. El artículo 1648 del Código Civil recoge los supuestos en que procede el comiso. El comiso es el derecho del censualista o dueño directo a recobrar el dominio útil de la finca, consolidando, de este modo, la plena propiedad¹⁴, y opera frente al incumplimiento por el enfiteuta de determinados deberes y en determinadas circunstancias, entre otras, la falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos.

La inscripción del dominio directo es voluntaria y puede realizarse en cualquier tiempo, aunque el enfiteuta haya logrado la prescripción del capital, mientras esta circunstancia no haya tenido reflejo registral. La consolidación de los dominios útil y directo, siendo el dueño directo el auténtico dueño, requiere redimir el censo, o que se declare la prescripción del capital conforme al artículo 1620 del Código Civil cuyo reflejo registral requiere

la resolución judicial que así lo declare (RRDGRN de 3 de diciembre de 2015 y 8 de septiembre de 2016)¹⁵.

La relación entre el comiso en el censo enfítutico y el pacto comisorio en la compraventa es, tanto etimológica, como funcional, dado que en ambos casos se permite la resolución de la relación jurídica por incumplimiento del deudor. La facultad de resolver corresponde en ambos casos a una de las partes (al vendedor en la compraventa y al censualista en el censo enfítutico) ante la falta de pago de la otra parte (del precio en la compraventa, o de la pensión, en la enfiteusis)¹⁶. Asimismo, hay similitudes en su régimen legal: el artículo 1649 del Código Civil prevé para el comiso por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos la obligación del dueño directo de requerir de pago al enfiteuta judicial o notarialmente y, si este no paga dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, queda expedido el derecho de aquél. Se impide también aquí el automatismo en la resolución. Tanto los artículos 1648 y siguientes, como el artículo 1504 del Código Civil tienen carácter tuitivo, dado que tratan de facilitar al deudor incumplidor la posibilidad de pago para evitar la resolución.

En el censo enfítutico se recoge expresamente la liberación del deudor con el pago extemporáneo¹⁷. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

No se prevé forma determinada para el requerimiento que, como previo a la petición de comiso, establece el artículo 1649 del Código Civil para abrir las posibilidades procesales de reversión de la finca al dueño directo, por tanto, si es notarial, se aplica el artículo 202 del Reglamento notarial deja a la discreción del notario efectuar los requerimientos encomendados por correo certificado con aviso de recibo cuando una norma legal no disponga lo contrario (STS de 16 de febrero de 2001).

II. EL PACTO COMISORIO EN LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

1. JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO

El pacto comisorio en los contratos de garantía es el acuerdo de las partes por el que el acreedor puede hacer suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, bien indirectamente mediante su disposición, en el caso de que el deudor incumpla su obligación. El Código Civil lo prohíbe expresamente para la prenda, la hipoteca y la anticresis. Señala el artículo 1859 del Código Civil: «*El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.*» Y el artículo 1884 del Código Civil, para la anticresis: «*El acreedor no adquiere la propiedad*

del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía se remonta al Derecho romano posclásico¹⁸. Constantino, en la Constitución del año 320 (libro VIII, título XXXVI, ley 3) prohibirá el pacto de *Lex Commissoria* por el que el deudor renunciaba, hasta la satisfacción completa de su obligación, a reclamar la devolución de la cosa dada en garantía. Esta quedaba en poder y propiedad del acreedor como vendida por el valor de la deuda. La razón de la prohibición era que, a menudo, se utilizaba esta cláusula para encubrir intereses ilegales añadiendo un excedente al precio de modo que este superaba la cuantía real de la deuda¹⁹. Justiniano, sin embargo, admitió el pacto marciano, que es el pacto comisorio limitado al justo precio de la cosa²⁰.

La prohibición se mantuvo en el derecho intermedio (Partida V, ley 41 del título V y ley 12 del título XIII) y fue incorporada a los Códigos civiles europeos modernos²¹. El Proyecto de Código Civil español de 1851 la recogió en su artículo 1775 señalando: «*El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, aunque así se hubiese estipulado*» y la hizo extensible a la hipoteca en el artículo 1806. No la recogió, sin embargo, el Proyecto de 1882²².

La doctrina justifica la actual subsistencia de la prohibición por diversos motivos. Para algunos autores se trata de evitar un enriquecimiento injusto; de impedir que el acreedor se apropie de un bien cuyo valor es, casi siempre, notablemente superior al del crédito garantizado, beneficiándose con ello de la *hyperocha* (diferencia de valor entre el precio de la cosa y el importe del crédito garantizado)²³. Para otros autores las razones son de tipo procesal y de orden público; el pacto comisorio desnaturaliza las formas de garantía previstas en la ley, y, al permitir la apropiación privada del bien, desvirtúa el principio que confiere al Estado poder exclusivo en materia de ejecución. Si el acreedor quiere realizar su derecho debe someterse al procedimiento previsto por la ley, siendo inválida cualquier forma de ejecución privada de la obligación²⁴. En este contexto, hay quien entiende que la prohibición del pacto comisorio es una manifestación del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor²⁵, y quien señala que la prohibición obedece a una norma de Derecho sustantivo y no al mero respeto a las reglas procesales que rigen la ejecución y lo justifica por razones históricas²⁶. Asimismo, la oposición al pacto comisorio se justifica por razones morales²⁷.

A las razones de la prohibición se refieren las resoluciones de 27 de octubre de 2020 (*RJ* 2020, 5464) y 15 de marzo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que recuerdan que, como se

ha puesto de relieve en numerosas ocasiones²⁸, la resolución de 8 de abril de 1991 (invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 5 de junio de 2008 [RJ 2008\4239]) señaló que «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 CC)²⁹, rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como del Centro Directivo»³⁰. Estas normas tratan de proteger al deudor de los eventuales abusos del acreedor que tiende a prevalerse de la necesidad de crédito del deudor. Estos abusos se manifiestan en el perjuicio que para este se deriva de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución, que es aprovechada por el acreedor.

Cabe señalar, por último, que las razones que justifican la prohibición del pacto comisorio por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil son extensibles, tanto al pacto entre fiador y deudor principal por el que este, en caso de incumplir su obligación, transmitirá la propiedad de la cosa gravada en pago del crédito satisfecho por el fiador, como el pacto comisorio impropio, por el que el que el acreedor no satisfecho podrá apropiarse de una cosa determinada del deudor incumplidor, distinta de la gravada.

2. LA CAUSA COMO ELEMENTO JUSTIFICATIVO DE LA PROHIBICIÓN

A) *Concepto de causa contractual. Antecedentes. Naturaleza*

El Código Civil no define «causa del contrato» pero deja claro su importancia en cuanto requisito esencial para la existencia del contrato (art. 1261.3 CC) y elemento sobre el que ha de recaer el consentimiento (art. 1262.1 CC). Sí recoge los criterios que han de servir para identificarla (en los contratos onerosos se entiende por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC)³¹, y regula los efectos de los contratos sin causa y con causa ilícita o falsa (arts. 1275 y 1276 CC). También establece una presunción *iuris tantum* de su existencia y licitud (art. 1277 CC).

Los antecedentes de los artículos 1261 y 1274 del Código Civil se hallan en la obra de DOMAT, jurista francés del siglo XVII, que considera que la presencia de la causa es un requisito esencial de la obligación (nadie se

obliga sin una razón³². El Código Civil francés exigirá expresamente la causa como elemento esencial del contrato sin definirlo «una causa lícita de la obligación» y lo mismo sucederá con el Código Civil italiano de 1865. Surge, entonces, en estos ordenamientos la necesidad de determinar qué es la causa en tanto requisito de validez distinto del consentimiento y del objeto³³.

En Derecho romano no existe el requisito de la causa como elemento para la validez del contrato. Los romanistas utilizan la expresión *causa civilis obligandi* para referirse a los requisitos específicos —*datio*, forma o tipo contractual— que dotaban al acuerdo entre dos partes de la fuerza vinculante que sin ellos no hubiera tenido (los simples *pacta* no la tenían). Así, los contratos se forman en virtud de cuatro posibles causas: *re, verbis, litteris* y *consensu*. Son los canonistas quienes abren camino a la futura exigencia de la causa como requisito del contrato. Para ellos, el contenido lícito y razonable de cualquier acuerdo, aunque no se corresponda con los tipos contractuales romanos, justifica su existencia jurídica y la vinculación de los contratantes. Con ello, desaparece la categoría romana de los *nuda pacta*, que no producían acción. La obligación nace, así, de la sola voluntad del obligado, siempre que exista una causa que la explique y la justifique. Además, los canonistas contemplan el contrato como un acto humano producido en un sistema ético, entendiendo que, para que vincule, debe ser veraz y moral. Por ello, si la operación es simulada, las partes no han querido contratar y si es inconfesable, las partes no hubieran debido contratar. No obstante, los canonistas no conciben la causa como un elemento independiente; se limitan a poner de relieve, además de la necesidad de que la intención de los contratantes se ajuste a las reglas de la moral, la interdependencia de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos y que la reciprocidad justifica la prestación realizada y la exigencia de su integridad y eficacia en el tiempo.

En España, los civilistas y los canonistas de la antigua doctrina mantuvieron posiciones enfrentadas a la hora de interpretar la ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá. Los canonistas consideraban que el pacto nudo era plenamente eficaz en Derecho castellano, mientras que los civilistas entendían derogado únicamente el formalismo de la estipulación, pero vigentes las demás formas y requisitos legales. Los civilistas acabaron más tarde aceptando el concepto canonicista de la causa. La Ley de Bases de 1888 en la Base 20 establece que el Código Civil proyectado siga los principios consagrados por las leyes modernas sobre la naturaleza y la causa de las obligaciones.

A la hora de explicar la naturaleza de la causa, la doctrina se dividió entre los seguidores de la teoría objetiva y los que apoyaban la teoría subjetiva.

Las teorías objetivas se remontan a los civilistas franceses de la escuela de la exégesis y una parte de los españoles que, hasta hace no mucho, se centraron fundamentalmente en la causa del contrato bilateral. Para ellos, la causa es el fin inmediato que se deduce de la estructura del acto y que es común a todo contratante. La causa es un fin típico, independiente de las motivaciones personales e intangibles de cada parte, es un elemento objetivo del contrato, a diferencia del motivo, que es la razón contingente por la que un individuo celebra un determinado contrato. La causa forma parte del acuerdo de voluntades y, en los contratos bilaterales, es, para cada una de las partes, la obligación de la otra. En los unilaterales, y en concreto en los contratos de mutuo, comodato, prenda y depósito (contratos reales), la entrega de la cosa es la causa de la obligación, y en la donación, el *animus donandi*. La doctrina posterior concluirá de lo anterior que la causa, en general, es la «finalidad objetiva del contrato» considerando que la finalidad de un contrato puede ser entendida en dos sentidos: como resultado perseguido objetivamente por las estipulaciones propias de un determinado tipo contractual, o como aquellos efectos que subjetivamente tratan de alcanzar unos determinados contratantes al acordar dichas estipulaciones.

Las teorías subjetivas de la causa surgen en los años 20 del siglo XX con CAPITANT, jurista francés que situará la causa en la subjetividad de los contratantes. Para él, la causa es el fin perseguido por los contratantes (causa final, no causa eficiente). De modo que, en los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación asumida por cada parte no es la obligación de la otra, dato objetivo, sino la representación intelectual, psicológica, de la ejecución de esta obligación. La causa es el motivo determinante o los motivos que han entrado en el «campo contractual», con lo que basta con que el fin perseguido por una de las partes sea conocido por la otra³⁴. La función de la causa sobrepasa la formación del contrato para extenderse a su ejecución. La causa justifica, consecuentemente, la resolución por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido o la teoría de los riesgos. La teoría de CAPITANT pone de relieve un aspecto del contrato que la doctrina clásica había obviado y que es indispensable para situar la causa ilícita a la que se refieren los Códigos latinos. Ilicitud que es diferente de la referida al objeto y que, por tanto, debe residir en el ánimo de los contratantes, en sus intenciones personales, que varían en cada caso y que, por tanto, no forman parte del contenido estándar del contrato³⁵.

La doctrina reformulará luego la teoría objetiva y concluirá que, en cualquier contrato, se encuentra siempre como contenido propio una regulación de intereses y, en íntima conexión con él, una función práctica (función económico social) que le es inherente. Esta función práctica es para algunos autores la causa objetiva del negocio. La causa así entendida cumple una ulterior función como instrumento de calificación del contrato³⁶.

RUGGIERO entenderá la causa como el fin económico y social reconocido y protegido por el Derecho; la función a la que el negocio, objetivamente considerado se dirige; la condición que justifica la adquisición en cuanto excluye que sea lesiva al derecho ajeno; representa en cierto modo la voluntad de la ley frente a la voluntad privada³⁷.

Existe una tercera teoría denominada dualista o sincrética que combina las teorías objetiva y subjetiva y que considera que, si bien los motivos individuales de las partes, que son los que constituyen la realidad extranegocial o intencionalidad subjetiva, son por regla general jurídicamente irrelevantes (entre otras, SSTS 1 de abril de 1998 [RJ 1998, 912] y 21 de marzo de 2003 [RJ 2003, 2762]), cuando constituyen la razón, aunque no sea exclusiva, de la celebración del contrato y son lícitos y conocidos por ambas partes, deben ser tenidos en cuenta. Esta es la teoría mayoritaria en la actualidad³⁸. DE CASTRO identificará la causa con el valor social del negocio que le hace acreedor de la tutela del ordenamiento. Para este autor, la causa objetiva o legal, es también la subjetiva en el ánimo de las partes³⁹.

En general, se puede entender que, desde el punto de vista objetivo, la causa es la función o valor económico-social que cumple el contrato en el tráfico jurídico (p.ej. en la compraventa, el intercambio de una cosa por precio o, en la enfiteusis, la cesión de facultades dominicales de una finca a cambio de un canon anual). Este es el sentido del artículo 1274 del Código Civil (STS de 17 de diciembre de 2004), y al que se aplican los requisitos de existencia y veracidad⁴⁰. Y que, en su faceta subjetiva, la causa es el motivo práctico por el que las partes celebran un determinado contrato (p.ej.: compra de un terreno para construir en él un vivero, o constitución de enfiteusis para, con el canon, afrontar gastos). Este es el sentido al que se aplica el requisito de la licitud⁴¹.

La causa está ligada a la atribución patrimonial, entendida esta como el beneficio evaluable económicamente que se recibe a costa de otra persona y que puede recaer sobre cosas, créditos, servicios, abstenciones y, en general, cualquier posible objeto de la obligación⁴². Este ligamen significa que cualquier atribución patrimonial está basada en una causa. Y, para ser válida, la atribución debe estar justificada por una ley o por una relación voluntaria antecedente que explique el desplazamiento patrimonial (p.ej., la adquisición de la propiedad de una finca está justificada por el contrato de compraventa precedente; este contrato es, por tanto, la causa de la adquisición de la propiedad, la adquisición trae causa del contrato de compraventa).

Dado que cualquier adquisición de una cosa, un crédito o un derecho debe estar sustentada por una causa, el artículo 1274 del Código Civil señala que, en los contratos sinalagmáticos, la causa de la adquisición de un crédito es la deuda de la contraparte. Por ello, la doctrina señala que también es fruto de esta consideración de la causa como propia de la atribución

patrimonial el contenido del artículo 1261-3.^º, que incluye dentro de los requisitos esenciales del contrato la existencia de la «causa de la obligación que se establezca»⁴³.

B) La causa en los contratos de garantía.

Los contratos de garantía tienen por causa o función económica añadir a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC) un refuerzo en favor del acreedor con vistas a que este pueda obtener, al margen de la solvencia o insolvencia del deudor, la plena satisfacción de su crédito. La existencia de un crédito garantizado es, por tanto, elemento esencial de los contratos de garantía. Los respectivos derechos creados por estos contratos tienen carácter accesorio dado que su nacimiento y existencia dependen del crédito principal⁴⁴.

Este refuerzo que supone la garantía puede implicar la adscripción de otro patrimonio o parte de él (fianza limitada a ciertos bienes del fiador) al cumplimiento de la obligación del deudor, de modo que una nueva masa de bienes pasa a responder de las deudas⁴⁵. Y puede consistir, también, en añadir a la responsabilidad del deudor una cosa determinada mediante su sujeción *erga omnes*. Esta puede pertenecer al patrimonio del deudor y, por tanto, estar ya sujeta a responsabilidad *ex artículo* 1911 del Código Civil, con lo que, en caso de insolvencia, se alterará el principio de *par condicio creditorum*, o tratarse de una cosa ajena⁴⁶.

Los contratos típicos de garantía real son la prenda (sobre un bien mueble), y la hipoteca (sobre un inmueble); la anticresis (sobre los frutos de un inmueble), es menos frecuente. Si se conceden por el propio deudor, que es el supuesto que interesa al objeto de este estudio, estas garantías dan lugar a una responsabilidad cualitativamente distinta de la ordinaria y adicional a ella, que recae en la cosa como si esta se independizase del patrimonio global sujeto a responsabilidad para constituir un patrimonio autónomo responsable de una sola deuda. Surge así un verdadero y propio derecho real sobre la cosa gravada. La prenda y la hipoteca comportan reipersecutoriedad y prelación (arts. 1921 y sigs. CC)⁴⁷.

En la hipoteca se configura como obligación natural del contrato mantener la integridad de la finca dada en garantía, de modo que si se deteriora, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, puede el acreedor hipotecario solicitar del juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño (art. 117 LH).

Además, se establece en favor del acreedor la subrogación en la indemnización en el caso de destrucción de la cosa dada en garantía (arts. 1877 del Código Civil y 110 LH).

Los contratos de garantía pueden celebrarse, bien separadamente, bien incorporados a un contrato principal, y tienen como única finalidad asegurar (reforzar) el cumplimiento de la obligación garantizada que es la que deriva del contrato principal. La accesoria es, por tanto, un elemento característico y permite diferenciarlos de otros en los que se incluyen pactos con la misma finalidad o que, cumpliendo esta finalidad, no tienen únicamente función de garantía⁴⁸.

C) Justificación de la prohibición basada en la causa.

A diferencia de la compraventa y del censo enfitéutico, que son contratos principales en donde la causa se realiza con la transmisión a una de las partes de un bien determinado (compraventa) o de parte del dominio de un bien determinado (censo enfitéutico), en los contratos de garantía, que tienen carácter accesorio, la realización de la causa no implica ninguna transmisión del bien sino un refuerzo de la responsabilidad patrimonial del deudor del crédito del contrato principal.

Tal y como señala recientemente la doctrina, en los contratos de garantía la causa es y se limita a garantizar al acreedor la satisfacción de la obligación asegurada, con lo que este no puede pretender la transmisión dominical del bien gravado al exceder las facultades otorgadas por el contrato. Y, como la causa de garantía es diferente de la causa traslativa, no cabe la apropiación por el acreedor del bien dado en garantía⁴⁹. Sin perjuicio de que esa causa traslativa pueda darse en un posterior convenio solutorio⁵⁰. El consentimiento de las partes en los contratos de garantía recae, consecuentemente, sobre los elementos de la causa de garantía, no de la causa traslativa, cuyos presupuestos negociales son distintos⁵¹.

El Tribunal Supremo también parece tener en cuenta en los últimos años la teoría causal. Así, a la hora de establecer los requisitos de la prohibición de pacto comisorio, señala: «Dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura. En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor. En este contexto, debe señalarse que la prohibición del pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un

resultado equivalente (STS 485/2000, de 16 de mayo)» (SSTS de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 595) en un caso de configuración de una garantía atípica en favor de los fiadores con los presupuestos del pacto comisorio al que asimila declarando su nulidad absoluta⁵² —con referencia a la STS de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280)—, y 10 de marzo de 2021).

El tratamiento jurisprudencial del pacto comisorio en los contratos de garantía lo recapitula la sentencia de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) señalando como puntos clave:

- a) El rechazo en nuestro ordenamiento —artículos 1859 y 1884 CC— de toda construcción jurídica denominada genéricamente «pacto comisorio» por la que el acreedor en caso de incumplimiento de su crédito pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía. Estos pactos no son admisibles al amparo del artículo 1255 del Código Civil y entran en el ámbito del fraude de ley del artículo 6.4.^º CC⁵³.
- b) La nulidad radical y absoluta de los pactos y negocios que infringen los artículos 1859 y 1884 del Código Civil por tratarse de preceptos imperativos y de orden público al afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados, no solo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores⁵⁴. Así lo señala también la RDGSJFP de 27 de octubre de 2020, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁵.

La causa contractual permite, por tanto, justificar, de una parte, la pervivencia de la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía y, de otra, justificar la licitud de la institución de la dación en pago, que faculta al deudor y al acreedor para acordar la satisfacción de la deuda garantizada, vencida y exigible de cara a evitar la ejecución de la garantía⁵⁶. Y justifica, asimismo, la validez de otras figuras jurídicas, en ocasiones cuestionadas —por su indebida asimilación a los contratos de garantía—, como es el caso del arrendamiento financiero o *leasing*⁵⁷, que es un contrato de financiación por el que el arrendador financiero (propietario) cede al arrendatario financiero o usuario, por tiempo determinado, el uso de un bien que previamente ha comprado a un vendedor o fabricante siguiendo las indicaciones del usuario, a cambio del pago de cuotas periódicas y, por regla general, le otorga la facultad de opción de compra al terminar el contrato.

En efecto, la función económico-social que persigue el *leasing* es la de financiar la explotación de un bien que necesita el usuario para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. Y esta función es para ambas partes la causa del contrato. Esta consideración, que justifica su admisión por el ordenamiento jurídico, podría plantear la cuestión de la incoherencia con la prohibición de pacto comisorio. No obstante, en el arrendamiento financiero no se cumplen los presupuestos que motivan la aplicación de dicha prohibición. El *leasing* tiene

una configuración propia y distinta de la hipoteca, la prenda o la venta en garantía. El acreedor en el *leasing* parte como propietario del bien cedido y esta condición es la que le garantiza que, en caso de incumplimiento por el usuario de la obligación de pago de las cuotas periódicas, pueda recuperar el coste de la compra del bien y los perjuicios por la frustración de la operación prevista. Por su parte, el arrendatario financiero al explotar el bien cedido obtiene un beneficio que es económicamente cuantificable.

El arrendamiento financiero es, además, un contrato basado en la libertad contractual y la buena fe de las partes en el que existe equilibrio entre los intereses del arrendador financiero —que busca una ganancia por la financiación— y del usuario —que obtiene un bien para el desarrollo de su actividad⁵⁸. Algun autor ha señalado, no obstante, que el régimen de resolución del contrato, en el caso del *leasing* inmobiliario, genera un enriquecimiento injusto en perjuicio del arrendatario financiero⁵⁹, o, que el procedimiento de corte interdictal para recuperar la cosa previsto para el *leasing* mobiliario genera dicho enriquecimiento injusto⁶⁰. No obstante, la sujeción del contrato a las reglas de la resolución contractual para poder contar con un procedimiento objetivable de valoración del bien y la no aceptación de contratos cuyo incumplimiento resulte ventajoso para el arrendador financiero son criterios de validez del contrato de *leasing* que evitan que se produzca tal enriquecimiento injusto (SSTS de 9 de abril de 2001 y 12 de junio de 1998 [RJ 1998, 6128])⁶¹. Y, aunque el *leasing* permite al arrendador financiero⁶², ante el incumplimiento del usuario, disponer de mecanismos expeditivos para lograr la mayor satisfacción de su deuda, estos mecanismos, además de conformes con el Derecho, proporcionan seguridad jurídica al arrendador financiero y propician la celebración de futuros contratos de *leasing*⁶³.

D) Causa e inscripción registral.

En un sistema causal como el nuestro, la existencia de la causa como requisito de validez del contrato condiciona el acceso al Registro de los títulos inscribibles.

La causa, que es también fundamento de la teoría del título y el modo, hace que el requisito de la justa causa no se limite al contrato, sino que se extienda al derecho que se adquiere en virtud de tal contrato⁶⁴. La causa, ligada a la atribución patrimonial en que consiste el derecho que se inscribe, es el título de la adquisición. De ahí que el deber de calificación del registrador que establece el artículo 18 LH recaiga, tanto sobre el modo (la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción), como sobre el título (la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas —y, por ello, la capacidad de los otorgantes). Deber circunscrito a lo que resulte de las escrituras y de los asientos del Registro.

Por lo anterior, si no existe una justa causa de la adquisición, la inscripción no protegerá al adquirente. Así lo dispone el artículo 33 LH («La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes»). Existe una única excepción: el caso del tercero de buena fe (art. 34 LH) que inscribe una adquisición derivada de quien no tiene poder de disposición⁶⁵, y al que se le protege en su adquisición —onerosa⁶⁶— para salvaguardar la función y confiabilidad del Registro, lo que viene a confirmar la regla (se protege al tercero que ha adquirido convencido de haberlo hecho con justo título).

El Registro actúa como un sistema garante de la realidad y validez de la causa. Por este motivo se debe denegar la inscripción de las atribuciones patrimoniales en las que la causa es insuficiente o ilícita. Si bien, ello no impide que, en determinados supuestos, sea posible inscribir una transmisión sin expresar la causa o título por el que se produce la transmisión⁶⁷.

III. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN. CRITERIOS ACTUALES

1. EL PACTO MARCIANO Y EL PACTO *EX INTERVALLO*. PRESUPUESTOS PARA SU ADMISIÓN

La admisión del pacto marciano y del pacto *ex intervallo*, fórmulas rebajadas del pacto comisorio, tampoco ha sido pacífica en la doctrina y la jurisprudencia, si bien, en los últimos años se observa una tendencia a favor de su admisión. Así, la jurisprudencia se muestra favorable siempre que concurren los presupuestos que ella misma se encarga de establecer y la doctrina justifica la admisión aduciendo motivos diversos⁶⁸.

A) *El pacto marciano*

El pacto marciano es la estipulación por la que se acuerda que, si vencida la obligación el deudor no paga, la propiedad de la cosa gravada pasará al acreedor, previa justa estimación de su valor. Este pacto se admite mayoritariamente por la doctrina siempre y cuando se establezcan medios objetivos y seguros de valoración de la cosa, como puede ser el juicio de peritos, dado que en estas condiciones el pacto garantiza la commutatividad y equilibrio de las prestaciones⁶⁹. No obstante, también hay quien lo rechaza por entender que la inobservancia del procedimiento legal establecido para ejecutar las garantías reales hace que resulte ilícita cualquier modalidad de pacto comisorio⁷⁰.

El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 595), establece los dos presupuestos que caracterizan la aplicación de la

figura del pacto comisorio: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor», con lo que da a entender que, de existir ese mecanismo de valoración objetiva del bien inmueble objeto de la garantía, el pacto sería admisible.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública lo admite de modo expreso en sus últimas resoluciones. Así, la RDGSJFP de 21 de julio de 2021 (*RJ* 2021, 4175), con referencia a las RRDGRN de 26 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5995) y 28 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 2547), entiende que son admisibles aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que doten al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. De ahí que resulte admisible el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto, «En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor. En apoyo de esta tesis se cita el denominado pacto marciano recogido en el Digesto». (En igual sentido la reciente RDGSJFP de 10 de marzo de 2022).

La resolución de 15 de marzo de 2021 matiza que, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión, dadas las medidas tutivas que respecto de los deudores y en relación con la ejecución de la hipoteca establecen normas imperativas como, entre otras, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria⁷¹.

La anterior resolución, seguida por la de 10 de marzo de 2022, se hace eco de la inefficiencia que los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías pueden suponer, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la frecuente baja calidad de las ofertas (la Ley, en muchos casos, tiene que garantizar al deudor la obtención de un valor mínimo, llegando a

conformarse con el 60% o el 70% de esa tasación objetiva) y que ello hace que, en nuestro ordenamiento se vayan abriendo nuevas vías de ejecución más eficientes⁷². Y se refiere a la sentencia de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 595) y a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 12/2019, de 18 de febrero de 2019, y 16/2019, 28 de febrero de 2019, donde señala que en la línea de preocupación por que los mecanismos legales de satisfacción del acreedor respeten el carácter conmutativo de las contraprestaciones —propio del pacto marciano— se inscriben, no solo la citada regulación contenida en el Real Decreto Ley 5/2005, sino también la regulación prevista a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, pues esta faculta al acreedor para reclamar del deudor el pago de la deuda, advirtiéndole que si no lo hace se procederá contra el bien objeto del contrato, de forma que, si el deudor procede a la devolución de la posesión del bien, el acreedor puede optar por la adjudicación directa del bien en su favor en pago de la deuda sin necesidad de venderla en pública subasta. En este caso, el riesgo de un enriquecimiento injustificado se minimiza porque «la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada» —art. 16.2, apartados c) y e)— LVBMP (Ley de venta de bienes muebles a plazos).

Parece justificable, por tanto, la admisión del pacto marciano dado que este, beneficia tanto al acreedor, como al deudor, a quien la aplicación de los mecanismos legales de ejecución podría resultarle más perjudicial que la solución que proporciona el pacto cuando se establecen medios objetivos y seguros de valoración de la cosa, como lo son el juicio de peritos. En estas condiciones el pacto puede suponer un instrumento para garantizar la conmutatividad y equilibrio de las prestaciones.

B) El pacto ex intervallo

El pacto *ex intervallo* es aquel acordado después de la concesión del crédito y antes de su vencimiento. En la doctrina hay quien entiende que, al no haber una prohibición expresa, debe admitirse, incluso si se pacta antes de que se produzca el incumplimiento⁷³, pero también hay quien lo rechaza por los mismos motivos que el pacto comisorio⁷⁴.

De las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero y 10 de marzo de 2021, anteriormente citadas⁷⁵, que recogen los presupuestos de aplicación del pacto comisorio, también se puede deducir que el pacto «*ex intervallo*»

sería admisible, dado que el pacto de apropiación o disposición se caracte-
riza, precisamente, por ser posterior a la garantía.

Corrobora la anterior consideración la RDGRN de 28 de enero de 2020 que señala que el comiso prohibido es el convenido «*ex ante*», dado que la razón de la prohibición no es otra que asegurar la commutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevale de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto se pone especialmente de relieve cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se liga su efectividad. Y por ello, tradicionalmente se ha admitido —con cautelas— la introducción de la facultad comisoria hecha con posterioridad al nacimiento de la obligación garantizada —mediante el pacto *ex intervallo*— (SSTS de 27 de junio de 1980 y 16 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5082). (En igual sentido la RDGSJFP de 10 de marzo de 2022).

El pacto *ex intervallo* no ofrece, por el momento en que se acuerda, los peligros que sí ofrece el pacto comisorio, siendo necesario, por tanto, el control de la realidad de dicho momento dado que, en otro caso, podría perder su razón de ser. En definitiva, la prohibición del pacto comisorio perderá su razón de ser cuando la realización de la cosa dada en garantía (al margen de la vía utilizada) se efectúe en condiciones que permitan fijar objetivamente el valor del bien y no supone un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Estas condiciones se habrán de valorar caso por caso⁷⁶.

2. PACTO COMISORIO OCULTO: COMPRAVENTA CON FINALIDAD DE GARANTÍA

Especial atención han merecido en la doctrina y en la jurisprudencia los supuestos de pacto comisorio oculto, en especial, la compraventa con finalidad de garantía que es una compraventa con pacto de retro que encubre y garantiza un préstamo. Con esta figura, el acreedor busca, para el caso de incumplimiento del deudor, hacer suya la cosa dada en garantía eludiendo el procedimiento de realización de la garantía legalmente previsto⁷⁷.

A) *Compraventa con pacto de retro*

La venta con pacto de retro o venta a carta de gracia es una compraventa a la que las partes añaden un pacto expreso de retracto convencional en favor del vendedor. Esta venta se regula en el artículo 1507 del Código Civil que, sin definirla, dispone: «*Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor*

se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 y lo demás que se hubiese pactado». El artículo 1518 del Código Civil establece la duración del derecho: cuatro años contados desde la fecha del contrato si no se ha establecido nada al respecto y no más de diez años en caso de que se haya pactado⁷⁸.

Sí ha definido la figura la jurisprudencia al señalar que «la venta con pacto de retro consiste en un convenio por el que la persona que enajenó el dominio de una cosa en virtud de un contrato de compraventa, se reserva el derecho a recuperarla devolviendo al otro contratante la suma recibida y los gastos consignados; se trata en definitiva de un pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa» (STS de 23 de octubre de 2002).

La naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de retro no es la de un auténtico retracto. El retracto faculta a subrogarse en la posición del comprador en caso de enajenación de la cosa, con lo que, si el dueño no la enajena, el retracto no puede ejercitarse. Con el retracto convencional, en cambio, es el vendedor quien decide si volverá a adquirir la cosa, de modo que, si ejerce este derecho, se produce la resolución, la venta y la vuelta a la situación originaria (como si la compraventa no se hubiera producido). De ahí que decaigan las cargas que sobre la cosa hubiera impuesto el comprador.

El derecho de retracto tiene, por lo anterior, naturaleza de condición resolutoria que produce efectos frente a terceros si se trata de un inmueble y consta inscrito en el Registro de la Propiedad, y es también un derecho real oponible a terceros incardinado dentro de los derechos reales de adquisición. Estos pueden configurarse como un derecho personal o como un derecho real sobre la cosa y son transmisibles por cualquier título *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o gratuito, e hipotecables (art. 107.8 LH)⁷⁹.

B) La venta con finalidad de garantía.

El pacto de retro puede utilizarse, no obstante, como mecanismo para obtener/prestar dinero y asegurar la obligación. Así, si el vendedor (prestatario) no cumple su obligación, el comprador (prestamista) puede optar entre exigir el cumplimiento forzoso o apropiarse definitivamente de la cosa vendida. En este segundo caso, no hay propiamente una venta con pacto de retro, dado que no existe precio; el vendedor se obliga a devolver lo mismo que recibe, con lo que se trata simplemente de una vestidura de la llamada «venta en garantía». En el primero, por el contrario, si existe una verdadera venta (no un préstamo ni, consiguientemente, una garantía), aunque, a efectos de la Ley de Usura, pueda tratarse de operaciones sustancialmente equivalentes (RDGRN de 5 de junio de 1991).

En la doctrina se ha señalado que la venta con finalidad de garantía no infringe la prohibición de pacto comisorio por estar limitada a los derechos de garantía típicos⁸⁰. Pero también se ha entendido que se trata de un negocio ilícito por ocultar un pacto comisorio o por tratarse de un negocio simulado⁸¹.

El Tribunal Supremo entiende que el préstamo o el contrato simulado que disimula un préstamo que incluye un pacto comisorio provoca que dicho pacto incurra en nulidad *ipso iure* conforme a lo dispuesto en el artículo 1859 del Código Civil (STS de 27 enero 2012 [RJ 2012, 3658] que sigue una línea jurisprudencial consolidada, y aplica la doctrina general de la simulación relativa). La simulación relativa supone la expresión de una causa que no existe (la del contrato oneroso de compraventa) y la ocultación o disimulo de la causa realmente existente (la del contrato de préstamo). El contrato aparente no existe, pero sí existe el disimulado, siempre que este reúna los elementos que le son propios. (STS de 11 de febrero de 2005, a la que aluden las SSTS de 22 de febrero de 2007 y 18 de marzo de 2008). La aplicación de la doctrina de la simulación relativa conlleva que el préstamo se declare válido y que, consecuentemente, el prestatario deba devolver la cantidad que le fue prestada, sin que se reconozca la validez de la transmisión del derecho de propiedad, por razón del pacto comisorio.

La prohibición de pacto comisorio se extiende también al negocio de transmisión de propiedad en función de garantía a través de un medio indirecto consistente en la celebración de una compraventa simulada, y no se circumscribe a los contratos de garantía típicos, sino que también es aplicable a los negocios indirectos con fines de garantía pues, de lo contrario, el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil permitiría la creación de negocios fraudulentos a los que se aplicaría la prohibición que se quiere eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquella (art. 6.4 CC) (STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320)⁸². Esta sentencia recuerda que un caso histórico típico es la llamada «venta a carta de gracia», que es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) en el que el supuesto vendedor (y en realidad prestatario) vende al comprador (y en realidad prestamista) el bien con el pacto de retro. De este modo, si en el plazo acordado no ejercita el retracto (en realidad, no devuelve el dinero que se fijó como precio) el comprador (prestamista) adquiere la propiedad de la cosa⁸³. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) está obligado a devolver el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa por el solo incumplimiento de aquella obligación⁸⁴. No se trata de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*) sino de una clara simulación (compraventa con simulación relativa) el supuesto de préstamo con garantía cuando esta consiste en que el acreedor hará suyas las fincas si el deudor no devuelve el capital prestado y sus intereses.

Para la validez de la venta con pacto de retro, la jurisprudencia ha establecido los siguientes requisitos que también recapitula la sentencia de 4 de febrero de 2020:

- a) que su ejercicio dependa de la simple voluntad del vendedor, a su iniciativa unilateral, por lo que no concurre tal requisito en los supuestos de operatividad de condición resolutoria expresa,
- b) que consista en un derecho a retraer o recuperar, no a adquirir de nuevo,
- c) que el derecho se ejercite durante el plazo contractual o legal marcado, pues en otro caso se produce irremisiblemente el fenecimiento del retracto convencional y el comprador adquiere de modo irrevocable el dominio de la cosa vendida por caducidad del derecho a recuperarla, y,
- d) satisfacción de las prestaciones del artículo 1518, del Código Civil (al respecto, STS de 23 de octubre de 2002)⁸⁵.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en resolución de 21 de julio de 2021 (*RJ* 2021, 4175), también se refiere a los negocios simulados señalando que la prohibición de pacto comisorio se aplica incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos⁸⁶, y recuerda que las RDGRN de 30 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 7214); 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184) y 26 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 1461) concluyeron que la opción de compra examinada se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de esta), entendiendo que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Y aclara que, a diferencia del supuesto objeto de la resolución de 27 de octubre de 2020 (*RJ* 2020, 5464), en el que la opción se pactaba a favor del acreedor hipotecario, en el caso examinado consta en el historial registral la existencia de una hipoteca a favor de una entidad financiera, sin que ni de la escritura de opción, ni del Registro resulte que haya una vinculación entre la deuda garantizada y los optantes futuros compradores de la finca de forma que pueda deducirse que la opción se pacta en garantía de dicha deuda⁸⁷.

La resolución de 21 de julio de 2021 recuerda la de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 1097) que, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial, señala que no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, dado que, por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e «intervivos» de los derechos reales (art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento

jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (arts. 1261-3.^º y 1274 a 1277 CC). Y en la venta en garantía la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva, sino una transmisión provisional y cautelar, en función de garantía, a consolidar en caso de incumplimiento de la obligación, propósito no amparado por el ordenamiento jurídico por ser contrario a la prohibición del pacto comisorio que imponen los reiterados artículos 1859 y 1884 del Código Civil. En consecuencia, determina la nulidad plena y radical del negocio que incurre en tal infracción⁸⁸.

En la misma línea, la resolución de 28 de enero de 2020 recuerda, además, que el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 permite que, en las garantías internacionales que constituyen su objeto, el acreedor garantizado pueda, si así se ha previsto, tomar la posesión o el control de cualquier objeto gravado en su beneficio, o vender o arrendar dicho objeto siempre que se proceda, de acuerdo con su artículo 8, «de una forma comercialmente razonable». De ahí que la resolución señale que la posibilidad del pacto comisorio ha quedado incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, para garantías internacionales, con el requisito de que la apropiación o realización de la garantía se produzcan «de una forma comercialmente razonable»⁸⁹. También recuerda que la doctrina reciente pone de relieve que la vigencia de la prohibición del pacto comisorio en nuestro ordenamiento es innegable, extendiéndose tanto a fórmulas típicas como atípicas (entre las cuales se encuentra la opción de compra en garantía)⁹⁰, y no obvia que todos los procedimientos legales de ejecución tienen como objetivo común obtener el máximo rendimiento económico con los menores costes en beneficio de acreedor y deudor; y que una de las finalidades perseguidas con la prohibición del pacto comisorio es proteger los intereses de ambos. De ahí que dicha doctrina considere que deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello, podría admitirse tal pacto siempre que concurran las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que solo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión.

La resolución de 28 de enero de 2020 también señala que, para algún sector doctrinal, si la prohibición del pacto comisorio tiene su máximo sentido cuando dicho pacto tiene lugar en el momento constitutivo de la garantía real, con las debidas cautelas podría admitirse aquel pacto en un momento posterior a la concesión del crédito y al negocio constitutivo de la garantía. Si bien, se ha puesto de relieve el riesgo que existe en el pacto *ex intervallo* de simulación o de posibles fraudes, haciendo aparecer en documento el acuerdo entre las partes como que el pacto es posterior, cuando en realidad fue coetáneo al nacimiento de la obligación y, por tanto, en condiciones potencialmente abusivas para el deudor⁹¹.

Por lo señalado hasta ahora, puede concluirse que la causa contractual es también el criterio que permite determinar la validez o invalidez de la venta con pacto de retro. Así, cuando la verdadera causa del negocio de préstamo se oculta bajo la apariencia de un contrato de compraventa con pacto de retro, estaremos en presencia de un negocio indirecto y se aplicará la doctrina de la simulación relativa, que supone la nulidad de la compraventa que encubre un pacto comisorio.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. En Derecho español, el pacto comisorio (cláusula comisoria) se halla vinculado históricamente a tres instituciones de derecho común: la compraventa de bienes inmuebles, el censo enfitéutico y los contratos de garantía. En cada una de ellas los efectos que produce dicho pacto tienen distinto alcance y, por ello, su admisibilidad también varía.

2. En la compraventa de inmuebles el pacto comisorio es una estipulación expresa por la que las partes acuerdan que, una vez vencido el término de cumplimiento sin que el comprador haya pagado el precio, la venta se resolverá de manera automática. Se trata de una garantía en favor del vendedor que se incorpora al contrato para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago del comprador. El Código Civil se refiere a él en el artículo 1504 del Código Civil. Su naturaleza jurídica es la de un pacto resolutorio expreso que busca proteger al vendedor y que se traduce, principalmente, en una mayor objetivación de la aplicación del efecto resolutorio del contrato. Si bien, la diferencia respecto del marco de aplicación general del artículo 1124 del Código Civil se ha rebajado considerablemente. El beneficio del artículo 1504 del Código Civil opera para el comprador y aún después de haber expirado el término establecido. Comprador y vendedor pueden pactar, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, que dicho artículo se aplique también a los casos de incumplimiento del vendedor.

3. El artículo 1648 del Código Civil recoge los supuestos en que procede el comiso en el censo enfítéutico, que es la institución relacionada con el pacto comisorio. El comiso es el derecho del censualista o dueño directo a recobrar el dominio útil de la finca, consolidando, de este modo, la plena propiedad. La relación entre el comiso en el censo enfítéutico y el pacto comisorio en la compraventa es, tanto etimológica, como funcional, dado que en ambos casos se permite la resolución de la relación jurídica por incumplimiento del deudor. La facultad de resolver corresponde en ambos casos a una de las partes (al vendedor en la compraventa y al censualista en el censo enfítéutico) ante la falta de pago de la otra parte (del precio en la compraventa, o de la pensión, en la enfiteusis). Asimismo, hay similitudes en su régimen legal: el artículo 1649 del Código Civil prevé para el comiso por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos la obligación del dueño directo de requerir de pago al enfiteuta judicial o notarialmente y, si este no paga dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, queda expedido el derecho de aquel. Se impide también aquí el automatismo en la resolución. Tanto los artículos 1648 y siguientes, como el artículo 1504 del Código Civil tienen carácter tuitivo, dado que tratan de facilitar al deudor incumplidor la posibilidad de pago para evitar la resolución. En el censo enfítéutico se recoge expresamente la liberación del deudor con el pago extemporáneo.

4. Las razones que la doctrina y la jurisprudencia han aducido para justificar la prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía son de diversa índole: a) evitar un enriquecimiento injusto (impedir que el acreedor se apropie de un bien cuyo valor es, casi siempre, notablemente superior al del crédito garantizado, beneficiándose con ello de la *hyperocha* (diferencia de valor entre el precio de la cosa y el importe del crédito garantizado); b) razones son de tipo procesal y de orden público (el pacto comisorio desnaturaliza las formas de garantía previstas en la ley, y, al permitir la apropiación privada del bien, desvirtúa el principio que confiere al Estado poder exclusivo en materia de ejecución), y c) razones morales (el pacto comisorio permite al acreedor aprovecharse de la situación de necesidad del deudor).

5. La causa está ligada a la atribución patrimonial, entendida esta como el beneficio evaluable económicamente que se recibe a costa de otra persona y que puede recaer sobre cosas, créditos, servicios, abstenciones y, en general, cualquier posible objeto de la obligación. Este ligamen significa que cualquier atribución patrimonial está basada en una causa. Y, para ser válida, la atribución debe estar justificada por una ley o por una relación voluntaria antecedente que explique el desplazamiento patrimonial (p. ej., la adquisición de la propiedad de una finca está justificada por el contrato de compraventa precedente; este contrato es, por tanto, la causa

de la adquisición de la propiedad, la adquisición trae causa del contrato de compraventa).

6. La causa, que es también fundamento de la teoría del título y el modo, hace que el requisito de la justa causa no se limite al contrato, sino que se extienda al derecho que se adquiere en virtud de tal contrato. La causa, ligada a la atribución patrimonial en que consiste el derecho que se inscribe, es el título de la adquisición. De ahí que el deber de calificación del registrador que establece el artículo 18 LH recaiga, tanto sobre el modo (la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción), como sobre el título (la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas —y, por ello, la capacidad de los otorgantes). Deber circunscrito a lo que resulte de las escrituras y de los asientos del Registro.

7. A diferencia de la compraventa y del censo enfitéutico que son contratos principales en donde la causa se realiza mediante la transmisión a una de las partes de un bien determinado (en la compraventa) o de parte del dominio de un bien determinado (en el censo enfitéutico), en los contratos de garantía, que tienen carácter accesorio, la realización de la causa no implica transmisión del bien, sino un refuerzo de la responsabilidad patrimonial del deudor del contrato principal.

8. En los contratos de garantía la causa es y se limita, por tanto, a garantizar al acreedor la satisfacción de la obligación asegurada, con lo que este no puede pretender la transmisión dominical del bien gravado dado que ello excede las facultades otorgadas por el contrato. Y, como la causa de garantía es diferente de la causa traslativa, no cabe la apropiación por el acreedor del bien dado en garantía. Sin perjuicio de que esa causa traslativa pueda darse en un posterior convenio solutorio. El consentimiento de las partes en los contratos de garantía recae, consecuentemente, sobre los elementos de la causa de garantía, no de la causa traslativa, cuyos presupuestos negociales son distintos.

9. La causa contractual permite justificar, de una parte, la pervivencia de la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía y, de otra, justificar la licitud de la dación en pago, que facilita a deudor y acreedor a acordar la satisfacción de la deuda garantizada, vencida y exigible para evitar la ejecución de la garantía (art. 1175 CC). Y justifica, asimismo, la validez de otras figuras jurídicas, en ocasiones cuestionadas —por su indebida asimilación a los contratos de garantía—, como es el caso del arrendamiento financiero o *leasing*, que es un contrato de financiación por el que el arrendador financiero (propietario) cede al arrendatario financiero o usuario, por tiempo determinado, el uso de un bien que previamente ha comprado a un vendedor o fabricante siguiendo las indicaciones del usuario, a cambio del pago de cuotas periódicas y,

por regla general, le otorga la facultad de opción de compra al terminar el contrato.

10. Doctrina y jurisprudencia están considerando válidas las formas atenuadas del pacto comisorio en los contratos de garantía (el pacto marciano y el pacto *ex intervallo*). El pacto marciano es la estipulación por la que se acuerda que, si vencida la obligación el deudor no paga, la propiedad de la cosa gravada pasará al acreedor, previa justa estimación de su valor. Parece razonable su admisión, dado que este beneficia tanto al acreedor, como al deudor, a quien la aplicación de los mecanismos legales de ejecución podría resultarle más perjudicial que la solución que proporciona el pacto cuando se establecen medios objetivos y seguros de valoración de la cosa, como lo son el juicio de peritos. En estas condiciones el pacto puede suponer un instrumento para garantizar la commutatividad y equilibrio de las prestaciones.

11. El pacto *ex intervallo* es la estipulación acordada después de la concesión del crédito y antes de su vencimiento. La doctrina y la jurisprudencia también se muestran favorables a su admisión dado que la razón de la prohibición no es otra que asegurar la commutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor. De ahí que la necesidad de impedir el pacto se manifiesta especialmente cuando nace coetáneamente con la obligación a la que se liga su efectividad. No obstante, siempre habrá que vigilar la realidad de los presupuestos de validez del pacto.

12. La prohibición del pacto comisorio se extiende también, en el contrato de préstamo, al negocio de transmisión de propiedad en función de garantía a través de un medio indirecto consistente en la celebración de una compraventa simulada, y no se circumscribe a los contratos de garantía típicos, sino que también es aplicable a los negocios indirectos con fines de garantía. En otro caso, el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil permitiría celebrar negocios fraudulentos a los que se aplicaría la prohibición que se quiere eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquella. La causa contractual es, también aquí, el criterio determinante de la validez o invalidez de la venta con pacto de retro. Así, cuando la verdadera causa del negocio de préstamo se oculta bajo la apariencia de un contrato de compraventa con pacto de retro (compraventa en garantía), estaremos en presencia de un negocio indirecto y se aplicará la doctrina de la simulación relativa, que supone la nulidad de la compraventa que encubre el pacto comisorio. El préstamo se declarará válido y, consecuentemente, el prestatario deberá devolver la cantidad que le fue prestada, sin que se reconozca la validez de la transmisión del derecho de propiedad, por razón del pacto comisorio.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBALADEJO, M. (1991): *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Vol. II, Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad, séptima edición, Edit. Bosch, 190 y ss.
- ANDRÉS SANTOS, F.J. (2010): Artículos 1628 a 1654: del censo enfiteútico. Disposiciones relativas a la enfiteusis en *Comentarios al Código Civil*, (dir. Domínguez Luelmo, A., 1777-1789).
- ÁVILA NAVARRO, P. (1994): Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria, *RCDI*, núm. 625, 2581 a 2617.
- BADÍA SALILLAS, Á. (1985): En torno al artículo 1.504 del Código Civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor, *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Edit. Centro de Estudios Hipotecarios, 41 a 66.
- BUSTOS PUECHE, J.E. (1990): Teoría general sobre los derechos reales de garantía con especial atención al pacto comisorio, *Anuario de Derecho Civil*, II, 539 a 572.
- CABALLÉ MARTORELL, A. (2011): Efectos obligacionales y reales del impago del precio en la venta con pacto comisorio, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16.
- CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2008), *Tratado de los Derechos de Garantía* (2^a ed.). Edit. Dykinson.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1998): *La causa del contrato*, Edit. Bolonia: Real Colegio de España, 1998, ISBN: 84-922192-5-4.
- CORDERO LOBATO, E. (2021): Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio, Las garantías en el Derecho Mercantil: problemática actual, *Cuadernos de Derecho y Comercio. Colección monografías*.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. (2001) Garantías personales y reales, *Curso de Derecho mercantil*, T.II, (coord. URÍA, R./MENÉNDEZ, A., Edit. Civitas. 651-681.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2013): Retroventa, pacto comisorio, usura: criterios delimitadores (y carta de gracia) en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz* (coord. Cámara Aguila, M.P.; Cordero Lobato, E.; Gutiérrez Santiago, P; Pérez de Castro, N.; Marín López, M.J.; y Quicios Molina, M.S.; dir. Carrasco Perera, Ángel), Vol. 2, 1329-1340.
- DE BARRÓN ARNICHES, P. (2021): La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario, *RCDI* núm. 785, 1547-1604.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985): *El negocio jurídico*, Edit. Civitas.
- DE GRASSOT, R. (2008): El censo enfiteútico y sus detractores, *Revista La Notaria. 150 anys: 1858-2008*, Vol. 2, (Fundamentos e instituciones de Cataluña = Fonaments i institucions del dret de Catalunya).
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro/ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (2018): *Curso de Derecho Civil 2, Derecho de obligaciones, Vol. I: Teoría general de la obligación y el contrato*, Edit. Edisofer.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2019): Los requisitos de la causa del contrato, según la jurisprudencia del TS. accesible en: <https://idibe.org/tribuna/los-requisitos-la-causa-del-contrato-segun-la-jurisprudencia-del-ts/>.

- DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010): El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: 40 años después. EPprints Complutense, 2010, Disponible en: http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2021): *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español*, Edit. Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1963): El concepto de causa en el negocio jurídico, *ADC*, Vol. 16, Nº 1, 3-32.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 5.^a edición, Edit. Tecnos.
- (2007) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Edit. Thomson Civitas.
- D'ORS, Á. (1991): *Derecho Privado Romano*, Octava edición revisada, Edit. EUNSA, 468. Codex Theodosianus 3, 2, 1.
- D'ORS, Á.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M.J. y BURILLO, J. (1968): *El Digesto de Justiniano, Tomo I Constituciones Preliminares y Libros 1-19*, Edit. Aranzadi.
- DURÁN RIVACOBIA, R. (1998): *La propiedad en garantía: prohibición de pacto comisorio*, Edit. Aranzadi.
- FAUS PUJOL, M. (2022): Venta con pacto de retro según el Código Civil en *Práctico Contratos Civiles*, Edit. VLex.
- FELIÚ REY, M.I. (1995): *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Edit. Civitas.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. (2001): El *leasing* frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos, *RDM*, núm. 239, 201 y sigs.
- FERRANDIS PICORNELL, T. (2000): El censo enfitéutico en Cataluña, *Derechos civiles de España*, (coord. Martínez-Simancas Sánchez, J., Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Vol. 2, (Cataluña I), 1111-1137.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2012): *Causa y garantía fiduciaria*, Edit. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. (1895): *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Segunda Parte. Código*. Tomo II, 352 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1992): *Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado*, *RCDI*, núm. 613, 2463 a 2494.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. y HEREDIA CERVANTES, I. (2012): El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 1415-1450.
- GONZÁLEZ BOU, E. (2003): El censo enfitéutico en Cataluña: configuración actual y perspectivas de futuro. *Revista La Notaria*, núm. 6, 15-26.
- GONZÁLEZ POVEDA, P. (1997): *Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Wolters Kluwer.
- GONZALEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004). El *leasing* inmobiliario como garantía real anómala. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 211y sigs.
- HEREDIA CERVANTES, I. (2013): El Convenio de Ciudad del Cabo, *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial*, núm. 48, 38-43.

- (2014): La adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo y sus consecuencias., *La Ley mercantil*, núm. 1, 206-220.
- IRURZÚN GOICOA, D. (1965): La cláusula resolutoria y el pacto comisorio, en *Estudios de Derecho Privado* (dir. Esperanza Martínez-Radío, A. de la), Volumen II, Edit. Revista de Derecho Privado.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981): La causa en los contratos de garantía, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 709 a 755.
- (1994): *Elementos de Derecho civil II*. Derecho de obligaciones, Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato. Edit. José María Bosch. Tercera edición.
- (2000): *Elementos de Derecho civil II*. Derecho de obligaciones, Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato. Edit. Dykinson. Primera edición.
- MAGARIÑOS BLANCO, V. (1992): Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía de precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles, *RCDI*, núm. 608, 63 a 144.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1950): *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo X, 5^a edición, Edit. Reus.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2002): 26 de abril de 2001: Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta. en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitarse una acción real contra el bien que sirve de garantía, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 147-172.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J.Á. (1992): La prohibición de comiso y la venta a carta de gracia. *Revista Jurídica del Notariado*, N° 2.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Á. (1964): Repercusiones prácticas de escrituras notariales, *Revista de Derecho Privado*, 183 y sigs.
- (2007): La causa del contrato, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2007, 2649-2672.
- MARZAL RODRÍGUEZ, P. (2011): Artículo 1648 «Comiso de la finca y devolución al dueño directo»; Artículo 1649 «Petición de comiso por el dueño directo», y Artículo 1650 «Liberación del comiso por el enfiteuta», *Código Civil comentado*, (dirs. Cañizares Laso, A.; Pablo Contreras, P. de; Orduña Moreno, F.J., Valpuesta Fernández, R., Vol. 4, (Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final). (coord., Orduña Moreno, F.J.; Plaza Penadés, J.; Martínez Velencoso, L.; M. Rodríguez Rosado, B.), 609-611, 611-612 y 611-612.
- MAS ALCARAZ, C. (1965): El pacto comisorio, *Estudios de Derecho Privado*, (dir. De la Esperanza Martínez-Radío, A.), vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado.
- MOLL DE ALBA, Ch. (1999): *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria: la figura del pacto comisorio*, Edit. Cedecs.
- (1999): El pacto comisorio en el Código Civil. *Libro homenaje a JESÚS LÓPEZ MEDEL*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 663-688.
- MULLERAT BALMAÑA, R. (1971): El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles, *Anuario de Derecho Civil*, 481 a 529.

- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2022): La ejecución de la prenda de derechos sociales. Nuevas alternativas, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX,, núm. 1, 35-102.
- REDONDO TRIGO, F. (2007): El pacto marciano, el pacto «ex intervallo» y la fiducia «cum creditore» en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005, *RCDI*, núm. 699, 355-375.
- RIVERA FERNANDEZ, M./ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2017): *Lecciones de Derecho Privado, Tomo I, Volumen III, Relación jurídica. Derechos subjetivos, representación y negocio jurídico*. Edit. Tecnos.
- ROVIRA JAÉN, F.J. (1995): *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, Ed. Civitas.
- SAPENA TOMAS, J. (1957): Actualidad de la «fiducia cum creditore», *Revista de Derecho Notarial*, XVII-XVIII, págs. 125-212.
- SCHULZ, F. (1960): *Derecho Romano Clásico*, traducido por José SANTA CRUZ TEIGEIRO, Edit. Bosch.
- TÉLLEZ CODORNIU, L. (1991): Extinción cancelación y redención de los censos enfítéticos catalanes según la Ley número 6/1990, de 16 de marzo, de los censos catalanes, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 90, núm. 3, 715-728.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2022): Arrendamiento financiero: aspectos contratuales, registrales y concursales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 791, 1443-1492.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2021): La voluntad en el proceso de inscripción: las inscripciones obligatorias. La inscripción constitutiva. Las inscripciones llamadas declarativas y el efecto de no inscribir. La inscripción en el *iter transmisivo* de un derecho: la tradición y la inscripción. La causa y la inscripción. El problema del consentimiento formal. Parte III. El registro de bienes: el Registro de la Propiedad, *Tratado de Derecho civil. Tomo X: la fe pública registral*. (Rams Albesa, J. (Dir.), Lacruz Bescós, J.L. (Coord.) y Quiñones Otero, D.V.D. (Coord.), Edit. Dykinson, 391- 415.
- VON THUR, A. (2006): *Parte general del Derecho Civil*. Traducción de Wenceslao Roces. Edit. Comares.

NOTAS

¹ Para un estudio del pacto comisorio en la compraventa por la doctrina reciente vid., entre otros autores, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE (2013): Retroventa, pacto comisorio, usura: criterios delimitadores (y carta de gracia), en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz* (coord. Cámara Aguilera, M.P.; Cordero Lobato, E.; Gutiérrez Santiago, P.; Pérez de Castro, N.; Marín López, M.J.; y Quicilos Molina, M.S.; dir. Carrasco Perera, Á.), Vol. 2, 1329-1340; Caballé Martorell, A. (2011): Efectos obligacionales y reales del impago del precio en la venta con pacto comisorio, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16; GONZÁLEZ POVEDA, P. (1997): *Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Wolters Kluwer; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2002): 26 de abril de 2001: Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta, en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 147-172, y MOLL DE ALBA, CH. (1999): *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria: la figura del pacto comisorio*, Edit. Cedecs.

² D'ORS, Á.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M.J. y BURILLO, J. (1968): *El Digesto de Justiniano, Tomo I «Constituciones Preliminares y Libros 1-19»*, Edit. Aranzadi, 675 y sigs.

³ El artículo 1503 del Código Civil dispone: «Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124». Y el artículo 1505 del Código Civil: «Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de este se hubiese pactado mayor dilación».

⁴ La STS de 14 de diciembre de 2015 justifica esta rebaja en el desenvolvimiento de la dinámica resolutoria del contrato que necesariamente ha tendido a aproximar ambas acciones. Así, de una parte, ya se flexibilizó la excesiva rigidez que inicialmente acompañaba a la resolución general del artículo 1124 del Código Civil (voluntad deliberadamente rebelde, etc.) y, de otra, y de forma más acentuada, la aproximación se ha producido con la admisión de la resolución extrajudicial del contrato mediante la declaración unilateral del vendedor en el marco de la acción general de resolución; si bien, dejando su eficacia última, cuando esta sea discutida, a la decisión de los tribunales. En relación con el juego de las excepciones relativas al cumplimiento contractual (la *exceptio non adimpleti contractus*, y la *exceptio non rite adimpleti contractus*) y su relación con la dinámica resolutoria, señala que su ejercicio no viene condicionado ni a la exigencia de un previo requerimiento notarial, ni a la interposición de una demanda reconvencional. Y cita, entre otras, la sentencia de 20 de noviembre de 2012 que señala las importantes diferencias, tanto conceptuales como de régimen jurídico, que existen entre estas figuras, y la sentencia de 18 de mayo de 2012, que, configura la excepción como un medio de defensa tendente a paralizar la pretensión de cumplimiento, de modo que su ejercicio no impide al demandado el ejercicio de la acción resolutoria en el propio proceso, vía reconvencional, o en otro distinto como pretensión propia y directa. Asimismo, la parte actora, una vez desestimada su demanda, puede volver a iniciar una reclamación para el cumplimiento, tras cumplir su propia obligación, sin que opere la excepción de cosa juzgada.

⁵ En principio, la doctrina y la jurisprudencia consideraron que el requerimiento era una notificación al comprador para que se allanara a resolver la obligación sin obstaculizar la extinción contractual, *Vid.* MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1950): *Comentarios*

al *Código Civil español*, edit. Reus; MARTÍNEZ SARRIÓN, Á. (1964): Repercusiones prácticas de escrituras notariales, *Revista de Derecho Privado*, 183 y sigs.; MULLERAT BALMAÑA, R.M. (1971): El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles, *Anuario de Derecho Civil*, 507 y 508 y, entre las numerosas sentencias del Tribunal Supremo, la de 7 de octubre de 1991 (RA 6892), 18 de octubre de 1994 (RA 7486) o la de 26 de diciembre de 1996 (RA 9279). Considerar el requerimiento del artículo 1504 del Código Civil una intimación al pago, MOLL DE ALBA, CH. (1999): El pacto comisorio en el Código Civil. *Libro homenaje a JESÚS LÓPEZ MEDEL*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 663-688; BADÍA SALILLAS, Á. (1985): En torno al artículo 1504 del Código Civil: Requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor, *Estudios Jurídicos en homenaje a TIRSO CARRETERO*, Edit. Centro de Estudios Hipotecarios, 44 a 47; MAGARINOS BLANCO, V. (1992): Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía de precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles, *RCDI*, núm. 608, 130 y sigs. y ROVIRA JAÉN, F.J. (1996): *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, Edit. Civitas.

⁶ Señala el artículo 1154 del Código Civil: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

⁷ La STS de 23 de junio de 2020 analiza una cláusula inserta en un contrato de compraventa de inmueble que establecía: «Será causa de resolución de pleno derecho del presente contrato de compraventa el impago de tres o más de las cantidades aplazadas del precio, tanto consecutivas como alternas. En caso de producirse el incumplimiento mencionado, el vendedor podrá resolver el contrato de compraventa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil, a cuyo fin requerirá al comprador de resolución. Producida la resolución, el comprador perderá, en beneficio del vendedor, las cantidades entregadas hasta ese momento a cuenta del precio, considerándose dicha pérdida en concepto de indemnización de daños y perjuicios que al vendedor le provoca la no consumación de esta compraventa.».

⁸ La Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 modificó el párrafo 3 del artículo 11 LH que ahora dispone: «Lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie». En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas.

⁹ Para un estudio de los efectos de esta inscripción *vid.* GÓMEZ GÁLLIGO, F. (1992): Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado, *RCDI*, núm. 613, 2463 a 2494.

¹⁰ En las Partidas era requisito de forma la constancia por escrito, que se mantuvo en el Ordenamiento de Alcalá y evolucionó hasta permitir su prueba por los distintos medios admitidos en Derecho, «como ha establecido la jurisprudencia en numerosas sentencias que van desde la de 20 de enero de 1896 a la de 8 de noviembre de 1930, estando en este supuesto reconocida la existencia del censo enfitéutico y su permanencia lo que, a efectos del valor de las fincas sobre que recae es trascendente a falta de otros datos en su constitución y aún a causa de su sustitución por otras al haberse practicado la concentración parcelaria en la zona». De ahí que pueda recurrirse a la solución del artículo 1611 del Código Civil cuyo párrafo primero es perfectamente aplicable, al igual que a los de otra clase, al censo enfitéutico según ha establecido esta Sala en las sentencias de 14 de junio y 3 de julio de 1946 y 19 de abril de 1965». (STS de 16 de febrero de 2001). Dispone el artículo 1611 pfo. primero del Código Civil». Para la redención de los censos constituidos antes de la promulgación de este Código, si no fuere conocido el capital, se regulará este por la cantidad que resulte, computada la pensión al 3 por 100.».

¹¹ En la legislación catalana, por el contrario, se considera verdadero dueño al enfitéuta (capítulo V «De los derechos de censo» del título VI (De los derechos reales limitados)

de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales). *Vid.* FERRANDIS PICORNELL, T. (2000): El censo enfitéutico en Cataluña, *Derechos civiles de España*, (coord. Martínez-Simancas Sánchez, J., Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Vol. 2, (Cataluña I), 1111-1137; GONZÁLEZ BOU, E. (2003): El censo enfitéutico en Cataluña: configuración actual y perspectivas de futuro. *Revista La Notaria*, núm. 6, 15-26; DE GRASSOT, R. (2008): El censo enfitéutico y sus detractores, *Revista La Notaria. 150 anys: 1858-2008*, Vol. 2, (Fundamentos e instituciones de Cataluña = Fonaments i institucions del dret de Catalunya); TÉLLEZ CODORNIU, L. (1991): Extinción cancelación y redención de los censos enfitéuticos catalanes según la Ley número 6/1990, de 16 de marzo, de los censos catalanes, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 90, núm. 3, 715-728. La resolución de 27 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tras recordar que el recurso debe ceñirse a la nota de calificación (cfr. art. 326 LH), sin prejuzgar por ello cuestiones relacionadas con la aplicación del derecho civil catalán, señala que, no obstante, conoce la existencia de posturas que han cuestionado la indiscriminada aplicación de la prohibición del pacto comisorio a este derecho, y de pronunciamientos judiciales que han abordado la cuestión con planteamientos según los cuales, a la vista de las circunstancias del caso y de las pruebas practicadas en el proceso, han concluido que no existe en tal derecho civil una prohibición general del pacto comisorio.

¹² La SAP de Castellón prosigue: Señalaba en este sentido la STS de 11 de febrero de 1908 que «un arrendamiento perpetuo equivale a un verdadero contrato de censo enfitéutico, porque la circunstancia de la perpetuidad no se aviene ni conforma con las características intrínsecas de aquel contrato».

¹³ Vid., entre otros, MARZAL RODRÍGUEZ, P. (2011): Artículo 1648 «Comiso de la finca y devolución al dueño directo»; Artículo 1649 «Petición de comiso por el dueño directo», y Artículo 1650 «Liberación del comiso por el enfiteuta», *Código Civil comentado*, (dirs. Cañizares Laso, A.; Pablo Contreras, P. D; Orduña Moreno, F.J.; Valpuesta Fernández, R.; Vol. 4, (Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final). / (coord., Orduña Moreno, F.j.; Plaza Penadés, J.; Martínez Velencoso, L.; M., Rodríguez Rosado, B.), 609-611, 611-612 y 611-612.; ANDRÉS SANTOS, F.J. (2010): Artículos 1628 a 1654: del censo enfitéutico. Disposiciones relativas a la enfiteusis, en *Comentarios al Código Civil*, (dir. Domínguez Luelmo A., 1777-1789).

¹⁴ ALBALADEJO, M. (1991): *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Vol. II, Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad, séptima edición, Edit. Bosch, 190 y sigs.

¹⁵ Siendo prevalente el dominio directo, es con su titular con quien hay que entenderse para redimir la finca conforme al artículo 1651 del Código Civil (RRDGRN de 10 de octubre de 1988 y 18 de diciembre de 2017). De acuerdo con el artículo 1651 del Código Civil, «la redención del censo enfitéutico consistirá en la entrega en metálico, y de una vez, al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación, a menos que haya sido estipulada».

¹⁶ Señala el artículo 1648 del Código Civil: «Caerá en comiso la finca, y el dueño directo podrá reclamar su devolución: 1.º. Por falta de pago de pensión durante tres años consecutivos. 2.º. Si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato o deteriora gravemente la finca».

¹⁷ El artículo 1650 del Código Civil establece: «Podrá el enfiteuta librarse del comiso en todo caso, redimiendo el censo y pagando las pensiones vencidas dentro de los treinta días siguientes al requerimiento de pago o al emplazamiento de la demanda (...), y el artículo 1651 del Código Civil: «La redención del censo enfitéutico consistirá en la entrega en metálico, y de una vez, al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación a menos que haya sido estipulada».

¹⁸ En los Derechos quiritorio y clásico el pacto comisorio era lícito y frecuente en la práctica. *Vid.* MOLL DE ALBA, CH., con cita de SCHULZ, F. (1960): *Derecho Romano Clásico*, traducido por José SANTA CRUZ TEIGEIRO, Edit. Bosch., en la 396 que recuerda que «La *lex commissoria* fue aplicable durante todo el periodo clásico, a pesar de lo muy rigurosa que resultaba para el deudor», El pacto... *opus cit.* p. 4; IRURZUN GOICOA, D. (1965) contempla dos razones que avalan la licitud del pacto en el Derecho romano clásico, una ética, y otra, jurídica: «A la moral, más bien utilitaria de la época, no repugnaba que la prenda, de valor muy superior al importe del débito, pasase, incumplido este, en plena propiedad al acreedor, perdiendo el deudor la *hyperocha* (diferencia de valor existente entre el precio justo de la cosa y el importe del crédito garantizado). Jurídicamente, de un lado, se consideraba que el deudor era libre de aceptar o no el pacto, pero si lo consentía, quedaba vinculado a él, sin que pudiese investigarse las condiciones de libertad o de necesidad en que se hallase. Por otra parte, la licitud quedaba abonada por su entronque con la fiducia», La cláusula resolutoria y el pacto comisorio, en *Estudios de Derecho Privado*, (dir. Esperanza Martínez-Radio, A. de la), Volumen II, Edit. Revista de Derecho Privado, 32.

¹⁹ D'ORS, Á. (1991): *Derecho Privado Romano*, Octava edición revisada, Edit. EUNSA, 468. Codex Theodosianus 3, 2, 1. Esta prohibición fue recogida en el Código de Justiniano (8, 34, 3), y GARCÍA DEL CORRAL, I. (1895): *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Segunda Parte. Código*. Tomo II, 352 y sigs.

²⁰ D'ORS, Á. (1968): *El Digesto de Justiniano, Tomo I*, Edit. Aranzadi, 335 y sigs. El nombre de Marciano procede del jurisconsulto a quien se dirigió la consulta contenida en el Digesto (20,1,16,9) «puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que, si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla (Marcian, ad form, hypoth»).

²¹ El artículo 2078 párrafo 2.^º del Código de Napoleón solo hará referencia al pacto comisorio en la prenda. El BGB alemán lo prohibirá para la hipoteca (§ 1.149), y la prenda (§ 1.229) y el Código italiano de 1942 en el artículo 1.963 para la anticresis, y en el artículo 2744 para la hipoteca y a la prenda.

²² Señala, no obstante, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2022) que el seguimiento histórico de esta prohibición no es unánime, «aparece en el devenir evolutivo del derecho romano de donde pasa a nuestros textos históricos y, tras algunos vaivenes, se incorpora al Código Civil de 1889 como un límite estructural de la prenda y, en general, de todos los derechos de garantía. A partir de su consagración en el artículo 1859 del Código Civil, mayoritariamente se ha deducido, con cierta inercia por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, la inviabilidad, por ilicitud, de los pactos que facultaban al acreedor para disponer o apropiarse de la garantía», La ejecución de la prenda de derechos sociales. Nuevas alternativas, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, p. 41.

²³ FELIÚ REY, M. (1995), para quien el origen de la prohibición está ligado a la prohibición del mutuo retribuido y la represión de la usura. Con el tiempo, dado que la usura tuvo una regulación expresa, la prohibición encontró su fundamento en los principios de proporcionalidad, tutela de la parte contratante más débil y no enriquecimiento injusto, y, más recientemente en la noción de protección del interés general. La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía, Edit. Civitas, 66 a 88.

²⁴ *Vid.* BUSTOS PUECHE, J.E. (1990): Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio, *ADC*, Vol. II, 563 y sigs., y ÁVILA NAVARRO, P. (1994): Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria, *RCDI*, núm. 625, 2611.

²⁵ En esta línea se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 derogó el artículo 129.2 LH, relativo al procedimiento extrajudicial de ejecución hipo-

tecaria por constituir un precedente de defensa privada y ser contrario a la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción estatal (art. 117.3 CE). Y la STS de 26 de diciembre de 1998 que proclama la inviabilidad, por ilicitud, de los pactos que facultan al acreedor para disponer o apropiarse de la garantía con el argumento de que la única forma de ejecución extraprocesal de la prenda (salvo que tuviese por objeto valores cotizados) era la contemplada en el artículo 1872 del Código Civil, cuyas previsiones son netamente imperativas.

²⁶ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2021): *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español*, Edit. Aranzadi, Capítulo I.

²⁷ DURÁN RIVACOBA, R. (1998) señala que este pacto «refleja el torticero aprovechamiento de la necesidad ajena»: *La propiedad en garantía: prohibición de pacto comisorio*, Edit. Aranzadi, p. 29.

²⁸ La resolución hace referencia a las resoluciones de 26 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5995) y 28 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 2547), 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 8 de abril y 5 de junio de 1991, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 10 de enero de 2001, 19 de febrero de 2002, 20 de noviembre de 2006, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008, 20 de julio, 20 de septiembre y 21 de octubre de 2012, 21 y 22 de febrero, 4 de julio y 5 de septiembre de 2013, 14 de julio de 2016.

²⁹ Dispone el artículo 1884 del Código Civil: «El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

³⁰ Señala el artículo 1175 del Código Civil: «El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, solo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil». *Vid.* la STS de 26 de junio de 2020 sobre la prohibición de enriquecimiento injusto.

³¹ *Vid.* desarrollo y crítica en DÍEZ-PICAZO, L. (1963): El concepto de causa en el negocio jurídico, *ADC*, Vol. 16, núm. 1, 3-32 y (2007): *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Edit. Thomson Civitas, 265-266. *Vid.* también sobre la causa: CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1998): *La causa del contrato*, Edit. Bolonia: Real Colegio de España, 1998, ISBN: 84-922192-5-4; y más recientemente, DE PABLO CONTRERAS, P./ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2018): *Curso de Derecho Civil 2, Derecho de obligaciones*, Vol. 1: *Teoría general de la obligación y el contrato*, Edit. Edisofer, y RIVERA FERNÁNDEZ, M./ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2017): *Lecciones de Derecho Privado, Tomo I, Volumen III, Relación jurídica. Derechos subjetivos, representación y negocio jurídico*, Edit. Tecnos.

³² Seguimos en el recorrido histórico a LACRUZ BERDEJO, J.L. (1994): *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato*, Edit. José María BOSCH (3^a ed.), 440-453. LACRUZ critica el hecho de que DOMAT transfiera, en ocasiones, el requisito de la causa desde la obligación al contrato, como si se tratase de la misma cosa, de modo que en algunas partes de su obra hace de la causa una condición de validez de la convención, e incluso su fundamento exclusivo.

³³ En los Códigos civiles alemán y suizo no se mencionará la causa, ni entre los requisitos del contrato, ni entre sus elementos.

³⁴ Para LACRUZ (2000), el motivo causalizado se sitúa en la línea de figuras como la presuposición o la base del negocio abordadas en diversas épocas por la dogmática alemana. Para este autor, apurando el argumento, tales figuras se pueden poner también en relación el artículo 1275 del Código Civil («Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a

la moral»), y en concreto, con la referencia a los contratos «sin causa», denominación que comprende, no solamente los simulados, sino también, y más precisamente, con aquellos en los que falta el fundamento de la atribución patrimonial o de la obligación. En relación con la presuposición, LACRUZ recuerda que la consideración de tales previsiones y finalidades —incluso las de una sola de las partes— como regulador de la vigencia del negocio jurídico, cobra especial relieve en la obra de WINDSCHEID, que formuló la conocida teoría de la presuposición (condición no desarrollada o limitación de voluntad que se desenvuelve hasta el punto de transformarse en una condición). Así, quien manifiesta su voluntad mediando una presuposición, al igual que quien emite una declaración condicionada, solo quiere el efecto jurídico para el caso de que exista o se produzca cierto supuesto de hecho; pero no llega a hacer depender de él la eficacia del negocio. Consecuentemente, tal eficacia debe subsistir aun fallando la presuposición. Ahora bien, como eso no se corresponde con lo que realmente quiere el autor de la declaración, y la subsistencia del efecto jurídico no tiene sustancialmente razón que la justifique, el perjudicado puede, o bien defenderte por medio de excepciones contra las pretensiones que se funden en dicha declaración, o bien intentar, contra el favorecido por el efecto, una acción tendente a hacerlo cesar. Ciertas circunstancias, presentes o futuras, actúan en el espíritu del contratante como motivos esenciales, de tal suerte que si el sujeto supiera que no existen o no llegarán a verificarse, no habría contratado. A diferencia de la condición, su estado de espíritu es de certeza: no de duda. Está convencido de la realidad presente o futura de los motivos que lo inducen a contratar: da por sentada la verificación de determinado supuesto de hecho, o su subsistencia, y presuponiendo que es así, celebra el negocio. Y tan cierto está, que no revela los motivos del acto, y menos hace depender de ellos el efecto del contrato elevando tales motivos a condición explícita. *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato.* Edit. Dykinson. Primera edición. 441 y 442.

³⁵ Para LACRUZ (1994), el motivo relevante es un punto de vista del contrato que se aleja del previsto por el artículo 1274 del Código Civil, influye, de una parte, en el plano ético, al exigir una licitud que trasciende a la intención perceptible de las partes y les exige un mínimo de coincidencia con la moral social, y de otra, en el plano de la efectividad, al reclamar que el fin que las partes se propusieron al contratar sea realizable. Los factores subjetivos no introducen un requisito nuevo porque todo contrato tiene ya una finalidad. Además, es contrario a la realidad vivida y haría inútil el concepto de «causa ilícita» identificar tal finalidad con la nueva intención de adquirir o donar, como hace nuestro Código Civil. *Derecho de obligaciones, opus cit.* 445.

³⁶ «Causa categórica» en términos de MARTY y RAYNOLD, citados por LACRUZ (1994), *Derecho de obligaciones, opus cit.* 445.

³⁷ Señala LACRUZ (1994) que en la doctrina se criticó la idea de función social para justificar la tutela del contrato por el ordenamiento jurídico por ser de aplicación limitada. La duda sobre la susceptibilidad de tutela de cualquier acuerdo surge cuando este no se identifica con alguna de las categorías que la ley explícitamente aprueba y regula: contratos nominados o típicos que por su propia función se hallan reconocidos por el Derecho y provistos de una disciplina peculiar. La función del contrato típico no puede en sí ser ilícita puesto que ha sido pre establecida por la ley, y por definición, es acreedora de la protección del ordenamiento. Al acuerdo atípico, sin embargo, se le exige un interés serio y legítimo (CARBONNIER), merecedor de tutela, (MESSINEO). Para LACRUZ puede resultar equívoco hablar de función económico-social del negocio puesto que, en realidad, este desarrolla en cuanto acto individual, una función económico-individual: la correspondiente operación expresa aspiraciones e intereses de uno o más individuos y no es indispensable que coincidan con un determinado interés del procomún: basta que la postura individual no sea opuesta a las normas imperativas de la moral social (buenas costumbres). Y cita a DE CASTRO (para quien: «Las teorías objetivas quedan encerradas en un callejón sin salida. Cuando se entiende que el fin, interés o función

económico-social del que se trata es el buscado o querido por las partes, se recae en la teoría subjetiva. Cuando se define como la función económico-social o práctica del negocio mismo, se identifica con el contenido del negocio. Cuando se le considera como la síntesis de la función jurídica, se le confunde con el negocio en su totalidad. Con el resultado que de uno u otro modo se viene a coincidir con la teoría anticausalista, al confessarse implícitamente que la causa no es un concepto con propio significado». *De recho de obligaciones*, opus cit. 446.

³⁸ Vid. en la doctrina DÍEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos...*, opus. cit. 275-277, y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2007): La causa del contrato, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2007, 2649-2672, y en la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 29 de marzo de 1993 (*RJ* 1993, 2532); 11 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 2787) o 25 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 4263).

³⁹ Para DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985), las reglas jurídicas sobre la causa han de realizar una doble tarea, que son también las propias de una norma: definir el supuesto de hecho y fijar las consecuencias jurídicas que se le atribuyen. «Las leyes establecen los criterios o medidas conforme a los que se decidirá si hay una causa jurídica suficiente y, en caso afirmativo, cuál sea su especial eficacia (clasificación de la causa). Mas en ello se implica una operación jurídica previa, la de establecer cuáles sean los hechos que habrán de someterse a aquella medición (alcance de la investigación judicial). Esta es la que ha de considerarse el aspecto subjetivo, y aquella otra la que constituye el aspecto objetivo de la causa. El uno supone el otro, por lo que la confusión entre ellos será fácil. La causa puede ser así considerada como aquel propósito negocial que es medido por la regla legal, y también como la regla que sirve para medir dicho propósito negocial. Equívoco corriente y no solo propio del lenguaje jurídico; así, cuando se habla de un metro de algo, se puede hacer referencia bien a aquello con lo que se mide, como a aquello otro ya medido.» *El negocio jurídico*. Edit. Civitas, 189 y 190.

⁴⁰ Los contratos sin causa no producen efecto alguno (art. 1275 CC). La causa ha de existir en el momento de la celebración del contrato; si desaparece posteriormente, se resolverá el contrato (STS de 21 de julio de 2010). Para que un contrato sea válido las partes deben aceptar su función económico-social, de lo contrario, no existirá un verdadero contrato sino una apariencia para conseguir fines distintos a los que el ordenamiento otorga al contrato celebrado. La causa es inexistente cuando el negocio es simulado absolutamente (SSTS de 16 de septiembre de 1991, 21 de septiembre de 1998, 31 de diciembre de 1998 y 3 de noviembre de 2004). El artículo 1275 del Código Civil exige también que la causa sea lícita y señala que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. Por regla general, el Derecho no tiene en cuenta la causa en sentido subjetivo, con lo que prescinde de los motivos perseguidos por las partes al celebrar el contrato a la hora de determinar la validez de este (STS de 6 de junio de 2002). Se exceptúa el caso en que ambas partes se propongan alcanzar un fin contrario a las leyes o la moral, o dicha finalidad la persiga solo una de ellas y le conste a la otra, y se exprese en el contrato lo que hará que el contrato sea nulo por ilicitud de la causa (STS 11 abril 1994, como también SSTS de 30 de septiembre de 1988, 21 de noviembre de 1988, 4 de enero de 1991 [RAJ 1991, 106], 30 de noviembre de 2000, 6 de junio de 2002 y 10 de junio de 2015). De ahí que el artículo 1276 del Código Civil establezca que la expresión de una causa falsa en el contrato dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaba fundado en otra verdadera y lícita (STS de 1 de abril de 2000) La prueba de la existencia de otra causa verdadera y lícita corresponde a quien sostiene la validez del contrato (SSTS de 23 de mayo de 1980, 16 de diciembre de 1986 y 26 de noviembre de 1987).

⁴¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2019): Los requisitos de la causa del contrato, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, accesible en: <https://idibe.org/tribuna/los-requisitos-la-causa-del-contrato-segun-la-jurisprudencia-del-ts/>. Este autor recoge jurisprudencia relevante en materia de causa contractual. Destaca la siguiente: Puesto que el artículo 1277 del Código Civil presume que la causa existe, en la duda, habrá que

entender que el acto jurídico es verdadero y eficaz mientras no se pruebe lo contrario (SSTS de 16 de septiembre de 1991, 30 de abril de 1999 [RAJ 1999, 7002] y 20 de octubre de 2005). La falta de causa en las relaciones contractuales exige prueba a cargo de quien la invoca, bien directa o indirecta de las presunciones que suele ser la operante tratándose de simulación absoluta (STS de 27 de junio de 1996). Es insuficiente, a estos efectos, la demostración de la mera discordancia entre el valor de la finca y el que se hizo figurar en el contrato (STS de 21 de mayo de 2014). Ha de quedar probada la inexistencia de precio y no la mera falta de pago de este, pues, como dice la STS de 5 de mayo de 2016, la falta de pago del precio no puede equipararse a su inexistencia (STS de 11 de febrero de 2016). Se ha desestimado la demanda de declaración de nulidad de una compraventa en favor de las personas que cuidaban de la vendedora, considerando que no había quedado demostrado que el precio pagado fuera vil o irrisorio, constatando que no existe una exigencia legal de que el precio sea justo (STS de 3 de noviembre de 2015). El vendedor (o sus herederos) podrá alegar la simulación absoluta, es decir, la inexistencia de la causa para recuperar sus bienes, si quien aparecía como comprador, se negara a devolvérselos (STS de 23 de octubre de 1992 y 24 de octubre de 1995). El autor señala que, del mismo modo, los acreedores o legitimarios de quien aparecía como vendedor podrán impugnar la validez de la compraventa, en cuanto perjudicados.

⁴² LACRUZ (1994) *Derecho de obligaciones*, opus cit. 448.

Cabe recordar aquí la importante aportación de VON THUR, A. (2006) para quien toda atribución jurídica se fundamenta en una finalidad jurídica (la causa), que por lo general establecen las partes. El negocio de atribución patrimonial es causal cuando, como ocurre en la mayoría de las relaciones crediticias, el acuerdo sobre la causa integra el negocio de atribución. Sin embargo, y con más frecuencia, el acuerdo sobre la causa se considera como un elemento externo que no entra en el *factum* de la atribución; si la atribución se efectúa mediante contrato, para su validez no se exige mas que el acuerdo de las partes respecto de la modificación jurídica que pretenden realizar. VON THUR, A. (2006): *Parte general del Derecho Civil*. Traducción de Wenceslao Roces. Edit. Comares.

⁴³ DÍEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos..., opus cit.* 279.

La garantía personal únicamente puede existir en relación con una deuda ajena, dado que el deudor responde *ex articulo 1911* con todo su patrimonio. La garantía real puede establecerse tanto por deuda ajena como propia. La garantía personal más antigua y usual es la fianza. En el ámbito mercantil, cumple también función de garantía el seguro de crédito, contrato en el que el asegurador garantiza al acreedor, a cambio del pago de una prima, y para el caso de que su deudor no cumpla al vencimiento, el pago de una indemnización. Ahora bien, a diferencia de la fianza, el seguro de crédito es un contrato principal.

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981): La causa en los contratos de garantía, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 709 a 755.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981): La causa..., opus cit. 710. Señala este autor que, si la garantía real se constituye sobre cosa ajena, quedará sujeta a responsabilidad, como si de un patrimonio propio se tratara, una cosa que antes no lo estaba.

⁴⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. (2001): Garantías personales y reales, *Curso de Derecho mercantil*, T.II, (Coord. URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.), Edit. Civitas. 651.

⁴⁶ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2022): «La ejecución opus cit. p. 43, quien considera como argumento a favor la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017 (RJ 2017, 595) que señala que es un presupuesto del comiso que el pacto de apropiación se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. La STS de 6 de abril de 1992 dice que «la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad perseguida, que solo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender»).» Y recuerda que como gráficamente

señalan CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2008): *Tratado de los Derechos de Garantía* (2^a ed), p. 208, «la norma prohíbe los pactos que entrañan una apropiación causalizada en la concesión del crédito».

⁵⁰ El Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) señala que, tratándose de una deuda líquida, vencida y exigible, la transmisión del inmueble mediante su venta (o a través de una dación en pago) no puede tener una finalidad de garantía sino solutoria. Y, con cita de la RDGRN de 20 de julio de 2012, señala que «no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, «por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e «intervivos» de los derechos reales (cfr. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (cfr. art. 1261-3.^º, 1274 a 1277 CC)». En parecido sentido, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2021) señala que un pacto comisorio *ab initio* coetáneo en el tiempo a la constitución de la garantía, no puede convertirse en un modo de adquisición de la propiedad ante el incumplimiento del deudor, *La prohibición... op. cit.* p. 44.

⁵¹ La STS de 15 de junio de 2008, destaca este aspecto: Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato debidamente causalizado en el que la trasmisión de la cosa corresponde al precio cobrado (en tal caso el precio solo es aparente, la trasmisión dominical solo obedece a esa final de garantía y eso carece de eventualidad para justificar el efecto traslativo (arts. 1261.3 y 1274 CC).

⁵² La STS de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017\595) señala, además: «En efecto, desde la literalidad del compromiso obligacional asumido unilateralmente por los deudores hipotecarios se observa, con claridad, que la garantía otorgada se halla causalmente vinculada al nacimiento del futuro crédito de los fiadores, cuya indemnidad se garantiza de forma coetánea a la constitución del préstamo hipotecario, en la misma fecha y en unidad de acto. De forma que la disposición de la vivienda en favor de los fiadores opera automáticamente ante el incumplimiento total o «parcial» de los deudores. Sin ningún procedimiento objetivable de realización del bien y con ausencia de todo mecanismo de restitución o compensación por los pagos y gastos ya satisfechos por los deudores con relación al préstamo hipotecario suscrito. Del mismo modo dichos deudores hipotecarios no reciben ninguna contra-garantía por la disposición efectuada en favor de los fiadores, pues para la entidad bancaria continúan sujetos a la relación crediticia y, por tanto, siguen respondiendo de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario».

⁵³ La STS de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) recuerda, con referencia a la STS de 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 4239), que el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor del bien objeto de la garantía por su libérrima voluntad al margen de cualquier procedimiento legal de ejecución o apremio, ha sido siempre rechazado, por evidentes razones morales reflejadas en los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 CC). En igual sentido la Resolución de 27 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. De acuerdo con DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985), la utilización de un camino indirecto merecerá el estigma de ser en fraude, «si con ello se ha buscado esquivar la sanción que merece el resultado perseguido». Así, la figura del fraude se centra en una anomalía que afecta la causa y que puede determinar su ilicitud o resultar en ser otra la naturaleza del negocio. Se ha de distinguir si se ha contrariado una norma prohibitiva y condonatoria o una regla ordenadora de la eficacia de los distintos negocios; en este caso, no habrá causa ilícita, sino sumisión a las reglas correspondientes a la finalidad real del negocio. *El negocio jurídico, opus cit.* 374.

⁵⁴ La STS de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) recuerda que es doctrina reiterada de la Sala que la contravención de esta prohibición provoca la nulidad absoluta del pacto

al infringir un precepto de *ius cogens*, incluso de orden público. En efecto, así lo señalan, entre otras, las SSTS de 25 de septiembre de 1986 (*RJ* 1986, 4789), 29 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 735), 18 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1003), 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4474), 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037), 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 4239) y RRD-GRN de 12 de septiembre de 2012, 22 de febrero de 2013, y 26 de diciembre de 2018, entre otras, que se refieren también a que el pacto comisorio altera la comutatividad de las prestaciones. Ignacio PAZ-ARES RODRÍGUEZ (2022) señala que, sin embargo, en pureza, no se trata de un problema de comutatividad (que, en rigor, significa que el intercambio de prestaciones esté previsto de manera fija al perfeccionar el contrato), ni de equivalencia de prestaciones (toda vez que el código en los contratos que suponen intercambio deja su fijación a la voluntad de los contratantes, minimizando la posible incidencia de las acciones rescisorias por perjuicio de una de las partes) y señala que, quizás por ello, el Derecho Civil catalán, más celoso que el Código Civil con la tutela del precio justo y del equilibrio de prestaciones en los contratos onerosos, no consagra (al menos de forma explícita), la prohibición del pacto comisorio (621-46 CCCat), «La ejecución... *opus cit.* 43. La STJC núm. 12/2019, de 18 de febrero, cuyo criterio confirma otra sentencia del mismo tribunal de 28 de febrero de 2019, llega a afirmar que «No existe una regla general prohibitiva con carácter general del pacto comisorio en derecho civil catalán...sin perjuicio de ser rechazado cualquier tipo de enriquecimiento injusto que conforme a las circunstancias del caso revelen un inadmisible sacrificio patrimonial para el deudor, el propietario del bien o para los dos»: La ejecución de la prenda, *La prohibición...* *op. cit.* p. 46. Como recuerda CORDERO LOBATO, E. (2021) Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio, Las garantías en el Derecho Mercantil: problemática actual, *Cuadernos de Derecho y Comercio. Colección monografías*, 626 y ss., en este caso (a diferencia de lo que para la usura prevé el artículo 3 de la ley Azcárate de 1908) no se deriva ninguna sanción para los que infrinjan la prohibición del artículo 1859 del Código Civil y es curioso que se enmarque este precepto dentro del sector de mayor imperatividad, como es el del «orden público», siendo que existen normas estatales y autonómicas (art. 468 del Fueno Navarro) que se desvían de esta regla prohibitiva. En igual sentido DE BARRÓN ARICHES, P. (2021): La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario, *RCDI* núm. 785, 1547-1604.

⁵⁵ La RDGSJFP de 27 de octubre de 2020 señala que el Tribunal Supremo —Sala Primera— ha declarado reiteradamente (vid. entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1003), 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4474) y 5 de junio de 2008) «que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no solo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores».

⁵⁶ Señala el artículo 1175 del Código Civil: «El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, solo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil». *Vid.* la STS de 26 de junio de 2020 sobre la prohibición de enriquecimiento injusto.

⁵⁷ La STS de 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4474) declara la nulidad del pacto comisorio en un contrato de compraventa simulado y en dos casos de contratos simulados de *leasing*. Esto supone un argumento a favor de la licitud, por la causa, del contrato de *leasing* y de la nulidad cuando la causa es simulada.

⁵⁸ El Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de febrero de 2017 recoge los presupuestos de aplicación de la prohibición de pacto comisorio en un caso en el que se analiza la validez del compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a

los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria. A este respecto señala: «El artículo 1859 del Código Civil contempla, de acuerdo con nuestro Derecho Histórico y antecedentes de nuestra codificación (Partida 5.^a, ley 41 del Tít. V y 12 del Tít. XIII y Proyecto de 1851), la prohibición del pacto comisorio que impide que el acreedor, verificado el incumplimiento del deudor hipotecario o pignoraticio, haga suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, o bien indirectamente mediante su disposición. Dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura: En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor. En este contexto, debe señalarse que la prohibición del pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente (STS 485/2000, de 16 mayo)». Y entiende que esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado, «en donde la configuración de la garantía atípica otorgada en favor de los fiadores reúne los presupuestos del pacto comisorio y, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por la norma, que prevé a su nulidad absoluta (STS 141/2013, de 1 de marzo)».

⁵⁹ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004) considera que el régimen de resolución del contrato de *leasing* (recuperación del bien por la entidad de *leasing* sin tener que devolver ninguna parte de las cuotas ya percibidas) aplicado a inmuebles vulnera los más elementales principios de justicia material y da lugar a un enriquecimiento injusto para el arrendador financiero en perjuicio del propio arrendatario financiero y de cualesquier terceros que puedan ostentar algún interés legítimo en la consistencia de su patrimonio. El *leasing* inmobiliario como garantía real anómala, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, p. 247.

⁶⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C. (2001): El *leasing* frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos, *RDM*, N° 239, 201 y sigs. Esta autora se refiere al procedimiento previsto en la LVPBM para el caso de que el usuario incumpla su obligación de pago de las cuotas previstas, siempre que el contrato esté inscrito en el RBM o conste en documentos del tipo de los descritos en los números 4 y 5 del artículo 517 LEC, esto es, en escritura pública o en póliza intervenida por fedatario (DA 1^a. 3 LVPBM). De acuerdo con DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2010) este procedimiento de corte interdictal que se dirige a recuperar la cosa, al prescindir de la subasta como medio para obtener el pago de lo debido con el valor de realización del bien, hace que parezca que la propiedad sobre la cosa por la empresa de *leasing* no se configure como función de garantía del pago. Sin embargo, no debe ser esta la conclusión, sino, al contrario, la de sostener la inadecuación del procedimiento dada la verdadera función de garantía que cumple el dominio según se deduce de la articulación de los distintos elementos configuradores de la compleja operación de *leasing*. Por ello, este autor entiende que no le falta razón a la doctrina que sostiene que con el procedimiento de referencia se legitima el pacto comisorio. En su opinión, «la diferencia de trato sin embargo se recorta e incluso desaparece si, como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de abril del 2001) el procedimiento indicado se considera dirigido a la recuperación de la cosa por lo que no puede ejercitarse si, previa o simultáneamente, no se ejerce la verdadera acción resolutoria del contrato. Y, por supuesto, al margen quedan las pretensiones dirigidas propiamente al pago, tanto de las cuotas debidas por el usuario como de la indemnización correspondiente al incumplimiento. Es razonable sostener que la acción quasi-interdictal indicada antes no ha de convertirse en fuente de enriquecimiento injustificado al combinarse con la acción resolutoria. Un criterio satisfactorio en este sentido consiste en que no debe

aceptarse que el incumplimiento del contrato resulte ventajoso para la financiera. Así lo señaló acertadamente la sentencia de 12 de junio de 1998». El contrato de *leasing* o arrendamiento financiero: 40 años después. EPrints Complutense, 2010, Disponible en: http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf. p. 27 y 28.

⁶¹ La STS de 15 de abril de 2010 recuerda otras sentencias referidas a la figura del *leasing* inmobiliario, *leasing* de retorno o *lease-back*, y su relación con la prohibición legal del pacto comisorio, singularmente de 16 de mayo de 2000 y 2 de febrero de 2006. En relación con la posibilidad de que en el fondo de la operación pueda alojarse el pacto comisorio, señala que es menester tener en cuenta determinados elementos, cuya concurrencia o no determinan que pueda sostenerse la existencia de un contrato de *leasing* o, por el contrario, conducir a la conclusión de que se trata de un negocio de fiducia en que la transmisión de la titularidad de la propiedad tiene lugar a los meros efectos de garantía de un préstamo, con las consiguientes consecuencias en relación con la falta de legitimación del arrendador para formular tercera de dominio, con la posible aplicación de la LRU (Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios) o con la vulneración de la prohibición del pacto comisorio. Entre dichos elementos, señala: [...] 7) El equilibrio entre el precio de la compraventa y el precio fijado en el arrendamiento financiero como valor del bien objeto del mismo «requisito subrayado por las SSTS de 16 de mayo de 2005 y 10 de febrero de 2005», y la sustancial equivalencia de las sumas establecidas con el valor real de bien «cuya falta es especialmente significativa cuando existe una situación de dificultad económica de la empresa arrendataria», unido al carácter homogéneo o progresivo de la amortización (art. 115.44 TR Ley del Impuesto sobre Sociedades) como elemento especialmente demostrativo del mantenimiento de la finalidad económico-social propia del arrendamiento financiero de facilitar mediante un especial régimen de uso de determinado bien o bienes de carácter instrumental, del que este ha querido desprenderse con anterioridad, las actividades productivas del arrendatario. 8) El equilibrio de las prestaciones establecidas en función de la amortización del bien y de la carga financiera, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, las circunstancias económicas concurrentes, los tipos de interés habituales en operaciones de arrendamiento financiero similares, la posible situación de dificultad de la empresa concesionaria y, según algunas posiciones doctrinales, el equilibrio, en caso de incumplimiento, entre las prestaciones de ambas partes, en proporción a los perjuicios de carácter financiero que supone para el concedente la frustración del contrato por incumplimiento y, una vez más, en consideración al carácter de bienes muebles e inmuebles del objeto del contrato y la peculiar naturaleza de cada uno de ellos en cuanto a su posible depreciación.

⁶² GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2004) también considera que la resolución del contrato por incumplimiento no debería dar lugar a un enriquecimiento injusto en perjuicio del arrendatario financiero y de los terceros interesados en su patrimonio; y, además, que el crédito del arrendador financiero no debería beneficiarse de una preferencia crediticia superior a la de un acreedor hipotecario, *El leasing inmobiliario...*, *opus cit.* p. 248.

⁶³ Para la justificación de esta figura desde un punto de vista causal nos remitimos a TORRUBIA CHALMETA, B. (2022): Arrendamiento financiero: aspectos contractuales, registrales y concursales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 791, 1443-1492.

⁶⁴ VIGIL DE QUINONES OTERO, D. (2021): La voluntad en el proceso de inscripción: las inscripciones obligatorias. La inscripción constitutiva. Las inscripciones llamadas declarativas y el efecto de no inscribir. La inscripción en el *íter* transmisible de un derecho: la tradición y la inscripción. La causa y la inscripción. El problema del consentimiento formal». Parte III. El registro de bienes: el Registro de la Propiedad, *Tratado de Derecho civil. Tomo X: la fe pública registral*. (Rams Albesa, J. (Dir.), Lacruz Bescós, J.L. (Coord.) y Quiñones Otero, D.V.D. (Coord.), Edit. Dykinson, (págs. 391- 415). Para este autor, la explicación de VON THUR, según la cual la causa lo es de la atribución patrimonial cobra especial relevancia en el Registro, 409.

⁶⁵ Señala la STS de 20 de abril de 2016: «la anulabilidad del contrato de constitución de la hipoteca ciertamente no sanada por su inscripción (art. 33 LH), no comportó la nulidad ni la anulabilidad de la venta o adjudicación judicial de la vivienda a don Alberto: no comportó la nulidad o anulabilidad del título de adquisición de este, sino un defecto del poder de disposición (*ius distrahendi*) que, conforme a la apariencia registral, tenía la compañía ejecutante sobre la vivienda objeto de la hipoteca». La sentencia continúa «ese es precisamente el tipo de defecto frente al que el artículo 34 LH quiere proteger al adquirente». Y con referencia a la STS de 21 de junio de 2011, que reitera la consolidada doctrina jurisprudencial —que vuelve a aplicar el ATS de 16 de septiembre de 2014— dispone: «El artículo 34 LH contempla los supuestos de adquisiciones *a non domino* [de quien no es dueño] a favor de los terceros de buena fe que cumplan los requisitos exigidos en el mismo (adquisición onerosa de persona que aparezca como titular registral con facultades para transmitir y que, a su vez, inscriba su derecho). La norma establece la protección del tercero hipotecario justificada (STS de 8 de octubre de 2008) por la necesidad de reforzar la confianza en el Registro y en la realidad de la que este se hace eco, garantizando a todos los que adquieren derechos inscritos llevados de esa confianza que van a ser mantenidos en la titularidad de los mismos, una vez que consten inscritos a su favor, al margen de las vicisitudes que puedan afectar al título del transmisor que no tengan reflejo registral, sin que, por tanto, la titularidad inscrita pueda verse atacada por acciones fundadas en una determinada realidad extraregistral ajena al contenido del Registro inmediatamente anterior a su adquisición.». La STS del Pleno de 5 de marzo de 2007, precisa que es tercero en el campo del derecho hipotecario el adquirente al que, por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, no puede afectarle lo que no resulte de un determinado contenido registral, anterior a su adquisición, aunque en un orden civil puro el título por el que dicho contenido registral tuvo acceso al Registro adoleciere de vicios que los invalidaran». Lo relevante de esta doctrina es que sienta como regla que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino* (de quien no es dueño) porque salva el defecto de titularidad o poder de disposición del transmisor que, según el Registro, aparece con facultades para transmitir la finca. En el mismo sentido las SSTS de 16 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 y 10 de octubre de 2007, 5 de mayo de 2008, 20 de noviembre de 2008, 6 de marzo de 2009 y 23 de abril de 2010.

⁶⁶ La RDGRN de 17 de enero de 2003 exige que el carácter de la adquisición quede claro. Así, en el expediente de dominio, para reanudar el trámite sucesivo interrumpido, ha de indicarse el título material de adquisición de aquel a cuyo favor se reanuda el trámite sucesivo, puesto que son distintos los efectos de la adquisición onerosa y de la gratuita.

⁶⁷ Señala VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2021): que en el Registro hay una serie de actos para los cuales únicamente se requiere el consentimiento del titular, de modo que no se solicita la causa, y, consecuentemente, tampoco se califica esta. Normalmente son actos modificativos del derecho (por ejemplo, alterar una servidumbre o extinguirla, cancelar una hipoteca o modificar su rango) o del objeto de este (por ejemplo, reducir la cabida registrada de una finca). Sin embargo, en ocasiones, como ocurre con las cancelaciones, se trata de verdaderos actos de extinción de los derechos que implican una adquisición por parte de otra persona: el titular gravado pasa a ser titular libre. Del mismo modo, los negocios sobre el rango siempre tienen una causa, pero ni se pide ni se inscribe (art. 241 RH). Para este autor, si en la práctica un titular viene a consentir un cambio de titularidad sin causa, sea por renuncia o no, se le admite: pensemos por ejemplo en que una sociedad aporta una rama de actividad a otra que la absorbe, y que en dicha rama se aporta una finca que luego en realidad se juzga que no era de la rama si no de otra unidad de negocio de la misma sociedad. ¿Cómo deshacer la inscripción? El procedimiento causalista más puro llevaría a una novación del negocio de fusión. La práctica, en cambio, nos permite un consentimiento formal (de ambas partes afectadas) a la cancelación que ocasiona la «resurrección» de una titularidad cancelada por mero consentimiento que tiene los mismos efectos traslativos que tendría el negocio de nova-

ción, pero sin pedir causa (que la habrá, nadie lo duda), sino solo consentimiento. Así ocurre en el artículo 17 del RD 1093/1997 en relación con la inscripción de operaciones urbanísticas cuando el adjudicatario de la finca de resultado era transmitente o causante del titular actual, que por la inscripción de la operación ve cancelado su derecho. Dicha transmisión tiene ciertamente la causa del negocio que ocasionó la adquisición de la finca de origen por el causahabiente, pero para la operación registral no se pide causa, si no solo consentimiento. Si admitimos soluciones así para casos no previstos, y el legislador va extendiendo poco a poco los supuestos de excepción a nuevas necesidades, entonces el sistema está más afectado por el principio de consentimiento de lo que parece. Si a ello unimos que en la doctrina la causa va perdiendo progresivamente consideración como elemento del negocio (se ha suprimido en Francia, que tanto ha influido nuestro Derecho de obligaciones), de modo que se va pensando en que sus funciones se alcanzan con otros instrumentos (como los límites a la autonomía privada o las causas de nulidad), la concepción causalista tal vez pueda decaer en el futuro hacia un sistema donde se valore como fundamental el consentimiento y se exija, eso sí, que concurren una serie de circunstancias para que la adquisición se considere justa». En lo relativo a la expresión de la causa, la doctrina apunta tres problemas que pueden presentarse en la práctica registral: 1.) la contradicción, que ocurre cuando al negocio jurídico se le denomina de distintas maneras (p. ej. unas veces compensación y otras, condonación). En tal caso debe suspenderse la inscripción por falta de determinación (art 18 LH), que afecta, tanto a la validez (principio de legalidad), como a la claridad de lo que se inscribe (principio de especialidad); 2.) la incongruencia, cuando se denomina al negocio jurídico de manera no coincidente con su contenido. En este supuesto, si no existe duda acerca del negocio que realmente se quiere celebrar, se practicará la inscripción como tal, dado que la determinación de la inscripción no compete a las partes sino al registrador. No obstante, en la práctica se suele advertir a las partes de lo que se debe inscribir para que estas decidan si se lleva a cabo, y c) la simulación negocial. Circunstancia, de difícil apreciación por el registrador, que hace que el negocio se inscriba de acuerdo con la causa expresada, sin perjuicio de su posible impugnación (arts 40, 82 LH), La voluntad, *opus cit.*, págs.. 413-415.

⁶⁸ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2021), señala que el análisis histórico muestra la admisión que tradicionalmente han tenido estas dos versiones «dulcificadas» del pacto comisorio. Su luctuosa se basa en el principio de autonomía de la voluntad, la inexistencia de riesgos para el deudor y el respeto a los principios jurídicos que rigen los procedimientos ejecutivos. La autora considera que la regla que prohíbe el pacto comisorio no es de justicia material (equivalencia de las prestaciones), sino de justicia formal (exclusión de los acuerdos ejecutivos que permiten la apropiación de la garantía por el acreedor en el momento de conceder el crédito), de ahí que se admita en la modalidad *ex intervalo* (una vez constituida la garantía). En su opinión, la reformulación de la deuda pendiente y no satisfecha encubre un pacto comisorio *ab initio* al permitir que, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor pueda optar entre la exigencia de lo debido o la mal llamada opción de dación en pago que encubre el acuerdo prohibido, y la práctica demuestra que el pacto comisorio *ab initio* se enmascara en una garantía real atípica. *La prohibición del pacto comisorio... opus cit.* 102 y sigs.

⁶⁹ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 5.^a edición, Edit. Tecnos, 499 y sigs., ALBALADEJO, M. (1991): *Derecho Civil, III, op. cit.*, 246, FELIÚ REY, M.I. (1995): *La prohibición*, *opus cit.*, 90 a 95.

⁷⁰ *Vid.* BUSTOS PUECHE, J.E. (1990): *Teoría general*, *opus cit.*, 566 y sigs. También RDGRN de 20 de julio de 2012 y SSTS de 16 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5082), 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037) y 4 de diciembre de 2002). En principio, la nulidad, solo afecta a la cláusula comisoria (STS de 16 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5082)).

⁷¹ La RDGSJFP de 15 de marzo de 2021 señala que no es este el caso a que se refiere el presente recurso, en el que, las prestatarias (e hipotecante una de ellas) no la otorgan

en modo alguno «en calidad de «consumidoras», toda vez que el dinero adeudado se destina en su totalidad al ejercicio de su actividad empresarial (en concreto, ambas son empresarias del sector de los supermercados)».

⁷² La resolución cita como ejemplo de estas nuevas vías el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que admite la constitución de garantías sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho dado en garantía o mediante una pignoración del mismo en la que se conceda al beneficiario de la garantía un derecho de apropiación o de disposición del objeto de aquella, para compensar su valor o aplicar su importe al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. Para poder hacerlo, bastará que tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta, en particular en cuanto a las primeras mediante el ajuste al valor actual de mercado de esos valores negociables aportados como garantías. Ello indica que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido. El Tribunal Supremo ha admitido en la ejecución de la prenda la aplicación de la compensación por parte de la entidad acreedora si es la depositaria del importe de que se trate, toda vez que, al referirse a valores dinerarios no hay riesgo de abuso para el deudor (STS de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 y 10 de marzo de 2004; y en un caso en que los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente —Bolsa de Nueva York—, STS de 24 de junio de 2010). En la doctrina, GALICIA AIZPURUA, G. (2012) critica el Real Decreto Ley 5/2005 y la jurisprudencia citada por erosionar el principio de comutatividad en relación con la causa de los contratos: *Causa y garantía fiduciaria*, Edit. Tirant lo Blanch. Un análisis del RD-Ley 5/2005 en relación con la extensión de la prohibición de pacto comisorio puede verse en: REDONDO TRIGO, F. (2007): El pacto marciano, el pacto «*ex intervallo*» y la fiducia «*cum creditore*» en las garantías financieras del Real Decreto ley 5/2005, *RCDI*, núm. 699, 355-375.

⁷³ ALBALADEJO, M. (1991): *Derecho Civil III...* op. cit., 247, considera lícito el pacto comisorio acordado tras el incumplimiento de la obligación si bien, muestra sus dudas en relación con el acordado del incumplimiento, en especial, en relación con el riesgo de simulación (documentos otorgados simultáneamente, pero con distintas fechas).

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 500, consideran que, aún en el caso de que el deudor al pactarlo ya no esté en una situación angustiosa, el pacto es perjudicial para los demás acreedores. Rechazan también el pacto comisorio *ex intervallo* IRURZUN, D. (1965): *Estudios de...* op. cit., 63 y MAS ALCARAZ, C. (1965): El pacto comisorio, *Estudios de Derecho Privado*, (dir. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RÁDIO, A.), vol. II, Edit. Revista de Derecho Privado, 63. Por su parte, FELIÚ REY, M.I. (1965) considera que debe admitirse tal pacto *ad casum*, siempre que no se vulnere el principio de proporcionalidad entre el valor de lo entregado y lo adeudado, y que se respeten los intereses de los terceros. La prohibición, opus cit., 103 a 105.

⁷⁵ Para PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I. (2022) esta jurisprudencia permite deducir que «el pacto de apropiación puede ser válido, si actúa como mecanismo de ejecución, sujeto a las reglas de esta, y no como una consecuencia expropiatoria ligada al incumplimiento del deudor, sin que pueda entenderse que dicho pacto dote de causa traslativa al contrato de garantía. La línea que separa el ejercicio del *ius distrahendi* de la apropiación de la garantía prohibida por el código viene marcada por la mediación de un proceso de ejecución que determine el valor del bien pignorado pues el poder del acreedor no puede proyectarse sobre el mismo sino hasta el importe asegurado. El valor «real» u objetivo de la cosa permite diferenciar la parte que se puede aplicar al derecho del acreedor, a su pretensión de reembolso, que es lo que ampara la garantía, y la parte sobrante que corresponde al dueño de la prenda». La ejecución de la prenda, opus cit. p. 46.

⁷⁶ En este contexto, las RRDGSJFP de 15 de marzo de 2021 y 10 de marzo de 2022 recuerdan que es la intervención notarial, en las diversas fases del ejercicio de la opción de compra (tanto de los presupuestos de tal ejercicio, como su puesta en ejecución), la que sirve para dotarla, no solo de autenticidad, sino de adecuación a derecho, dado el deber genérico que se impone al notario de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza. Así, si no se adoptan concretas previsiones en lo relativo a las garantías procedimentales pactadas y a la tasación como instrumento de adecuada valoración del bien, no se conjura el peligro de que un valor fijado en el momento de convenirse un pacto se vuelva inequitativo a la hora de ejercitarse la opción; lo que no mantiene el equilibrio entre las partes (comutatividad) y genera el peligro de un posible enriquecimiento injusto. (RGDSJFP de 10 de marzo de 2022 -que señala que en el caso analizado tampoco existe previsión que tenga en cuenta los posibles derechos de terceros afectados).

⁷⁷ Sobre esta figura *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J. (2002): 26 de abril de 2001: Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitarse una acción real contra el bien que sirve de garantía. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 147-172.

⁷⁸ La venta con pacto de retro o a carta de gracia se recoge en el Código Civil, en el Derecho catalán y en la Compilación navarra.

⁷⁹ *Vid.* al respecto FAUS PUJOL, M. (2022): Venta con pacto de retro según el Código Civil, en *Práctico Contratos Civiles*. Edit. VLex. Para este autor, el derecho de retracto, desde un punto de vista económico, puede resultar útil cuando el precio de las cosas vendidas puede oscilar mucho. Así, el vendedor ejercitarse su derecho cuando el valor de la cosa sea superior al que se le pagó en su día (esto puede ocurrir con los valores mobiliarios). En el caso de venta de inmuebles el precio será normalmente inferior al de mercado, atendida la posible resolución posterior, 120 y sigs.

⁸⁰ SAPENA TOMAS, J. (1957): Actualidad de la «fiducia cum creditore», *Revista de Derecho Notarial*, XVII-XVIII, págs.125-212.

⁸¹ MAS ALCARAZ, C. (1965) recomendó reconfigurar el derecho del acreedor (comprador) en caso de impago de su crédito en el plazo convenido como un derecho de realización del valor de la finca vendida (no como un derecho de apropiación definitiva), destinar el precio obtenido al pago de su crédito y restituir el sobrante al deudor. Con esta reconfiguración, en fase de ejecución, a las garantías típicas se evita todo pacto comisorio. «El pacto comisorio, *opus cit.*, 78; BUSTOS PUECHE, J.E. (1990) consideró que la compraventa con fin de garantía, más que un pacto comisorio oculto es un caso de simulación relativa dado que falta la causa de la compraventa. Teoría general... *opus cit.*, 570. En esta línea se pronunció la DGRN en resolución de 18 de octubre de 1994 al señalar: «Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado».

⁸² La STS de 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 320) se refiere a las SSTS de 27 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3658) y 20 de diciembre de 2007.

⁸³ Sobre esta figura *vid.* MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A. (1992): La prohibición de comiso y la venta a carta de gracia. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2.

⁸⁴ Las SSTS de 25 de septiembre de 1986 (*RJ* 1986, 4789) y 29 de enero de 1996 también declaran la nulidad del pacto comisorio en un negocio indirecto. La STS de 18 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1003) aclara que existe un pacto comisorio porque «a través de la instrumentación de una compraventa en la que el objeto es el inmueble gravado y el precio es el importe de la deuda insatisfecha, el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente; que se apropié de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley, porque, al amparo del texto de una norma que

lo permite (art. 1445 CC), resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio, por lo que, descubierto el fraude, hay que aplicar esta por ordenarlo el artículo 6.^º4 del Código Civil». Las SSTS de 16 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5082) y 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 405) sostienen que la transmisión de dominio con el fin de responder del incumplimiento de la deuda convierte la simulación relativa en radicalmente nula por vulnerar la prohibición del pacto comisorio. La STS de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037) declara la nulidad absoluta del pacto de retroventa y la STS de 5 de diciembre de 2001 señala que siguen siendo propietarios reales de los bienes que quienes los enajenaron de forma simulada para garantizar el préstamo que se les concedió y, al vencimiento, si no pagan, el supuesto comprador no puede quedárselos, sino que ha de ejecutarlos como cualquier acreedor. En caso contrario, se vulneraría la prohibición del pacto comisorio.

⁸⁵ En ocasiones, el Tribunal Supremo ha tratado la venta en garantía desde la perspectiva de su subsunción en la categoría de los negocios fiduciarios. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037), señala que la transmisión en garantía es un negocio fiduciario del tipo de la fiducia *cum creditore*. Por ello, el fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que, al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a un tercero que estará protegido en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. De acuerdo con esta sentencia, la transmisión de la propiedad con fines de seguridad o «venta en garantía» es un negocio jurídico en el que por un modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no puede pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la «venta en garantía» como un negocio en fraude de ley (art. 6.4.^º CC). La STS de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037) considera características de esta transmisión:

1) Que el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del bien sobre el que recae el pacto fiduciario con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y asegurarle que estará sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

2) Que el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

3) Que la falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

4) Que el fiduciario, en caso de impago de la obligación garantizada, debe proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de contar con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin tener acción real contra este.

El Alto Tribunal ha sostenido la doctrina del negocio fiduciario, en su consideración del doble efecto, real y obligacional, importado incluso en su terminología de la doctrina alemana, pese a ser distintos los presupuestos básicos del derecho civil en este extremo. No obstante, también ha señalado en la sentencia de 26 de abril de 2001 que «la doctrina española más especializada discute su autonomía, niega la existencia de la llamada «causa fiduciae» y cada vez más lo asimila al negocio jurídico simulado, con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez, y que la propia jurisprudencia no ha sido ajena a esta evolución y en ocasiones considera que existe simulación (la STS de 6 de abril de 1992 dice que «la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad

perseguida, que solo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender»; la de 5 de abril de 1993 señala: «lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia»; la de 22 de febrero de 1995, refiriéndose a un negocio fiduciario, dice que «no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante» y añade: «el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia...»; la de 2 de diciembre de 1996 se refiere expresamente a la «simulación de la (compraventa) referente a los recurrentes...»; la de 19 de junio de 1997, tras exponer la doctrina del contrato fiduciario, declara «ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo»).

⁸⁶ En igual sentido, las RRDGSJFP de 27 de octubre de 2020 y 15 de marzo de 2021 también recuerdan que la prohibición del pacto comisorio se aplica incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos. Las RRDGRN de 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 26 de noviembre de 2008 concluyeron que la opción de compra examinada se había concedido en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de esta), entendiendo que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. Y, con referencia a las RRDGRN de 21 y 22 de febrero y 5 de septiembre de 2013, señalan que comúnmente se considera que la prohibición de pacto comisorio gira en torno a la exigencia de comutatividad de los contratos y que el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del «ius distrahendi», en que está prevista la suerte de estos.

⁸⁷ También la RDGRN de 18 de octubre de 1994 aplica la prohibición del pacto comisorio a una venta con pacto de retro en garantía de un crédito preexistente, que facultaba al comprador para requerir de pago al vendedor, de forma que la venta se utilizaba para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia. Y las resoluciones de 30 de septiembre de 1998, de 26 de marzo de 1999 y de 26 de noviembre de 2008 también concluyeron, en relación con la opción de compra examinada ellas, que se concedía en función de garantía atendida la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de esta, entendiendo que ello vulnera la prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil.

⁸⁸ La RDGRN de 20 de julio de 2012 se dicta en relación con una escritura en la que una sociedad reconocía una deuda sujeta a un plazo de amortización no vencido a favor de otra sociedad, y en la misma escritura se convenía una cesión en pago de la deuda asumida sometiendo esta cesión a condición suspensiva, de manera que la cesión quedaría sin efecto si llegada la fecha de vencimiento de la obligación la deudora cedente hubiera pagado a la acreedora cesionaria el importe adeudado. En la fecha de la dación en pago no era una deuda líquida, vencida y exigible, por lo que la DGRN deduce que la dación no pudo responder a una finalidad solutoria sino de garantía. De este modo, el efecto consustancial a toda dación en pago de deuda, que es la extinción de un crédito preexistente a cambio de la entrega de un bien, no se produce sino de modo indirecto y solo para el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada.

⁸⁹ Sobre los efectos de este Convenio vid., entre otros, GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. y HEREDIA CERVANTES, I. (2012): El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 1415-1450; HEREDIA CERVANTES, I. (2013): El Convenio de Ciudad del Cabo, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 48, 38-43; HEREDIA CERVANTES, I. (2014): La adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo y sus consecuencias, *La Ley mercantil*, núm. 1, 206-220.

⁹⁰ La opción en garantía es la constitución sobre un bien inmueble de una garantía que consiste en atribuir al acreedor la facultad de adquirirlo (derecho de opción) en el caso de que el deudor no cumpla a su tiempo con la obligación garantizada, estableciéndose como precio de la compra la cantidad debida. La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado contraria a la inscripción de esta figura al alcanzarle la prohibición de pacto comisorio (RRDGRN de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 5 de mayo y 22 de mayo de 1992). FELIÚ REY, M.I. (1995) señala que en la prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía la jurisprudencia prohibitiva de la DGRN contrasta con la del Tribunal Supremo que, en varias sentencias, al tratar de la opción en garantía, elude toda referencia al pacto comisorio y parece admitir ese tipo de opción si no se da un desequilibrio económico entre las partes. El autor considera que la diversidad de criterios se debe a la distinta función que desarrollan y se muestra partidario de admitir la opción en garantía, tanto en el estadio de su calificación registral como en el de aplicación del Derecho al caso concreto, cuando se garantice el principio de proporcionalidad de las prestaciones (cuando se trate de un pacto marciano). «La prohibición, *opus cit.*, 160.

⁹¹ A la vista de todo lo anterior, la resolución de 28 de enero de 2020 considera que ello conduce a una clara conclusión, y es que «a diferencia de las atribuciones de la función jurisdiccional, no es competencia del Centro Directivo, ni del registrador/a que emite la calificación, entrar a analizar las circunstancias o relaciones subyacentes «inter partes» que puedan darse en un determinado caso, y sean expuestas por una de las partes interesadas en él». Y recuerda que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni la Dirección General, «pueden —más que analizar— enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisorio establecida por los arts. 1859 y 1884 CC). Y esta declaración de principios, goza de un claro refuerzo a la vista de lo que las partes —bajo su responsabilidad y bajo fe notarial— han manifestado en el acta aportada y calificada, y en la que palatinamente se asevera que la opción pactada «no se establece en función de garantía y, por tanto, no constituye la vulneración del principio de prohibición del pacto comisorio al que se refieren los artículos 1859 y 1884 del Código Civil».

(Trabajo recibido el 21 de noviembre de 2022 y aceptado para su publicación el 19 de diciembre de 2022)