

Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta

Vamos a efectuar en este trabajo algunas consideraciones relacionadas con el apasionante tema del incumplimiento contractual, especialmente cuando éste concierna al derecho de crédito dilatado, cuya titularidad pertenece al vendedor en las compraventas de inmuebles a plazos. De todos modos, y a fin de obtener una visión sistemática y omnicomprendensiva de la cuestión, realizaremos breves incursiones exegéticas en aquellos puntos que tengan clara relación con la cuestión central planteada.

El incumplimiento es aquella situación patológica que se produce cuando la obligación no consigue el destino inicialmente convenido o impuesto por el ordenamiento jurídico, frustrándose, en definitiva, la finalidad pretendida, de una manera total o parcial, provisional o definitivamente, con o sin compensación prevista.

Toda obligación, sea cual fuere su origen, contenido y finalidad, se halla vocada, desde el mismo momento de su nacimiento, a ser cumplida, vocación que puede ser de inmediata efectividad —obligaciones puras, artículo 1.113 del Código Civil— o tener la misma condicionalmente suspendida o temporalmente aplazada —artículos 1.113-1.125, ambos del Código Civil.

Pese a tal indudable constatación, el hecho ilícito e incierto del incumplimiento es factible, y ello es así no obstante todas las garantías legales o convencionales que puedan ser establecidas para evitarlo; la adveración de tal circunstancia nos obliga a intentar formular una teoría general del mismo que permita un enfoque unitario de la cuestión, tema este de indudable interés teórico-práctico y de notoria dificultad analítica, dada la carencia legal de una normativa sistemática y orgánica sobre el mismo que si existe, y ello es útil para el supuesto que nos ocupa, tratándose de su antónimo, es decir, del cumplimiento al que el

Código Civil dedica un conjunto armónico de preceptos en los artículos 1.156 y siguientes. Tal teoría debe, indudablemente, emplazarse sobre los pivotes básicos de la responsabilidad subjetiva e imputable, y, por supuesto, culpable, y sobre el dato de la importancia, transcendencia o envergadura del incumplimiento, aspectos a los que nos referiremos con cierta profusión, dada su enorme resonancia en toda esta problemática del incumplimiento.

Aquí, y ahora, debemos solamente esquematizar algunas ideas generales sobre la materia anunciada que nos sirvan de preámbulo y aproximación a razonamientos más precisos que serán efectuados con posterioridad.

Ante todo, el incumplimiento, para que sea jurídicamente relevante, debe ser CULPABLE (doloso o culposo *strictu sensu*) y las consecuencias del mismo son muy distintas, según el parámetro de tiempo o modo de la obligación afectado y los distintos efectos que el mismo produzca en tales parámetros (incumplimiento muy grave, grave o nimio).

Esta es la fuerza motriz de todas las consecuencias ulteriores, que, dentro de la tónica de generalidad impresa a estas consideraciones, podemos compendiar en consecuencias de ejecución forzosa, de resolución y de indemnización *strictu sensu*.

El cumplimiento forzoso o impuesto no debe ser entendido en su sentido literal de coerción directa e inmediata sobre el deudor que incumple, porque ello resultaría incompatible con las modernas concepciones sobre los derechos humanos; la forzosidad, pues, en el cumplimiento debe ser entendida matizadamente, aunque, en principio, no debe quedar excluida una cierta dosis de compulsividad procedente de la legítima autoridad judicial o administrativa, si bien, queda proscrita la acción directa reparadora procedente del acreedor perjudicado que, en el caso de pretender la satisfacción de su interés lesionado por el incumplimiento por la fuerza, puede incidir en hipótesis delictivas, o en el supuesto fáctico previsto en el artículo 441 del Código Civil, que excluye, en todo caso, la acción directa al sentar que «en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello». El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente.

En suma, la ejecución forzosa de la obligación incumplida debe ser entendida en el sentido de ser un sustitutivo de la actividad del deudor, que se efectiviza con la colaboración de las autoridades jurisdiccionales competentes, a través del pertinente procedimiento, presenta variantes según la naturaleza jurídica de la obligación insatisfecha, algunas veces es de imposible ejercicio —casos de pérdida total de cosa específica,

imposibilidad absoluta de prestaciones personalísimas— y presupone, en definitiva, el distanciamiento del concepto de la obligación de los antecedentes romanos y su configuración, alejada de moldes personalistas, como «derecho al resultado», siéndole indiferente al acreedor, salvo supuestos excepcionales, quien le proporcione el mismo, ya sea el deudor, ya la Administración, o bien, simplemente un tercero, subsidiariamente legitimado (fiadores, avalistas, hipotecantes por deuda ajena, prendistas en la misma hipótesis, etc.) o no (caso del pago efectuado al amparo del artículo 1.158 del Código Civil).

Ahora bien, por mucho juego que se quiera dar al cumplimiento impuesto, existen supuestos que quedan, forzosamente, al margen del mismo, unas veces por imposibilidad absoluta de imponerlo, otras, porque dadas las circunstancias, el perjudicado se halle investido de la posibilidad de la que nos ocuparemos con más detalle a continuación.

A veces, acompañando a ambas alternativas —ejecución forzosa-resolución—, el acreedor puede, en los mismos supuestos en que éstas son viables, interponer una pretensión autónoma, estrictamente indemnizatoria de los daños y perjuicios efectivamente ocasionados por el incumplimiento enjuiciado, lo cual exige la prueba de los mismos, y su cuantificación, que dependerá de la actitud dolosa o culposa del deudor que incumplió. A veces, tal liquidación se efectúa anticipadamente, a base del establecimiento de la oportuna cláusula penal con finalidad reparadora, naciendo, a través de ella, el pertinente derecho de crédito, con funciones de garantía de tipo preventivo y disuasor del posible incumplimiento.

En ocasiones, el interés del acreedor, que ha quedado definitivamente frustrado en su pretensión, queda compensado por el camino indirecto y subsidiario de la reclamación que proceda de daños y perjuicios, anteriormente aludida, con el *quantum* y gradualidad dichos, constituyendo tal reclamación triunfante la única alternativa que por vía de subrogación real le queda al acreedor perjudicado. Tiene especial trascendencia tal posibilidad en los supuestos de obligaciones respecto de las cuales no cabe sino exigir su ejecución forzosa o su ineficacia no resolutoria, por lo que no siendo factible la primera alternativa, por el carácter irrepetible de la cosa debida y definitivamente perdida, o por el absoluto personalismo de la prestación devenida irremisiblemente imposible, no es dable, sino ejercitar la oportuna acción indemnizatoria, pero no con el carácter subordinado que tiene cuando tal pretensión se deduce conjuntamente con las acciones de cumplimiento o resolución, sino con carácter principal y único remedio disponible por el acreedor defraudado en sus intereses contractuales, toda vez que la acción de ejecución forzosa es imposible y la resolutoria no admisible por la

propia naturaleza institucional de la obligación incumplida, lo cual sucede en las hipótesis de obligaciones de dar, hacer o no hacer rigurosamente específicas las primeras y personalísimas las otras cuando resultan imposibles y tengan carácter esencialmente unilateral. Ante un incumplimiento de las mismas, no corregible mediante una ejecución forzosa, sólo cabe predicar la ineficacia (que no resolución de tales obligaciones, previa la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al acreedor lesionado).

La teoría general del incumplimiento, en los términos generales expuestos, presenta para las hipótesis de relaciones sinalagmáticas conmutativas (de las aleatorias no nos vamos a ocupar en absoluto) importantes singularidades, dada la posibilidad de la opción —libre o condicionada— de que goza el vendedor perjudicado, legitimado por su previo cumplimiento, para utilizar, caso de la compraventa, la *actio venditi*, o la resolutoria, en virtud de la aplicación al contrato incumplido del artículo 1.124 del Código Civil, que dice: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se le reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

De todos modos, y como ya anunciamos al principio, antes de penetrar a fondo en la temática apuntada conviene dejar bien pergeñado que todo hecho fáctico de incumplimiento requiere su correlativa traducción jurídica, ya que la utilización de los medios sancionadores, reparadores y compensadores expuestos presuponen la previa precisión, en la instancia procesal pertinente, de cuál es el parámetro de la obligación afectado, cuál la etiología del incumplimiento —legítimo (*exceptio non adimpleti contractus*, derecho de retención legalmente previstos), ilegítimo (doloso o culposo) o accidental (provocado por la incidencia del caso fortuito o de la fuerza mayor), debiendo, igualmente, ser objeto de la correspondiente puntualización la trascendencia del incumplimiento elucidado en la sustancia de la obligación transgredida (frustración total, absoluta e irreversible; violación efectiva grave, pero no total; incumplimiento nimio).

Todos estos factores, en definitiva, cuestiones de hecho sometidas a la

apreciación judicial, determinan la medida concreta a aplicar al específico supuesto o transgresivo considerado, adquiriendo incuestionable trascendencia en tal proceso de adecuación del incumplimiento, como dato fáctico, a las pertinentes consecuencias jurídicas, la específica singularidad de la prestación violada, aspecto que nos impone precisar la textura sustancial del débito pecuniario, toda vez que el impago del precio en la compraventa constituye la conculcación de una obligación de tal índole. Nos ocuparemos de ello con posterioridad.

De todo lo hasta ahora expuesto, debo destacar una nota básica, y es la de que nuestro ordenamiento jurídico proscribe, en términos generales, la toma en consideración jurídica del incumplimiento objetivo y, por ende, la responsabilidad de tal índole. La noción del comportamiento vicioso, doloso o culposo —artículos 1.101 y siguientes del Código Civil— es una *conditio iuris* para el despliegue de toda la eficacia represora, sancionadora y compensadora que, por imperativos de justicia y coherencia jurídica, el Derecho pone a disposición del acreedor perjudicado. Así, sin acción consciente o sin omisión voluntaria de la debida diligencia convenida o *standard* de un buen padre de familia en el tratamiento *in toto* de la obligación no hay propio y relevante (jurídicamente) incumplimiento. Ello resulta de los principios generales sobre la materia deducidos de preceptos tales como el artículo 1.101 del Código Civil, que dice: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de las obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». En la misma línea de exigencia de comportamiento doloso o culposo, como requisito inexcusable de incumplimiento responsable, se sitúa el fundamental artículo 1.105 del mismo cuerpo legal, que sanciona que «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse o que previstos fueren inevitables». Tal artículo establece un criterio legal exonerador de todo tipo de responsabilidad por un incumplimiento inimputable al deudor, derivado de la concurrencia del caso fortuito, y que provoca una violación irrelevante jurídicamente tanto si lo transgredido afecta a la propia sustancia de la prestación —artículos 1.182 y 1.184 del Código Civil— como si afecta al tiempo de su cumplimiento, generando una impuntualidad o morosidad irresponsable —artículos 1.110-1.101 del mismo cuerpo legal—.

Así pues, el hecho fáctico del incumplimiento objetivo (sin dolo o culpa concurrente) no queda sino en una circunstancia empíricamente trascendente, pero jurídicamente irrelevante desde el punto de vista de la responsabilidad del incumplidor.

Por lo que atañe a las relaciones bilaterales, y en lo concerniente a la cuestión suscitada en este trabajo, el artículo 1.124 del Código Civil, ya transcrito, queda como esquema tipo de las consecuencias del incumplimiento que afecten a las mismas, que cede siempre frente a regulaciones más particulares (arts. 1.556 y 1.569 del Código Civil en materia de arrendamientos, por ejemplo) y que debe ser complementado e interpretado en función de las normas que el Código Civil y la Ley Hipotecaria dedica a las alternativas concretas que del mismo surjan y así, en el caso de ejercicio por el perjudicado de la *actio venditi*, deberá ser tenido especialmente en cuanto la normación que de tal alternativa se establece en el artículo 1.096, apartados 1 y 2, del Código Civil (aparte de la regulación procesal de la cuestión contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si lo que se pretende es la resolución del contrato incumplido, el juego de los artículos 1.504 y 1.505 del Código Civil será decisivo en las hipótesis de ventas de inmuebles y muebles, respectivamente, artículos que serán objeto de posterior análisis. Por último, la pretensión autónoma de exigencia de daños y perjuicios a la que alude, como concomitante de las alternativas principales, dicho artículo 1.124 deberá ser entendido en relación con los preceptos concernientes a su exigibilidad en general —artículo 1.101 del Código Civil, ya visto—; su cuantía se fijará atendiendo al artículo 1.106 del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor: «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes», teniendo especial repercusión en este punto las previsiones que al respecto efectúa el artículo siguiente, cuando dice: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento».

En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Todo ello sin perder de vista la posible existencia de cláusulas penales sustitutivas de la indemnización aludida, reguladas en los artículos 1.152 y siguientes del Código Civil.

En el supuesto de incumplimiento, pues, de cualquiera de las obligaciones institucionalmente interdependientes que surgen de una relación sinalagmática, el perjudicado —en el caso que nos ocupa y preocupa—, el vendedor que cumplió mediante la *traditio* de la cosa vendida, es el titular del derecho de opción que le confiere el citado artículo 1.124. Empero, constituye un craso y anancástico error interpretativo concebir la alternativa reparatoria de dicho artículo como un absoluto

derecho potestativo, ya que no es tal, toda vez que la elección atribuida a la parte perjudicada, y legitimada en virtud de su previo cumplimiento, por tal precepto, debe ser entendido como una pieza más —por muy importante que sea— del total tratamiento jurídico del incumplimiento, algunos de cuyos principios sustanciales chocan frontalmente con la absoluta discrecionalidad de tal alternativa. En puridad, la resolución del negocio jurídico, fuera de los casos de previsión volitiva, en todo caso limitada, como luego veremos, presupone un contexto de fracaso y de patología jurídica a evitar, e instituciones concretas del Derecho civil —conversión, confirmación, reducción, nulidades parciales— nos ponen de manifiesto lo deseable de mantener el principio de conservación del negocio jurídico, si no a ultranza, sí en lo posible, evitando, salvo por muy justificados motivos, la quiebra anticipada, frustrante y traumática de los negocios jurídicos, que, a través de las fases liquidatorias pertinentes, conducen al vacío jurídico.

Tal principio de conservación aludido no sólo resulta de las instituciones mencionadas y de una aproximación del tema a la filosofía jurídica, sino también de preceptos muy concretos que reducen la alternativa resolutoria —subespecie de la rescisoria— a los justos límites impuestos por la subsidiariedad esencial de la misma, como se desprende del contenido del artículo 1.294 del Código Civil, que dice: «La acción de rescisión es subsidiaria no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio».

Frente a una hipótesis de incumplimiento jurídicamente relevante, compete, previa ponderación de sus circunstancias, encajarlo en un triple supuesto hipotéticamente admisible. De tal encuadramiento procederá, en definitiva, la admisibilidad de alguna de las alternativas contenidas en el artículo 1.124. Tales supuestos técnicamente posibles son:

a) *Incumplimiento total y absoluto.* El caso más paradigmático de tal posibilidad se produce cuando la cosa específica, concreta e individualizada objeto de la compraventa se pierde por una actividad culposa, activa u omisiva, del deudor-vendedor, una vez perfecto el contrato. Es decir, cuando éste, en la fase de pendencia de su obligación de entregar, transgrede el artículo 1.094, a cuyo tenor «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia». Lo mismo puede decirse cuando la prestación comprometida —en supuestos distintos de la compraventa—, teniendo carácter personalísimo, deviene —en tal fase de pendencia—, imposible absolutamente, por incidir el obligado en la hipótesis del artículo 1.104, que dice: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella

diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

En los supuestos expuestos, la parte contractual perjudicada no puede sino propugnar una de las alternativas previstas en el artículo 1.124 y concordantes, la resolutoria, simplemente, porque la especificidad irrepetible de la cosa perdida, y el carácter personalísimo de la prestación devenida imposible, impiden la ejecución forzosa y, con ello, el ejercicio de la otra alternativa del artículo 1.124 y sus concordantes 1.196, 1.198 y 1.199 del Código Civil.

Por lo tanto, en todos aquellos casos de incumplimiento relevante jurídicamente y de carácter absoluto, total e irreversible, productor de una definitiva conculcación del pristino interés contractual, la disyuntiva del artículo 1.124 y concordantes no existe, toda vez que no cabe, por razones obvias, sino la resolución, acompañada o no, de la pertinente indemnización de los daños y perjuicios producidos.

b) *Incumplimiento parcial.* La pérdida antes mencionada puede ser parcial y en tal caso se debe encuadrar tal supuesto en alguna de las siguientes posibilidades: a') pérdida parcial que, por criterios económico-jurídicos y en función de la envergadura de la misma, se asimila a la total; b') pérdida parcial importante, pero no tanto como para situarla en el supuesto anterior; y c') pérdida parcial nimia o fútil, que no afecta sino de forma muy tangencial a la utilidad o funcionalidad económica social de la cosa debida. Esta clasificación es perfectamente aplicable al supuesto de que lo debido consista en una prestación de hacer o no hacer que devenga parcialmente imposible o exigible, respectivamente, quedando a salvo, por supuesto, las peculiaridades respectivas.

Conviene precisar que dentro del concepto de «pérdida» se incluyen no sólo los supuestos del artículo 1.122, 2.º, apartado 2.º, del Código Civil, a cuyo tenor: «Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se pueda recobrar», sino que también abarca todos aquellos generadores de pérdida de la titularidad por parte del contratante obligado a la entrega en virtud de aquellos actos dispositivos irrevocables que en la fase de pendencia de su obligación hubiere efectuado, así como los que le fueren impuestos: expropiaciones, embargos, remates, etc., e igualmente tal concepto se extiende a aquellas pérdidas totales o parciales operadas después de efectuada la *traditio* y que tengan por causa evicciones triunfantes y las minusvalías funcionales generadas, en la

misma hipótesis de *traditio consumada*, por la concurrencia en la cosa vendida y entregada de vicios redhibitorios respecto de los cuales la alternativa del artículo 1.124 se reproduce, aunque con ciertas variantes, en los artículos 1.486, 1.496 y 1.499 del Código Civil, y cuya exégesis no viene ahora al caso.

Para los supuestos de hecho comprendidos en este apartado, el derecho de opción concedido al vendedor perjudicado por el fundamental artículo 1.124 sólo puede ejercerse libremente en la hipótesis *b'*), o sea, cuando la pérdida parcial sea importante, pero no absoluta. Para las restantes, es decir, cuando tal pérdida se asimile a la total o cuando sea nimia, la alternativa no existe, toda vez que en tales supuestos o se impone como única admisible, la derivada de la solución resolutoria —caso de pérdida parcial con connotaciones de total— o bien únicamente cabe la que se refiere al cumplimiento forzoso —caso de pérdida fútil—, ya que sería totalmente injusto en tal caso permitir la resolución. (Por cierto que en esta hipótesis, la pretensión de cumplimiento forzoso podría ser interpuesta, no sólo por el comprador, sino también por el vendedor perjudicado por una negativa injustificada por parte del comprador a recibir la cosa ligeramente deteriorada por culpa del primero). En suma, tal cumplimiento forzoso, acompañado de la indemnización que proceda por los daños y perjuicios causados, serán los únicos y suficientes remedios puestos a disposición del comprador perjudicado por el incumplimiento liviano por parte del vendedor de la obligación conservativa que le impone, para la fase de pendencia de su obligación, el artículo 1.094, ya transcrito.

Vemos, pues, cómo la alternativa que constituye el contenido específico del derecho potestativo atribuido al contratante perjudicado no es, pese a la dicción literal del artículo 1.124, una disyuntiva discrecional, sino que depende su ejercicio de la entidad, importancia y envergadura del incumplimiento jurídicamente relevante en los términos que ya expusimos, y que a modo de *conditio iuris* constituye el detonante de tal derecho potestativo; sin embargo, la importancia o entidad de tal incumplimiento, fácilmente mensurable, atendiendo a criterios económicos, cuando la pérdida o infuncionalidad afecte a cosas o servicios debidos, presenta matices difícilmente aprehensibles cuando de obligaciones de dar, pagar o satisfacer sumas de valor se trate, en función de la peculiar textura institucional de tales deudas.

La compraventa, modelo de contrato generador de relaciones sinalagmáticas, constituye en nuestro Derecho el punto de partida del *iter* transmisivo-adquisitivo, cuyo terminal se sitúa en la *traditio* o modo, en virtud del cual el comprador se convierte en propietario, y el vendedor —que deja de serlo— o ha cobrado el precio convenido previa-

mente, supuesto que no nos interesa, o bien, a cambio de ceder sus derechos dominicales sobre la cosa vendida y tradida, adquiere un derecho de crédito recayente sobre el precio y sujeto, en su efectividad, a plazo suspensivo. Ello nos obliga a exponer unas breves consideraciones sobre la deuda pecuniaria en la que se compromete un apunte contable de valor que, en caso de impago, podrá hacerse efectivo siempre, por vía ejecutiva, sobre el total patrimonio del deudor, utilizando para ello la pertinente pretensión procesal de cumplimiento forzoso de los artículos 1.124 y 1.096 del Código Civil.

Ateniéndonos al Derecho civil puro, ninguna peculiaridad presenta este derecho de crédito sobre el precio aplazado respecto al resto de deudas pecuniarias que tengan como sujeto pasivo al comprador, no generándose ninguna vinculación especial de la cosa transmitida y no pagada al pago del precio aplazado, es decir, no existe ninguna hipoteca legal tácita garantizadora de dicho crédito y recayente sobre el bien transmitido.

El vendedor, en caso de falta de pago del precio aplazado, y considerándose «perjudicado» a los efectos del artículo 1.124, puede ejercitar la alternativa de cumplimiento forzoso, utilizando al efecto la *actio venditi* que le compete, no sólo por el artículo citado, sino por el 1.096 del Código Civil, impetrando al respecto la oportuna colaboración judicial que le será prestada, si se dieren los presupuestos necesarios para ello. El Juez, dotado de los necesarios poderes excepcionales de disposición, y, previos los trámites rituarios oportunos, procederá, por distintos medios, a la conversión en dinero de los componentes patrimoniales del deudor-comprador que sean suficientes para cubrir el importe del precio impagado. Ahora bien, soporte y garantía de tal crédito es la totalidad presente y futura de los activos patrimoniales del mismo, pero tal extensión garantizadora —la del artículo 1911 del Código Civil— queda más que compensada por la circunstancia de que el bien vendido, tradido y no pagado, no garantiza especialmente el crédito surgido de tal venta, ingresando tal bien en el patrimonio del comprador y respondiendo como un componente patrimonial más del mismo, de deudas totalmente ajenas a tal venta, careciendo, por ello, el vendedor-acreedor de los derechos de persecución y preferencia que se derivan de los derechos reales de garantía, lo cual puede generar situaciones profundamente injustas en los casos de insolvencia judicialmente declarada del comprador-deudor, temática que obviamos totalmente aquí, no sin antes hacer una referencia al artículo 1.992, 1.º, a cuyo tenor: «Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia: Los créditos... por precio de venta». Preferencia muy circunscrita, toda

vez que sólo afecta a las ventas de muebles, y en procedimientos concursales.

La situación descrita produce un notable desequilibrio, ya que a cambio de la titularidad dominical cedida, el vendedor no adquiere sino un simple derecho de crédito ni especialmente garantizado, ni dotado, por lo menos, de singular prioridad, salvo la dicha, en concurrencia con otros acreedores. Ante este fenómeno, el ordenamiento jurídico no permanece pasivo, y compensa el desequilibrio aludido con ciertas garantías legales y convencionales específicas del crédito nacido de la compraventa ejecutada unilateralmente, garantías que tendremos ocasión de exponer. No vamos a tratar en absoluto de todo el elenco de medidas protectoras de cualquier tipo de crédito —acciones directas, subrogatorias, revocatorias, etc.—, por cuanto que no presentan singularidad específica alguna en su aplicación concreta al supuesto que, en este estudio, estamos contemplando.

Empero, y con ello iniciamos las anunciadas consideraciones sobre el crédito pecuniario, la propia esencia del mismo favorece al acreedor, toda vez que la especificidad de su objeto, suma de valor, referencia contable, signo monetario esencialmente genérico y fungible, determinan la imposibilidad de que tal crédito se extinga por caso fortuito, con lo que tal acreedor —el vendedor en este caso— jamás se verá perjudicado por la concurrencia de dicho evento extintivo y, por lo tanto, el deudor-comprador no podrá prevalerse en ningún caso del artículo 1.182, o cuyo tenor: «Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora», precepto en la línea del artículo 1.105, que ya vimos, y que determina la causa extintiva de las obligaciones prevista en el artículo 1.156, 2. En realidad, el crédito pecuniario no es susceptible de pérdida, entendida ésta en el sentido que le dimos antes. Existe una radical incompatibilidad entre tal concepto y la deuda de suma. Así, y por ende, el deudor en la fase de pendencia, no queda constreñido por la obligación que con carácter de generalidad impone a todo obligado a dar el artículo 1.094, simplemente, porque no hay nada que conservar ni, en consecuencia, que perder, ya que el valor, como concepto empírico jurídico, es un módulo imperecedero. De todos modos, la cuestión suscitada podría examinarse a la luz de otro razonamiento cuyo curso lógico sería más o menos el siguiente. Efectivamente, el valor, como referencia contable, instrumentada accidentalmente en dinero o signo que lo represente, es inextinguible objetivamente, siendo inaplicable, por lo tanto, el artículo 1.182, pero no sólo es imperecedero fortuitamente, sino que lo es, aunque medie dolo o culpa del deudor. Esto es evidente, pero entendida

también la deuda de valor como comprensiva de una obligación de hacer, ésta podría resultar afectada por el artículo 1.184 del Código Civil, cuyo tenor: «También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible», en cuyo caso la obligación de conservar del artículo 1.094 antes citado podría ser entendida como referida a la obligación de mantener la solvencia del deudor existente en el momento de constituirse la relación obligatoria pecuniaria y así podría predicarse la absoluta imposibilidad de la pérdida del objeto de la deuda pecuniaria —el valor debido—, pero sí de la prestación de hacer —pagar tal valor— cuando la solvencia del deudor desaparezca por las causas previstas en el artículo 1.184 citado, siempre que ello acontezca sin culpa del deudor.

Es sugestiva tal tesis, que, por lo demás, presenta notables connotaciones con los problemas relativos a la inflación, dificultad extraordinaria en el cumplimiento, base del negocio, etc.; temas ajenos a nuestro trabajo, pero, a mi juicio, inatendible. La imposibilidad subjetiva derivada de la insolvencia del deudor no es admisible como causa extintiva exonerante de las prestaciones pecuniarias. La asunción de la deuda y, por ende, la capacidad para contraerla, forman parte del contenido de la capacidad de obrar. Son actos voluntarios y libres y la propia solvencia es valorada a tales efectos por el asumente de deudas, el cual, si bien no está obligado a mantenerla durante la pendencia de la obligación —la tesis de la factibilidad del ejercicio de la acción pauliana, teniendo por base créditos aplazados me parece deleznable—, sí, en cambio, está obligado a valorar su propia capacidad de endeudamiento y a ser solvente, llegado el momento de la exigibilidad del crédito. Así, si se produce el impago, éste será siempre producido bien por un comportamiento doloso del deudor insolvente —enajenaciones en fraude acreedores— o bien por una actitud omisiva del mismo, encajable en el supuesto de hecho del artículo 1.104 del Código Civil, ya visto, teniendo como corolario, en todo caso, su encuadramiento en las hipótesis previstas en el artículo 1.124.

En suma, de la propia solvencia responde siempre el deudor, siendo su insolvencia, en consecuencia, culpable en todo caso.

Teniendo en cuenta que las deudas pecuniarias no son, por todo lo dicho, susceptibles de pérdida, su vocación al cumplimiento es absoluta y perpetua (salvo prescripción) y su transmisión a los herederos del deudor un hecho irrefragable, a tenor de lo previsto en los artículos 659, 1.003 y 1.023 del Código Civil. Consecuencia de todo lo dicho es que todo impago pecuario tiene institucionalmente carácter provisional, nunca definitivo, y ello modaliza el tratamiento jurídico de la situación de incumplimiento que tal falta de pago supone.

Resumiendo lo expuesto, podríamos concluir la cuestión de la inextinguibilidad sustancial de las deudas pecuniarias, por consideraciones objetivas y subjetivas, diciendo que *siempre* hay dinero o signo que lo represente para pagarlas y que *siempre tiene que haber* solvencia en el deudor llegado el momento de su exigibilidad, siendo, por lo tanto, absolutamente inaplicables a las mismas los supuestos extintivos contemplados genéricamente en el apartado 2.º del artículo 1.156 del Código Civil y específicamente en los artículos 1.182 y 1.184 del mismo cuerpo legal, antes examinados.

El deudor de valor, el comprador, en el caso que estamos viendo, debe pagar el precio en dinero o signo que lo represente y debe hacerlo, precisamente, en el tiempo convenido, siendo así dos las obligaciones sustanciales en que se puede descomponer, a efectos teórico-prácticos, las deudas pecuniarias: a) la de pagarlas, y b) la de hacerlo, llegado el momento de su efectividad, es decir, cuando queden «purificadas», si es que tal momento no coincide con el tiempo de su génesis (obligaciones condicionalmente suspendidas y temporalmente aplazadas). Por lo tocante a la primera de tales obligaciones —la medular— ya hemos tratado el tema básico de su «imperdibilidad» bien sea ésta fortuita o culposa. En cambio, por lo que concierne a la segunda, es decir, aquélla que constriñe a no retrasarse en su ejecución, las hipótesis de incumplimiento doloso, culposo y fortuito tienen perfecto encaje cuando de su infracción se trate.

Incumplida tal obligación, es decir, la de pagar «desde luego», el día de su efectividad, según la expresiva frase utilizada por el artículo 1.113 del Código Civil, el deudor incurre en morosidad, retraso, extemporaneidad, incumplimiento que puede ser estrictamente fáctico y jurídicamente irrelevante, por tratarse de una situación de dilación irresponsable, inimputable y objetiva, en definitiva, fortuita, incidible en la hipótesis del artículo 1.105 del Código Civil, ya visto, y que determina la extinción de pagar en el día convenido y la prórroga del plazo de pago, de carácter convencional, legal o judicial, o bien, tal situación de morosidad genera, por ser imputable al deudor —dolosa o culposamente imputable—, una situación de incumplimiento jurídicamente relevante con la entrada en juego automática del artículo 1.101 del Código Civil, que fue expuesto anteriormente, la posible conversión en mora técnica de tal retraso en virtud de la aplicación al supuesto de incumplimiento contemplado del artículo 1.100 y el acople de tal situación de incumplimiento al supuesto de hecho del artículo 1.124, peculiar en su aplicación al caso de impago del precio convenido; y es que, como ya dijimos antes, para que pueda propiciarse la alternativa resolutoria es imprescindible que la pérdida de la cosa o defectuosidad de la prestación incumplida sea total y absoluta o parcial, pero tan importante que se asimile a la

anterior, en cuyo caso la resolución es la única posibilidad compensatoria que se ofrece al perjudicado. Tratándose de pérdidas parciales, ya expusimos su distinto tratamiento jurídico, según fueren importantes o nimias; sin embargo, en el caso de deudas pecuniarias, las cosas no pueden discurrir por el camino expuesto, por la sencilla razón de que el *prius* para imponer una u otra de las soluciones previstas hipotéticamente en el artículo 1.124 y concordantes no existe, ya que el concepto de «pérdida», presupuesto de cualquiera de las situaciones del artículo 1.124, es incompatible, por todas las razones anteriormente aducidas, con tales deudas de valor.

Así pues, todo incumplimiento afectante a las mismas no puede sino referirse a su parámetro temporal y no impide, aunque retrasadamente, su ulterior satisfacción, situación que, en consecuencia, imprime a todo incumplimiento de deuda pecuniaria un indeleble carácter de provisionalidad, eliminador del carácter definitivo o importante que debe tener el justificador de la alternativa resolutoria. Consecuentemente, la misma debería quedar descartada por principio, tratándose de impago —retrasado, pero siempre posible— de deudas pecuniarias.

Mas obligar al acreedor insatisfecho, vendedor en este caso, a ejercitar reiteradas acciones de cumplimiento forzoso —procesalmente factibles—, hasta obtener la satisfacción de su crédito retrasado, tampoco sería una solución justa, y, en cierto modo, forzando la interpretación lógica expuesta de toda la normativa citada, se desplaza el problema de la importancia o envergadura del incumplimiento sustancial hacia la segunda de las obligaciones expuestas como integrantes de cualquier derecho de crédito globalmente considerado, o sea, al retraso en su pago, y de su calificación dependerá la viabilidad de la alternativa pretendida al socaire del mismo, envergadura o importancia que al entender de la pretensión, deducida al amparo del artículo 1.124, deberá ser ponderada por el Juez, fundándose en esas «causas justificadas» que menciona el artículo en cuestión como legitimantes de la pertinente moratoria judicial autorizada por dicho artículo y cuya consecuencia principal es la de excluir —si bien provisionalmente— la resolución pretendida por el vendedor perjudicado por el impago de la contraparte. En la valoración de la trascendencia del impago el Juez deberá atenerse: 1) A la entidad de tal circunstancia; a la concreta ecuación que existe entre lo pagado y lo retrasado. 2) A la envergadura del retraso. 3) A las circunstancias subjetivas del mismo, porque, aunque, como ya dijimos, de la propia solvencia se responde siempre, no es lo mismo incidir en una insolvencia fortuita, culposa o dolosa. Prueba de ello es el distinto tratamiento concursal que reciben tales situaciones y que se exterioriza

a través de los procedimientos diferenciados de quiebra fortuita, culpable y fraudulenta, regulados en el Código de Comercio.

Únicamente me resta añadir, por lo concerniente a estas ideas básicas sobre el incumplimiento de los créditos pecuniarios, que el retraso en su satisfacción se presume siempre culpable, presunción que, obviamente, favorece la posición del vendedor, y ello se desprende de las reglas generales sobre la prueba del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones: artículo 1.214 del Código Civil, y de la aplicación del artículo 1.183 del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor: «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.096».

Tal presunción viene a favorecer extraordinariamente la situación procesal del vendedor-acreedor, ya que todo incumplimiento generador de retraso en el pago se presume jurídicamente relevante; de todas maneras, tal presunción tiene carácter *iuris tantum*, desvirtuable por el deudor retrasado en la pertinente instancia procesal, alegando y probando, o bien, que tenía a su favor un derecho de retención, que efectivamente utilizó, o bien, que su retraso fue inequívocamente debido a acontecimientos imprevistos o inevitables. En el primer supuesto, su impuntualidad es legítima, en el segundo, inimputable, y en ambos casos, irresponsable.

Aparte de lo dicho sobre la naturaleza esencial del crédito pecuniario, que viene a favorecer a la parte vendedora, es evidente que su posición se refuerza por la existencia de distintas garantías puestas a su disposición y que, en cierta medida, palian aquel desequilibrio que se producía cuando a través de la entrega traditiva ejecutada por cualquiera de los procedimientos indicados en los artículos 1.462 y siguientes del Código Civil, el vendedor perdía la propiedad sobre lo transmitido, adquiriendo como correspectivo, en el caso de ventas a plazos, un puro, y no garantizado especialmente, derecho de crédito, temporalmente aplazado. Veamos, pues, tales garantías:

A) *Legales*.—Son aquellas previstas por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, y las partes se limitan a introducirlas en virtud de su poder de autorregulación de sus intereses privados, como cláusulas singulares en aquellos concretos contratos de compraventa que celebren, quedando modificado por tal circunstancia el estatuto-tipo, esquema organizativo o paradigma regulador del contrato previsto por el Código Civil. Tales cláusulas presuponen todo un contexto de agravación de la responsabilidad legalmente asumida por el comprador que se traduce en la concurrencia de renunciaciones temporales o definitivas de derechos que, normal-

mente y por imperativo legal, se atribuyen al comprador, modificaciones en el sistema prototípico de la carga de la prueba, e inversión de posiciones procesales, situándose la frontera de todas estas posibilidades convencionales de modificación del estatuto tipo antes aludido en los límites infranqueables de la buena fe y del abuso del derecho. Como casos concretos, debemos citar la posibilidad convencional permitida por el inciso último del artículo 1.502 del Código Civil, artículo que dice: «Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso o se *haya estipulado que no obstante cualquier contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago*». Vemos, pues, cómo, en virtud de la posibilidad permitida por la frase puesta en cursiva por mí del artículo citado, el comprador pierde el derecho de retención que en funciones de garantía le permite incidir en una situación de retraso legítimo en caso de perturbación efectiva o peligro de que ésta se produzca a consecuencia del ejercicio de alguna de las acciones previstas en tal artículo.

Tal derecho de retención, medida excepcional de garantía por acción directa del perjudicado o presunto perjudicado, de carácter legal, es de ejercicio absolutamente discrecional por parte de su titular, y, según el artículo transcrito, renunciable previamente, con lo que, a pesar de la perturbación o peligro de la misma, el comprador desprovisto de tal derecho de suspender el pago del precio, deberá efectuar éste, sea cual fuere la repercusión sobre la cosa por él adquirida de tal acción reivindicatoria o hipotecaria, produciéndose, por ello, un notable reforzamiento de la posición de la parte acreedora-vendedora.

En esta línea de garantía de los intereses contractuales de la misma, debemos situar aquellos pactos en los que las partes acuerdan la exclusión de otros derechos de retención, igualmente previstos por el legislador, como medidas cautelares y de garantía en favor del comprador. Tal sucede en aquellos supuestos de evicción parcial cuando lo perdido por el comprador en razón de la demanda triunfante interpuesta por tercero que actuara en virtud de un derecho anterior a la compra —artículo 1.475 y concordantes— no sea esencial en relación a la totalidad de lo comprado, en cuya hipótesis el supuesto de evicción operado no permite, en la línea de todo lo que llevamos dicho sobre el incumplimiento parcial, la facultad resolutoria concedida al comprador perjudicado por el artículo 1.475 del Código Civil, no teniendo a su disposición más que el derecho de obtener la pertinente indemnización de daños y perjuicios por la pérdida parcial sufrida, que, en la hipótesis

de precio aplazado, podrá ser retenida legítimamente de la cantidad de tal precio que quede por pagar. Pues bien, tal derecho de retención recayente sobre la parte del precio aplazado, coincidente con el montante de la indemnización debida, es renunciable al amparo de los pactos permitidos sobre la exoneración de la obligación de sanear por evicción impuesta por el artículo 1.461, 1, del Código Civil y concordantes, pactos cuya posibilidad se halla fuera de toda duda, dado lo terminante de la dicción literal del artículo 1.477 de dicho cuerpo legal, a cuyo tenor: «Cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias». Así pues, y en especial derivada del último inciso del artículo que acabamos de transcribir, es factible la renuncia al derecho de retención parcial antes aludido, si bien la cláusula que la contenga deberá ser inconcusa y el vendedor proceder de buena fe, ya que, y en la línea del artículo 1.102 del Código Civil, el artículo 1.476 sienta que «será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte». Otro tanto podríamos decir respecto a aquellas hipótesis de incumplimiento parcial por parte del vendedor de obligaciones que le afecten y que, dada su incidencia en la relación de compraventa generada —con cosa entregada o no—, justifican cumplimientos forzosos, no resoluciones, pese al incumplimiento aludido, pero con rebajas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, en el precio convenido. Me refiero con ello a las hipótesis de los artículos 1.460, 2.º, 1.469, 1.483, 1.486, 1.496 y 1.499, todos ellos del Código Civil, reguladores de parciales supuestos de incumplimiento afectantes a las obligaciones que conciernen al deudor-vendedor de entregar la totalidad de la cosa vendida y de entregarla sin vicios jurídicos o físicos. En tales alternativas, y por aplicación de la genérica *excoptio non adimpleti contractus*, sí procede la rebaja del precio proporcional a lo dejado de entregar o a la infuncionalidad operada en la cosa vendida a consecuencia de tales vicios, es obvio que en los supuestos de precios pendientes, el comprador gozará de tales derechos de retención parciales derivados de la excepción antes aludida.

Continuando por el mismo camino, no podemos dejar de citar, aunque sólo sea de pasada, el problema de la asunción por parte del comprador de los riesgos derivados del caso fortuito, afectantes, no a supuestos de pérdida parcial, no definitiva, que acabamos de exponer, sino a aquélla que opera cuando en la fase de pendencia de la obligación de entregar, que se extiende desde el momento mismo de la perfección

del contrato hasta su ejecución, mediante la *traditio* de la cosa vendida, la cosa se pierde totalmente, sin culpa del vendedor. En un trabajo publicado en el libro dedicado al ilustre jurista que fue TIRSO CARRETERO trato de esta cuestión ampliamente. Aquí sólo me interesa destacar que por vía convencional —artículos 1.255 y 1.105— tal asunción de riesgos derivados por el caso fortuito determinante de tal pérdida es admisible, reforzándose así muy notablemente la posición del vendedor, que cobrará, aunque la cosa se pierda fortuitamente. Empero, tal posibilidad no deja de ofrecer serios reparos desde el momento en que convierte el contrato celebrado en un atípico contrato aleatorio en virtud del cual la parte compradora asume riesgos ajenos, sin obtener la correspondiente prima por ello, por lo que podría predicarse para tal supuesto la ineficacia derivada del artículo 1.275, cuando dice que: «Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno». Queda fuera de este trabajo una consideración más amplia de la temática suscitada por tales compraventas aleatorias, por lo demás, más extensamente tratadas en el trabajo citado, al que me remito.

No se agotan con lo expuesto las garantías que rodean el derecho de crédito del vendedor, siendo destacables, en tal sentido, la posibilidad garantizadora derivada del establecimiento de las pertinentes obligaciones accesorias de garantía que convencionalmente se puedan convenir. Sin embargo, tales obligaciones, salvo el supuesto concreto de hipoteca en garantía del precio aplazado, prevista en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, no presentan peculiaridad alguna, por lo que no las vamos a considerar; de todos modos no podemos dejar esta cuestión sin hacer una referencia a la cláusula penal que como liquidación anticipada de daños y perjuicios se suele incluir en los contratos de compraventa con precio aplazado. Tal cláusula, de indudable utilidad, elimina la fase judicial de prueba y cuantificación de los mismos que quedarán en principio definitivamente establecidos en el mismo momento de perfección del contrato que la contenga. Lo que no elimina es la intervención judicial en la constatación del hecho determinante de su exigencia, o sea, el incumplimiento jurídicamente relevante, pero no cualquier incumplimiento, sino sólo aquél que determine la viabilidad de la alternativa resolutoria, no cuando aquél origine la acción de cumplimiento forzoso, salvo pacto expreso al efecto. Esto resulta claro de la dicción literal y concluyente del artículo 1.153, a cuyo tenor: «El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente

otorgada». La claridad y rotundidad del segundo párrafo citado nos dispensa de efectuar cualquier puntualización exegética sobre el mismo.

Concebida así la cláusula penal, íntimamente ligada a la alternativa resolutoria, es indispensable que ésta se produzca, a fin de que la misma despliegue toda su eficacia disuasoria del incumplimiento pretendida con su establecimiento, resolución que deberá tener lugar por vía judicial y en la misma podrá tener efectividad la facultad moderadora que en favor del Juez se establece por el artículo 1.154, que dice: «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Ahora bien, conviene tener muy presente que todo lo que concierna a la indemnización de daños y perjuicios exigibles, bien a través de una pretensión autónoma, o bien a través de la exigencia de la correspondiente cláusula penal, conserva una evidente independencia sustancial y procesal respecto a las pretensiones básicas afectantes a la alternativa del artículo 1.124.

Así, cuando se inste la resolución, y ésta se decrete judicialmente, los contratantes deberán devolverse las cosas que fueron objeto del contrato resuelto —cosas y precio—, constituyendo tales resoluciones lo esencial de la alternativa triunfante, pero quedando aplazadas hasta que se ultime la fase de liquidación que, imprescindiblemente, debe preceder a la fase de ejecución de la resolución decretada, fase en la que se depurará la situación posesoria cuya titularidad ostentó el comprador resuelto y en la que tendrán juego destacado los artículos 451 y siguientes del Código Civil en lo atinente a liquidación de comportamientos posesorios sucesivos. Consumada tal fase liquidatoria, surge una relación obligatoria recíproca de devolución de lo recibido en virtud del contrato resuelto, si bien la concreta ejecución de las mismas vendrá condicionada por el resultado de la liquidación aludida, cuyo específico tratamiento, en defecto de acuerdo, será estrictamente judicial, englobándose en la sentencia que se dicte las fases anteriormente aludidas. Consecuencia de todo lo dicho es que la facultad moderadora con que el Juez puede mitigar el rigor de una cláusula penal desmedida, en atención al grado de incumplimiento enjuiciado, deberá ser ejercida en tal fase previa de liquidación, que, como hemos visto, desemboca en la fase de ejecución recíproca antes mencionada, con la que se consuma todo el proceso resolutivo.

Al tratar este tema, no podemos sino sacar a relucir, por la frecuencia con que últimamente se prodigan, las cláusulas penales variables, absolutas o relativas, en las que la totalidad o un porcentaje previamente establecido del precio pagado constituye el *quantum* de la cláusula penal convenida. Tales cláusulas penales variables, que han devenido ya, por

su frecuencia, cláusulas de estilo en los instrumentos notariales, se apoyan en el principio de la autonomía de la voluntad, sujetas, por supuesto, a los mismos límites intrínsecos de la misma.

De todos modos, y en virtud de lo dicho acerca de la sinelagmaticidad sustancial de la recíproca obligación de ejecución surgida de un contrato resuelto, la ponderación moderadora atribuida al Juez por el artículo 1.154 cobra especial transcendencia, toda vez que, en sí, tal cláusula penal no deja de presentar importantes dudas acerca de su admisibilidad, puesto que, en realidad, penaliza con mayor rigurosidad al contratante más cumplidor, aparte de que, con su inserción, y esto es lo más importante, se genera a favor del vendedor que resuelve un derecho de retención atípico, recayente sobre el precio o, mejor dicho, sobre la parte del precio recibido que, por imperativos resolutorios, como ya hemos dicho, debe devolver al comprador. Mas tal inconveniente debe quedar obviado con la intervención judicial anteriormente aludida y con la facultad moderadora que ella conlleva, en su caso. Del aspecto registral del tema nos ocuparemos después.

Para concluir esta necesaria, por razones de coherencia expositiva, referencia a la garantía consistente en la cláusula penal, me interesa destacar la circunstancia de que la única resolución que permite su exigencia es la derivada del incumplimiento y que cualquier otro tipo resolutorio, y concretamente el derivado de la inserción paccionada de una condición resolutoria en cualquier esquema de relación, es absolutamente incompatible con ella, ya que la idea de sanción, consustancial al tipo de cláusula penal que estamos considerando, es totalmente ajena a la resolución derivada del cumplimiento del evento resolutorio condicionante.

B) *Convencionales*.—Calificamos como tales aquéllas que no sólo proceden de las previsiones contractuales de las partes, sino que, además, no se encuentran en absoluto previstas en la regulación legal que del contrato de compraventa efectúa el Código Civil, siendo la atípica de las mismas lo que las caracteriza, provocando su inserción una absoluta singularidad normativa del contrato en cuestión.

Podemos incluir, dentro de este grupo, el pacto de reserva de dominio y aquel que establezca generales o específicas restricciones en la facultad dispositiva que naturalmente acompaña a toda titularidad dominical. Obvio el estudio de tales garantías por no incidir directamente en la cuestión central de este trabajo, si bien me interesaría resaltar la circunstancia de que el pacto de reserva de dominio (al que inexorablemente acompaña el de prohibición de disponer, toda vez que en este caso la *traditio* no convierte en propietario al comprador) constituye

una garantía absoluta del crédito al precio aplazado, por cuanto que de quiebra de la teoría del título y el modo supone, quiebra cuya posibilidad ha provocado hondas perplejidades interpretativas entre los autores.

A pesar de todo el elenco de garantías legales y convencionales expuestas, el incumplimiento o falta de pago del precio convenido, llegado el día de su exigibilidad, continúa siendo posible, y, ante tal situación fáctica de retraso, el acreedor-vendedor perjudicado puede: a) Requerir de pago extrajudicialmente al comprador impuntual. Con ello, si tal vendedor tenía derecho a cobrar el precio antes de la entrega de la cosa, es decir, en el supuesto de venta con obligación de pagar el precio pura y entrega de la cosa convencionalmente aplazada, el comprador retrasado incurre, en virtud de tal intimación al pago, en la figura técnica de la mora, con sus defectos característicos. Obviamente, tal mora queda excluida si el deudor atiende a tal requerimiento de pago en el acto, o dentro del plazo que para contestar al mismo le concede el Reglamento notarial, en la hipótesis de requerimientos de tal clase. Sin embargo, coherentemente con todo lo expuesto hasta aquí, para que tal intimación de pago convierta el hecho fáctico de simple morosidad, impuntualidad o retraso, en mora técnica, acogida al régimen del artículo 1.100 y concordantes del Código Civil es necesario que la causa impulsiva de tal retraso sea dolosa o culposa, aunque, como ya dijimos antes, ésta se presume. En cualquier caso, es evidente la posibilidad de contestar a la intimación en el sentido de alegar una causa de inimputabilidad que, de no ser apreciada por el vendedor intimante, sería objeto de apreciación judicial. De todos modos, de concurrir causa de irresponsabilidad para el deudor, aunque ésta no sea expuesta al contestar al requerimiento que estamos examinando, cosa que, por lo demás, no es obligatoria, podrá, desde luego, ser sometida a la oportuna constatación judicial, por vía de acción o excepción, en la instancia procesal pertinente.

Para las hipótesis normales de compraventas en las que la entrega de la cosa antecede al pago del precio fijado, que queda convencionalmente aplazado y sujeto a posterior purificación por el transcurso del tiempo de su exigibilidad, según la doctrina mayoritaria no es imprescindible que el vendedor, que cumplió su obligación, intime de pago al comprador impuntual para hacerle incidir en mora, ya que el artículo 1.100, en su último párrafo, parece sentarlo así, al establecer, taxativamente, que: «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurren en mora si el otro no cumple o no se allana debidamente a cumplir lo que le incumple. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro». Interpretado en la línea expuesta este precepto, no cabe duda que la intimación de pago anterior-

mente aludida es irrelevante. Del requerimiento de pago aludido en el artículo 1.504 nos ocuparemos al abordar la exégesis del mismo. *b)* Otro camino a seguir en caso de extemporaneidad de la prestación asumida por el comprador de pagar el precio, es el consistente en acudir directamente a la vía judicial, deduciendo las correspondientes pretensiones de cumplimiento forzoso o *actio venditi* y/o de resolución, en el primer caso con carácter procesal alternativo —aparte naturalmente la que proceda respecto a los daños y perjuicios ocasionados—.

La autoridad judicial que entienda de las acciones interpuestas deberá ponderar y advenir, en virtud de las pruebas propuestas y practicadas por las partes o, en su caso, las que procedan de la iniciativa de la misma autoridad que entienda del litigio, todos los extremos que ya hemos tenido ocasión de exponer a lo largo de este trabajo, y que puedan justificar una solución de ejecución o cumplimiento forzoso, o bien de resolución.

La frase «causas justificadas que le autoricen para señalar plazo» que utiliza el artículo 1.124 del Código Civil presupone todo el contexto valorativo antes dicho y la moratoria judicial, en definitiva, plazo de gracia que, por razones de equidad, pueda conceder el Juez, resalta la consideración, ya expuesta, de lo excepcional de la solución resolutoria que debe quedar reservada para los supuestos de incumplimientos efectivamente graves de la obligación de pagar, o sea, del retraso en el que haya incidido culpablemente el comprador, gravedad que, tratándose de obligaciones pecuniarias, cual es el caso, viene en función de los factores a los que ya aludimos al precisar las características generales de las mismas, o sea, a la importancia de lo impagado en relación a lo satisfecho; a la magnitud del retraso y a las circunstancias dolosas, culposas o fortuitas de la insolvencia del comprador impuntual. Nos remitimos a todas las precisiones conceptuales anteriormente expuestas y referentes a los puntos concernientes a la mutación del hecho fáctico del retraso, en una situación de incumplimiento jurídicamente relevante, cuyos matices, cuando tal incumplimiento afecta a las prestaciones pecuniarias, fue ya objeto de mi consideración.

Cuando la solución, judicialmente impuesta, sea la resolutoria, entonces tal alternativa debe regularse, no sólo por el artículo 1.124, tantas veces citado, sino también, por sus complementarios 1.504 y 1.505, artículos que no sólo no se contradicen con el primeramente dicho, sino que asumen la configuración de preceptos reglamentarios del mismo, en su concretísima aplicación a una de las alternativas previstas, la resolutoria.

Por lo tocante al artículo 1.504, que dice: «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, aún después de haber expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo plazo», caben diversas consideraciones en virtud del enfoque de su contenido. Ahora bien, lo más llamativo del mismo es la fortísima limitación que imprime al dogma de la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad contractual, ya que, cuando, en virtud de la misma, se ha pactado por las partes vendedora y compradora un pacto comisorio-resolutorio, bien en forma directa a través de la pertinente cláusula imperativa, o bien, insertando en el contenido de la relación obligatoria afectada la oportuna condición resolutoria con su congruente resolución automática, en ambos supuestos pretendida, tal fenómeno no se produce.

Así, y dada la trascendencia de los intereses en juego, y el traumatismo irreversible que todo remedio resolutorio produce, la autonomía de la voluntad contractual se halla frenada por el artículo citado, que impide —pese a la inserción taxativa, expresa e incuestionable de tal previsión volitiva— la resolución automática, que no se produce en ningún supuesto de venta de inmuebles con precio aplazado y por ello, tanto con pacto como sin él, llegado el día de la impuntualidad o retraso del precio convenido, que debería ser fatal e inexorable cuando así se hubiere establecido, automáticamente lo que se produce es la apertura de un nuevo plazo, auténtica moratoria legal, de duración indeterminada, ya que ésta depende de la exclusiva voluntad del vendedor-acreedor, durante la cual el comprador moroso puede, a pesar del pacto solutorio convenido, pagar el precio atrasado, quedando bloqueada tal posibilidad y el contrato irrevocablemente resuelto por imperativo legal, cuando el vendedor opta definitivamente por la resolución y comunica su decisión, notarial o judicialmente, al comprador.

Diversas precisiones se imponen al socaire de la exégesis del artículo que estamos contemplando. En primer lugar, su carácter de complementario y, en cierta medida, subordinado al fundamental artículo 1.124, aspecto anteriormente destacado. Inmediatamente después, se nos ocurre la idea de que tal artículo abunda en la excepcionalidad de la medida resolutoria como correctora de infracciones contractuales, cuestión también anteriormente aludida, toda vez que incluso querida ésta por las partes, tal posibilidad es ineficaz en la medida impuesta por el artículo que nos ocupa. Igualmente es de destacar que el artículo en cuestión no excluye la posibilidad de que el vendedor perjudicado, con pacto resolutorio o sin él, opte por la solución alternativa a la regulada por tal artículo, es decir, interponga la correspondiente *actio venditi*, ni tampoco impide, ni mucho menos, que, vistas las circunstancias del incumpli-

miento concreto de que se trate, el Juez reconduzca la situación por la vía procesal de tal *actio venditi*, aún a pesar de que, amparándose en el artículo 1.504, el vendedor hubiere solicitado, exclusivamente, la resolución. En tal caso, la exclusión, temporal o definitiva, de tal pretensión de resolución, daría entrada a la posibilidad del plazo de gracia judicial del artículo 1.124, que, por su propia esencia, suspende, condicionada o incondicionadamente, la resolución pretendida.

Concluyendo con el capítulo de precisiones, no estaría de más puntualizar que el artículo 1.504 no contempla la objetivación del incumplimiento, desposeyéndolo de las imprescindibles connotaciones de imputabilidad dolosa o culposa, ni prejuzga que el impago de cualquier cantidad del precio convenido sea importante a los efectos de que el Juez decrete la resolución. Tales cuestiones deberán tener el tratamiento procesal genérico aplicable a cualquier hipótesis de incumplimiento, sin que el artículo 1.504 aporte ninguna novedad al respecto.

Se ha discutido —bastante ociosamente, a mi juicio— si, pese a lo terminante de la dicción legal, «hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle un nuevo plazo», es factible otro requerimiento de pago, concesivo de un nuevo término. En primer lugar, conviene no perder de vista que tal posibilidad supone, no una novación —que requeriría, en la hipótesis contemplada, acuerdo de las partes—, sino más bien una renuncia que efectúa el vendedor a su derecho a obtener la resolución inmediata de la compraventa incumplida, renuncia incluible en el supuesto permisivo del artículo 6, 2.º, del Código Civil, pero que tiene, en todo caso, carácter temporal, por cuanto que sólo surte efectos durante el nuevo término concedido. Ahora bien, la hipótesis novatoria de la relación contemplada no debe excluirse cuando, concedido tal nuevo término, el comprador lo acepte, en cuyo caso es de perfecta aplicación al supuesto. Lo contemplado en el artículo 1.203, 1.º, del Código Civil. Si, por el contrario, tal plazo no surte efectos novatorios, por no ser aceptado por el comprador que incumple, entonces, si llegado el vencimiento del mismo, éste paga la deuda inicialmente insatisfecha, todo el problema desaparece por la extinción de su obligación. Si, por el contrario, en la misma hipótesis, el comprador incumple de nuevo, la renuncia temporal que efectuó el vendedor, y a la que hicimos referencia, decae y queda expedito su derecho a instar la resolución inmediata mediante la pertinente notificación resolutoria, notificación que, por economía procedimental, puede efectuarse en el mismo acto de concesión del nuevo aplazamiento, para el supuesto de que éste resulte fallido, siempre, naturalmente, que la notificación que presente tal doble contenido —concesión de nuevo plazo y de resolución condicionada—,

sea del tipo previsto en el artículo 1.504, o sea, fehaciente notarial o judicialmente.

Decíamos que el pacto resolutorio convenido por las partes en la hipótesis de aplicación del artículo 1.504 y cuya limitación de efectos hemos tenido ocasión de precisar, puede resultar de la imperatividad de una cláusula extintiva de la titularidad dominical transmitida al comprador, establecida directamente con esta expresa finalidad, o bien puede derivarse de la consideración de la falta de pago como evento técnicamente condicionante. En todo caso, en uno y otro supuesto, el dogma del valor incontrolado de la autonomía de la voluntad queda profundamente en entredicho; no obstante, lo que me interesa puntualizar ahora es que tal quiebra, impuesta por evidentes razones de equidad, opera, en todo caso, sea cual fuere la forma de instrumentalizar el pacto resolutorio, lo cual, cuando tiene lugar a través de la conversión de la falta de pago en un supuesto técnicamente condicionante, tiene indudables consecuencias conceptuales, ya que, privada de todo automatismo resolutorio, la pretendida conversión tiene un carácter más que limitado. Veremos más ampliamente la cuestión, al tratar de las repercusiones registrales del aplazamiento del pago del precio.

Por su parte, la cuestión relativa a la problemática expuesta, por lo que concierne a los muebles, aparece contemplada en el artículo 1.505 del Código Civil, a cuyo tenor: «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 éste se hubiese pactado mayor dilación». Este artículo, a pesar de ciertas diferencias terminológicas, aborda el tema del pacto resolutorio, en su aplicación a las ventas de muebles, con un criterio que coincide, en lo esencial, con el del artículo precedente, en el sentido de imponer considerables limitaciones a la autonomía de la voluntad contractual, por cuanto que, y a pesar de convenirse el oportuno pacto comisorio expreso, su fuerza vinculante adolece de una relatividad sustancial, toda vez que condiciona la resolución impuesta convencionalmente para el caso de impago del precio al «interés del vendedor», frase de la cual se deriva, inexorablemente, que tal resolución convenida carece de efectos automáticos. Conviene precisar que tal artículo contempla una doble hipótesis de venta de muebles: venta con precio debido de presente, y venta con precio aplazado; en el primer caso, y ante el hecho del impago, el vendedor puede optar por el derecho de retención, previsto en el artículo 1.466, a cuyo tenor: *«El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha*

señalado en el contrato un plazo para el pago», o bien, puede instar directamente la resolución prevista en el artículo 1.505, resolución que, por depender de su interés, repito, tampoco tiene carácter automático. La otra hipótesis prevista en el artículo 1.505 concierne a la venta con obligación pura de entrega, y aplazada en cuanto al pago del precio, supuesto absolutamente reconducible a la del artículo 1.504, salvando, naturalmente, su distinto ámbito objetivo. Para tal caso, se halla previsto, en el artículo 1.467, un peculiar derecho de retención de la cosa debida de presente cuando, después de contraída la obligación, se descubre que el vendedor es insolvente, derecho de retención preventivo, que sólo puede ser ejercido legítimamente en caso de insolvencia descubierta después de la perfección de la venta. Llegado el momento del vencimiento del precio aplazado, y siempre que el vendedor no se haya prevalido de la posibilidad retentora que le confiere el artículo últimamente citado, si se produce el retraso en el pago del mismo se impone distinguir una doble hipótesis: a) Que se haya previsto convencionalmente tal contingencia mediante acuerdo de las partes al efecto, estableciendo, por vía directa o indirecta, ya vistas, el oportuno pacto comisorio. b) Que tal previsión convencional no haya tenido lugar. En el primero de los supuestos inmediatamente aludidos, la solución idónea es idéntica a la propugnada para los inmuebles. La resolución automática, prevista y querida por las partes, no se produce de ningún modo, ya que se exige, en todo caso, un acto volitivo procedente del vendedor a través del cual se exteriorice su rigurosa decisión de resolver. Tal exigencia resulta incontestable al subordinar el artículo que estamos estudiando la resolución en el mencionado al «interés del vendedor», lo que le permite escoger la otra posible alternativa, es decir, la del cumplimiento forzoso mediante el ejercicio de la *actio venditi*.

En conclusión, ambos artículos, el 1.504 y el 1.505, pese a circunstanciales diferencias semánticas y de contenido, responden a la misma idea básica de proscribir el automatismo resolutorio pretendido por las partes, con lo que, innegablemente, queda erosionado el dogma de la autonomía de la voluntad.

Cuando la relación bilateral que surge del contrato de compraventa, perfecto y ejecutado en su vertiente traditiva, tiene acceso al Registro de la Propiedad, la cobertura que tal Institución presta a las titularidades inscritas proyecta una luz peculiar sobre lo que hasta ahora llevamos dicho, al añadir, a las garantías expuestas, las derivadas de tal cobertura.

De entrada, hay que poner de manifiesto la notable singularidad de que el derecho de crédito sobre el precio aplazado tenga acceso a los libros del Registro, como una de las circunstancias de constancia obligatoria en las inscripciones de compraventas, asientos, que, por ello, publi-

can una doble titularidad, la real, adquirida por el comprador, y la credicia aplazada, que ostenta el vendedor. Tal constancia registral resulta imperativa, dados los términos con que se produce el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor: «En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago». La claridad del precepto transcrito nos evita efectuar su interpretación; únicamente diremos que debe practicarse la constancia registral, no sólo del precio convenido, sino de la forma de pagarlo, pero, por lo que a este trabajo atañe, las expresiones tabulares de confesado y recibido no nos interesan, debiendo centrarnos exclusivamente en el supuesto de precio aplazado.

En realidad, tal constancia registral del precio es una lógica exigencia de la más general, consistente en que sólo pueden tener acceso al Registro los títulos válidos, y la compraventa o negocio jurídico obligacional, que, junto con el modo, provocan la adquisición dominical por parte del comprador *accipiens* de la cosa vendida para que sea eficaz es imprescindible que en ella exista el precio al que se refiere, entre otros, el artículo 1.445 del Código Civil, que la define. La constancia registral de tal precio no es sino un lógico corolario de lo expuesto, constancia necesaria, pero, de todos modos, excepcional por cuanto la protección registral sólo se extiende, por necesidades institucionales, matizadas, no obstante, por concretas excepciones, a los derechos reales inmobiliarios, quedando, en principio, vedada tal protección a los puros derechos personales, siendo suficientemente explícito, al respecto, el artículo 9 del Reglamento Hipotecario, entre otros.

Partiendo, pues, del hecho innegable de la necesidad de la inscripción del crédito aplazado del vendedor que traidió, se plantea el problema transcendental de determinar cuál es la eficacia de tal constatación tabular, problema que ha preocupado constantemente a la doctrina hipotecaria, que ha mantenido, a lo largo de la evolución histórico-legislativa del Derecho Registral, dos posiciones doctrinales absolutamente contradictorias, estimando unos que tal expresión afecta a terceros, determinando la expresión registral de tal crédito aplazado el nacimiento automático de una carga similar a la antigua hipoteca legal tácita que citamos al inicio de este trabajo, garantizadora de tal precio, y creyendo otros que tal expresión era el resultado de una exigencia puramente formal del Derecho adjetivo registral, sin trascendencia respecto de los subadquirentes del inmueble inscrito y no pagado.

En la actualidad, y después de las últimas reformas de la legislación hipotecaria, la cuestión no presenta sino un interés puramente histórico, ya que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria vigente zanja la problemática

expuesta diciendo que: «La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, 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. 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».

Después del artículo transcrito, una triple hipótesis nos es dable considerar:

1.º *Aplazamiento no cualificado*.—Es aquel que se practica por exigencias del artículo 10 de la Ley Hipotecaria, ya visto, y cuya justificación efectuamos anteriormente. En la actualidad, la cuestión de su repercusión respecto a terceros se halla totalmente clarificada. Su incidencia respecto a los mismos es nula y éstos no podrán ser afectados, en virtud de tal expresión, por las acciones que pueda interponer el vendedor para exigir su cumplimiento o la resolución del contrato. Ni siquiera tal aplazamiento registrado elimina, por sí solo, la buena fe del subadquirente, buena fe que constituye un valladar infranqueable protector de su titularidad cuando el contrato de su tradente se extinga por el ejercicio de la pertinente acción. Tal resulta, por lo que al concreto supuesto de rescisión por fraude de acreedores se refiere, del artículo 37, 4, b), de la Ley Hipotecaria cuando dice: «El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará por sí sólo complicidad en el fraude».

2.º *Aplazamiento garantizado con hipoteca*.—En este supuesto, el crédito aplazado del vendedor que entregó la cosa queda rigurosamente garantizado por un derecho de hipoteca que se constituye sobre la misma cosa vendida, que confiere, en definitiva, a tal crédito la cualidad de hipotecario, con todas las ventajas inherentes a tal condición, constituyendo la única peculiaridad del mismo el hecho de que tal hipoteca resulte de un acto dispositivo otorgado por el comprador que en la misma escritura deviene dueño, surgiendo de la *traditio instrumental* y de la inscripción constitutiva que exige la hipoteca, dos titularidades simultáneas reales y registrales, la del comprador, ya dueño por impulso de la *traditio* mencionada, y la del vendedor, que, al otorgar la misma, ha dejado de serlo, pero que se convierte en titular del crédito hipotecario sobre la cosa que hasta entonces le perteneció.

3.º *Aplazamiento con impago convertido en condición resolutoria*.—Sin lugar a dudas, este apartado constituye el capítulo más inquietante de la cobertura registral del precio que estamos ahora considerando. El supuesto se da cuando, por virtud y por mor de la

autonomía de la voluntad, a la falta de pago, o sea, al impago del precio, una vez vencido éste, se le da el carácter de condición resolutoria explícita, como dice el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, ya visto. Es decir, cuando la extemporaneidad en la satisfacción del crédito aplazado, una vez purificado por el transcurso del tiempo de su exigencia, se convierte convencionalmente en una *conditio facti* resolutoria, o sea, en ese acontecimiento futuro e incierto a que se refiere el artículo 1.113 del Código Civil, generándose, en virtud de tal pacto, una dinámica de conversión del incumplimiento, como *conditio iuris* de la efectividad del artículo 1.124 del Código Civil, en una *conditio facti* sujeta al régimen de los artículos 1.113 y siguientes del Código Civil, utilizándose como cauce, para tal mutación, bien una cláusula directa en tal sentido, o bien la utilización taxativa de la palabra semisacramental constitutiva de eventos condicionantes, o sea, el término «SI».

Ahora bien, ¿qué se pretende con tal conversión? A mi juicio, la respuesta es sencilla. A través de ella, el incumplimiento, como supuesto inexcusable para la puesta en marcha de las alternativas compensadoras del interés contractual frustrado del contratante perjudicado, se convierte en un evento técnicamente condicionante para: a) Objetivarlo; b) totalizarlo anticipadamente; c) atribuirle una eficacia resolutoria absoluta y retroactiva, y d) eliminar, en su constatación, la intervención judicial.

Por lo que afecta al primero de los fines expuestos, ya hemos visto, reiteradamente, a través de este trabajo, que el incumplimiento como supuesto constitutivo de un ilícito civil debe ser imputable al deudor, por venir impuesto por su conducta dolosa u omisiva, careciendo de relevancia jurídica, a estos efectos, todas aquellas hipótesis de incumplimientos legítimos (*exceptio non adimpleti contractus*, derecho de retención ya vistos) o fortuitos. Esta teoría, que ahora sintetizamos, del incumplimiento jurídicamente relevante, y que ha sido ampliamente tratada en las páginas anteriores, se deteriora, radicalmente, cuando el mismo es considerado como un acaecimiento futuro e incierto de carácter técnicamente condicionante, ya que, entonces, se hace tabla rasa de todos los principios generales aludidos como imprescindibles acerca de la culpa e ilicitud, y así, a base de la conversión dicha, sea cual fuere la etiología del impago, producido éste, entran en juego los efectos resolutorios característicos contenidos en el artículo 1.123 del Código Civil, a cuyo tenor: «Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido. En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa se apli-

carán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente.

En cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer, se observará, respecto a los efectos de la resolución, lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.120».

Con la inserción de tal pacto de conversión del incumplimiento en condición resolutoria se modaliza en sentido agravatorio la responsabilidad del comprador, que asume íntegramente todos los riesgos de un retraso involuntario, o sea, fortuito, y no puede prevalerse de utilizar las facultades retrasantes que, en funciones de garantía, le son conferidas en determinadas hipótesis de previo incumplimiento por la contraparte vendedora, en virtud de los distintos derechos de suspensión del pago del precio que el Código Civil le confiere.

Nada de esto podrá ser esgrimido, vía de acción o excepción, por el comprador que incurra en morosidad, considerada ésta no en el sentido de los artículos 1.100 y 1.101 del Código Civil, sino como sinónimo de retraso e impuntualidad todavía sin calificar jurídicamente. Así, producida la falta de pago, cualquiera que fuese la causa genética de la misma, el evento resolutorio, técnicamente condicionante, se habrá producido y, con él, la aplicación automática del artículo 1.123 del Código Civil, anteriormente visto, y todo ello sin que quepa la más mínima discusión ante la autoridad judicial de las causas generadoras del retraso en el pago, la cual, en caso de contención, deberá limitarse a declarar si efectivamente el hecho condicionante se ha producido.

Ya expusimos antes que era factible la objetivación, absoluta o relativa, del incumplimiento a base de los correspondientes pactos de renuncia a los derechos de retención reiteradamente mencionados, o bien, asumiendo, directa y convencionalmente, los riesgos de una morosidad estrictamente fáctica, con lo que, de hecho, podría producirse una situación similar a la descrita con la conversión del incumplimiento en una *conditio facti*.

Un estudio apresurado de toda esta problemática podría conducirnos a esta conclusión, pero esto no es sino un espejismo. Los pactos mencionados, que agravan la responsabilidad *standard* del comprador, son de interpretación estricta, exigen su perfecta concreción al supuesto previsto, no a otro similar; así, la renuncia a un derecho de suspensión del pago del precio concreto no se aplica genéricamente a otro cualquiera; tienen siempre como límites insuperables la buena fe, cuya falta provoca la nulidad de los mismos; no excluyen, ni *a priori* ni *a posteriori*, la ponderación judicial, ni impiden, en ninguna hipótesis, que el incumplimiento sea valorado judicialmente en función del parámetro de culpabilidad sustancial al mismo, salvo que, y en virtud de lo prevenido con carácter

general en el artículo 1.105, ya visto, el comprador asuma expresamente las consecuencias derivadas del retraso fortuito, renunciando con ello a la posibilidad de desvirtuar la presunción de culpabilidad que le afecta, como ya vimos anteriormente, presunción, como advertimos, *iuris tantum*, y, por lo tanto, obviaable mediante la prueba por parte del comprador retrasado de que su impuntualidad fue fortuita; cuestión esta de la asunción del riesgo del caso fortuito en materia de morosidad que, en virtud de tal pacto, se convierte en objetiva, que es radicalmente distinta de la posibilidad convencional, autorizada, no por el artículo 1.105, sino por el 1.100, 1, del Código Civil, de la mora *ex re*, en cuyo caso el acreedor queda exonerado de la obligación de intimar de pago al deudor retrasado o moroso fácticamente para hacerle incurrir en mora técnica, pero que no objetiva, en absoluto, el incumplimiento por retraso.

Resumiendo, la objetivación del incumplimiento y consiguiente agravación de responsabilidad del deudor, que es factible a través de los pactos anteriormente dichos, y cuyas características ya hemos expuesto ahora y con anterioridad, se obtiene mucho más fácil y eficazmente a través de la inserción en el contrato de la correspondiente cláusula de conversión del incumplimiento en un evento o acaecimiento técnico condicionante, productor de la absoluta objetivación de la responsabilidad del comprador que incida en retraso, en cualquier tipo de retraso en el pago del débito del precio que le afecta.

Otra de las finalidades pretendidas con tal conversión es la de la totalización anticipada del incumplimiento. Me explico, para que la alternativa resolutoria prevista en el artículo 1.124 y concordantes sea admisible, es imprescindible —por todo lo que ya adujimos— que el incumplimiento, la frustración de los intereses del perjudicado sea grave (tratándose de cosas específicas, que la pérdida sea total), lo cual exige que el Juez pondere tal circunstancia, o sea, la entidad del mismo para acceder o vedar la posibilidad resolutoria. Pues bien, a través del fenómeno de conversión que estamos examinando, lo que se pretende es obviar la necesidad de tal constatación, estableciéndose, por imperativo convencional, que cualquier retraso, o concretamente el retraso previsto por las partes, es grave, es total y, por ende, justifica siempre la alternativa resolutoria. Volveremos más tarde sobre esta cuestión.

El tercero de los objetivos pretendidos, decíamos, es el consistente en aumentar la eficacia de la resolución que opere en caso de incumplimiento, que en el caso que nos ocupa no será la del artículo 1.124, sino la del artículo 1.123, ambos del Código Civil y ya transcritos. La distinción entre una y otra resolutoria es enorme, no por lo que concierne en cuanto a las partes, sino por lo que afecta a terceros, toda vez que la pretendida al amparo del artículo 1.124 se detiene siempre frente

a los subadquirentes de buena fe, mientras que la eficacia resolutoria, dados los términos imperativos del artículo 1.123, que no admite excepción a la misma, es absoluta, cuestión registral aparte.

Decíamos que la resolución pretendida, y concedida al amparo del artículo 1.124, es relativa en cuanto a terceros y ello es evidente, dada la remisión que tal artículo efectúa, en su párrafo último, a los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil, artículos que regulan los efectos resolutorios de las acciones rescisorias. Ahora bien, me interesa destacar que la remisión que efectúa el artículo 1.124 al último de los preceptos citados es improcedente, toda vez que la acción resolutoria, derivada del incumplimiento contractual y, dadas las remisiones aludidas, puede considerarse como una subespecie de las rescisorias, pero siempre de aquéllas en que la rescisión venga impuesta por uno de los obligados, no por un tercero, caso de la rescisión por fraude, y en realidad el artículo 1.298 es de estricta aplicación a esta última y concreta hipótesis lesionante y por ello no aplicable a la resolución impuesta por uno de los contratantes. Esta consideración conceptual no es, en absoluto, baladí, sino que su trascendencia práctica es evidente, ya que, admitida la viabilidad de la misma, la lógica consecuencia es que tampoco se aplicará a los supuestos resolutorios del artículo 1.124 el artículo 1.297, que, en la línea del artículo 643, establece la presunción de fraude objetiva en el adquirente a título gratuito.

Se impone, pues, el tenor del artículo 1.295, único que estimamos admisible en la hipótesis que estamos contemplando, que dice: «La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, con sus frutos, y del precio, con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efectos cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviere obligado.

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto de contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe».

Tal artículo contiene la eficacia, *inter partes*, del mismo que tiene lugar entre vendedor que resuelve y el comprador resuelto, estableciendo la esencialidad, que deriva del carácter bilateral impresa a la relación resolutoria, de que, efectivamente, tal solución se ejecute, permitiendo una especial *exceptio* para la hipótesis de que esto no acontezca. En suma, las recíprocas prestaciones, una vez consumada la fase de liquidación a la que anteriormente aludimos, son de sustancial y recíproca ejecución para que tal relación resolutoria, constitutiva de obligaciones de dar no traditivas, sea válida.

Por lo que afecta a las repercusiones de la resolución decretada en cuanto a terceros subadquirentes, la acción interpuesta por el contratante

perjudicado, es a pesar de ser admitida y estimada, absolutamente ineficaz frente a aquellos situados en la hipótesis de la buena fe a que se refiere el último apartado del artículo 1.295 y en virtud de la lógica exclusión que efectuamos de los artículos 1.297 y 1.298 en su posible aplicación al caso que nos ocupa; los terceros inmunes a las pretensiones resolutorias triunfantes del vendedor perjudicado son tanto los que lo sean a título lucrativo como a título oneroso, ya que el apartado en cuestión no distingue.

Por lo que concierne a los efectos resolutorios que se derivan del cumplimiento de una condición de este tipo, éstos son aniquiladores, quedando afectados por los mismos así los actos dispositivos, del tipo que sean, procedentes del titular dominical resuelto, como los que las legítimas autoridades jurisdiccionales administrativas o judiciales impongan, constituyendo el único límite a este huracán arrasador la posible cobertura registral que tendría que ser, en este caso, de tipo negativo.

Vistos los objetivos perseguidos por las partes con tal conversión, nos es dable preguntarnos por la licitud de tal fenómeno. En otras palabras: ¿Es realmente factible la conversión del incumplimiento en un evento técnicamente condicionante, considerándolo, sin más, como un acaecimiento futuro e incierto incluido en la hipótesis del artículo 1.113 del Código Civil, productor de su prototípico efecto resolutorio automático y retroactivo?

No es necesario, a mi juicio, acudir a los límites genéricos que, por razones de justicia y equidad, deben ser tenidos muy especialmente en cuenta en la exégesis del artículo 1.255, justificador, en última instancia, de tal fenómeno. Tampoco es necesario invocar la teoría del abuso del derecho, ni poner de manifiesto que los principios reguladores del incumplimiento son, en la mayoría, de orden público.

Pues bien, a pesar de que todos los argumentos expuestos son legítimamente atendibles, considero que la cuestión planteada encuentra adecuada respuesta negativa, precisamente, en los mismos artículos que, apresuradamente leídos, parecen facilitar más tal posibilidad. Me refiero a los artículos 1.504 y 1.505 del Código Civil, y creo que esto es así, porque lo que resulta paladinamente claro de los mismos es la circunstancia de que carece de toda eficacia resolutoria automática la conversión que nos ocupa y siendo, realmente, este automatismo en la resolución lo más característico de las propias condiciones es evidente que tal conversión no se ha producido, por lo menos no se ha producido en su totalidad. Así pues, la moratoria legal prevista en los artículos en cuestión constituye el obstáculo insuperable para que la falta de pago sea considerada como un evento técnicamente condicionante normal. De esto se derivan dos consecuencias insoslayables: a) que, a pesar del

pacto comisorio expreso del artículo 1.504 y de su traducción registral, contenida en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, regulador de las repercusiones del mismo en cuanto a tercero y que debe ponerse en conexión con la remisión que a la legislación hipotecaria efectúa el último párrafo del artículo 1.124, el vendedor puede optar por el ejercicio de la *actio venditi* (o serle ésta impuesta por la decisión judicial), todo ello de conformidad con lo reiteradamente ya visto, y *b*) que el incumplimiento, precisamente por la frustración de tal conversión, derivada suasoriamente, no sólo de los límites generales a la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad, ya aludidos, sino especialmente del concreto tratamiento jurídico que de la cuestión efectúan los artículos 1.504 y 1.505, debe ser ponderado, averado y enjuiciado en función de los parámetros normales, sin que la intervención judicial se reduzca simplemente a constatar un incumplimiento previamente objetivado y totalizado, finalidades que, en definitiva, no se consiguen.

Al amparo de estas últimas consideraciones, me interesa desvanecer cierto confucionismo derivado de la alegación doctrinal, en ocasiones, del artículo 1.115 del Código Civil, a cuyo tenor: «Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula... Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código».

La rotundidad del inciso primero del artículo en cuestión, único que nos interesa, impresiona, pero tal sentimiento es fugaz. Este artículo, cuyo ámbito de aplicación lo constituyen todo tipo de condiciones, así suspensivas como resolutorias, presupone la inadmisibilidad de aquellas que sean rigurosamente potestativas, que provocan, además, la nulidad del contrato que de ellas dependa.

De todos modos, la *ratio* del artículo en cuestión consiste en sancionar, si de condiciones suspensivas se trata, la nulidad de algo que realmente no ha nacido, faltando, pues, el presupuesto básico de tal nulidad. Cuando se condiciona suspensivamente la perfección de un contrato a un evento *si volo* en realidad no se perfecciona tal contrato hasta que el *voló* constitutivo no se produzca.

En suma, como tal condición lo que impide es el nacimiento del consentimiento contractual, no su subordinación a un acontecimiento futuro e incierto, en puridad el contrato afectado por una condición suspensiva *si volo* no se anula, sino que más bien no nace. Por lo tocante a la condición resolutoria del mismo tipo, ésta resulta incompatible con un artículo tan fundamental como el 1.256 del Código Civil, que en la misma línea que el 1.091 del mismo cuerpo legal, sienta, taxativamente, que: «La validez y el cumplimiento de los contratos no puede

quedar al arbitrio de uno de los contratantes», cosa que efectivamente sucedería si se admitiera la posibilidad de *conditio si volo* de tipo resolutorio.

No obstante, y en todo caso, lo que es evidente que el artículo 1.115 en cuestión no tiene nada que ver con tales condiciones resolutorias, que serían absolutamente ineficaces por simple aplicación del artículo 1.256 (ineficacia que, no obstante, no acarrearía, en todo caso, la de la relación afectada) y digo que no tiene nada que ver porque el incumplimiento, tanto el que constituye el presupuesto de aplicación del artículo 1.124, como el que se pretende convertir en técnicamente condicionante, nunca puede considerarse como una *conditio* resolutoria *si volo*, encuadrable en el marco, no sólo del artículo 1.115, sino en el del 1.256, antes citado, sencillamente porque su incidencia —aparte de lo que inmediatamente diremos— no provoca en ningún caso la resolución —*si volo*— de la relación afectada, por todas las razones expuestas y, en especial, por la subsistencia de la posibilidad de ejercicio de la *actio venditi* por parte del vendedor perjudicado por el impago condicionante.

Intimamente relacionado con lo expuesto es otro punto que también ha producido cierta confusión doctrinal, y así, por algún autor se ha dicho que el pacto comisorio genera una condición resolutoria potestativa, ejercitable, discrecionalmente, por el vendedor. Tal razonamiento exegético no resiste el más somero análisis; el evento, pretendidamente condicionante, lo constituye el hecho del incumplimiento que sólo, muy latamente, puede calificarse de potestativo, por ser, en definitiva, el cumplimiento un acto debido del deudor, pero, en todo caso, tal «potestización», con el grado que se le quiera dar, sólo es predicable respecto al comportamiento de éste. Lo que sucede es que su incidencia desencadena, en favor del vendedor perjudicado, las facultades integrantes del Derecho —más o menos potestativo— que le confiere el artículo 1.124 y concordantes, sin que ello presuponga ejercicio alguno de tal condición por parte del mismo, entre otras razones porque las condiciones, se cumplen o no, pero no se «ejercen».

En virtud de todo lo que llevamos hasta ahora expuesto, y ateniéndonos al Derecho civil puro, parece claro que la conversión en evento técnicamente condicionante del hecho del incumplimiento no se produce en modo alguno, sin perjuicio de que el efecto resolutorio acrecido del artículo 1.123 pueda ser aplicado a tales hipótesis de conversión.

Empero, por lo concerniente a la propiedad inmueble inscrita, no debe perderse de vista que tal eficacia resolutoria robustecida fue ya prevista en el artículo 1.124, inciso último, al referirse a la legislación hipotecaria, con lo que ni siquiera este efecto residual de la conversión

del incumplimiento en una pseudocondición resolutoria podría tener su origen en tal fenómeno, quedando relegada la posible eficacia absoluta propia del artículo 1.123 a los supuestos concretos de propiedad no inscrita, y siendo el origen inmediato de la misma, en las hipótesis de cobertura registral de las relaciones inmobiliarias, el artículo 1.124 en su remisión, ya mencionada, a la legislación hipotecaria, aspecto este que va a constituir la última parte de mi trabajo.

Al enfocar la cuestión registral de la problemática que ha ocupado mi atención en las páginas precedentes, lo primero que quiero resaltar es la notable cautela semántica que se detecta en la dicción literal del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, precepto ya transcrito, y que supone una traducción jurídica, exclusivamente en cuanto a terceros, de los fundamentales preceptos 1.124 y 1.504, cuya normativa, en lo que concierne a las partes, queda intacta. Quiero decir que el ámbito de aplicación de tal precepto hipotecario debe quedar circunscrito a las repercusiones que la expresión registral del aplazamiento tenga frente a los subadquirentes, tanto en la hipótesis de registración del aplazamiento sin cualificar, como en aquella en la que el precio queda garantizado con hipoteca, así como en la que ahora estamos contemplando.

De todos modos, y respecto a la cuestión sustancial, o sea, la de la posible conversión del incumplimiento en condición *strictu sensu*, a pesar de la indicada cautela terminológica, lo cierto es que su posibilidad, por imperativos interpretativos del artículo 11, ya visto, parece evidente, con lo cual e, incuestionablemente, se detecta una contradicción entre el artículo 1.504 y el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, y así, respecto a la propiedad inscrita, tal posibilidad de conversión con todas sus consecuencias es factible. De todos modos no se llega por este camino a sus últimos extremos, ya que el automatismo resolutorio queda siempre excluido, toda vez que la contradicción entre el artículo 1.504 y el artículo 11 de la Ley Hipotecaria sólo es relativa.

Extrayendo sus últimas consecuencias de tal posibilidad de conversión, el artículo 59 del Reglamento Hipotecario dice: «Si en la venta de bienes inmuebles o derechos reales se hubiese estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar, de pleno derecho la resolución del contrato, será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta y se acompañe el título del vendedor». Tal artículo parte de la base, desarrollando el concepto ya acuñado por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria de «condición resolutoria explícita», de que la falta de pago es una condición resolutoria absolutamente normal y, por lo tanto, el tratamiento registral de su cumplimiento o incum-

plimiento no presenta ningún matiz diferencial respecto al de las restantes condiciones resolutorias que tienen acceso al Registro en virtud del imperativo genérico para su constancia contenido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, apartado 2, cuando decreta la inscripción de «la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del Derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título», criterio de inscribibilidad necesaria, reiterado en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, el cual, en su apartado 6, sienta que: «Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba, se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden establecidas en aquél. No se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

Así pues, partiendo de la necesaria inscripción en el Registro de las condiciones resolutorias, según los preceptos transcritos, y de la conversión de la falta de pago en una condición resolutoria explícita, los objetivos pretendidos por las partes de objetivación, totalización anticipada, eficacia resolutoria acrecida y eliminación de la instancia judicial se consiguen plenamente, situándose el acreedor-vendedor en una posición verdaderamente privilegiada por lo atinente a la tutela de su crédito.

De algunos de estos objetivos, cuya viabilidad quedó descartada en el ámbito del Derecho civil puro, ya nos hemos ocupado anteriormente. Sólo vamos a considerar aquí el que hace referencia a la supresión de la actividad jurisdiccional en la resolución que nos ocupa, supresión que es una lógica exigencia del tratamiento registral de tal falta de pago, como un evento condicionante normal y, por lo tanto, adverbable exclusivamente por el Registrador.

Presupuesta la inscribibilidad de las condiciones por los artículos anteriormente transcritos, es necesario que la Ley Hipotecaria se ocupe del enfoque adjetivo tabular del problema, y ello lo efectúa el artículo 23 cuando dice que: «El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos se hará constar en el Registro bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición de derecho, bien por una nueva inscripción, a favor de quien corresponda, si la rescisión o resolución llega a verificarse».

En virtud de tal exigencia legal, el Reglamento Hipotecario desarrolla tal artículo, especificando las operaciones registrales que procede efectuar cuando se constata —registralmente— de modo suficiente, tanto el hecho del pago como el de la falta de pago. En la primera hipótesis, es decir, cuando la condición inscrita ha quedado incumplida, el artículo 58 reglamentario sienta que: «Se hará constar por medio de una nota mar-

ginal, siempre que los interesados lo reclamen o el Juez o el Tribunal lo mande el pago de cualquier cantidad que haga el adquirente después de la inscripción por cuenta o saldo del precio en la venta o de abono de diferencias en la permuta o adjudicación en pago. Igualmente bastará la extensión de una nota marginal cuando así especialmente lo establezca la ley.

Bastará el consentimiento de un solo cónyuge para la extensión de la nota marginal a que se refiere el párrafo anterior, cuando el inmueble ganancial transmitido se hubiere inscrito en su día solamente a nombre de aquél».

Este artículo prevé la extensión de la nota marginal que menciona, cuya finalidad es constatar registralmente el incumplimiento de la condición prevista y, con ello, la consolidación definitiva de la titularidad del comprador; para la extensión de tal nota marginal deberá presentarse, según los casos, la escritura o acta de entrega de cantidades que proceda, documentos formales que incorporan determinaciones volitivas de consentimiento que parecen fuera de lugar, si no es a base de considerar el pago como un negocio jurídico dispositivo y la *conditio facti*, consistente en la falta del mismo, como una condición impropia.

Esto es por lo que concierne al incumplimiento de tal pretendida condición; en lo que afecta a la hipótesis contraria, es decir, cuando se consuma el previsto retraso, es de aplicación el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, antes visto, según el cual, inscrito, y, constatado incontestablemente el hecho del mismo, el Registrador ante quien se haya adverado tal circunstancia absolutamente objetivada y totalizada, procederá, previa presentación de la documentación pertinente, a la reinscripción a favor del vendedor impagado de la titularidad dominical resuelta que hasta entonces ostentó el comprador, así como a la cancelación de todos los asientos posteriores que contengan todos los actos dispositivos procedentes de dicho comprador o que le fueren impuestos por la legítima autoridad judicial o administrativa.

Tales operaciones se practicarán teniendo como presupuesto sustancial la adveración estricta del incumplimiento —competencia del Registrador— y la presentación de la documentación aludida que consiste en la correspondiente solicitud, dado el carácter esencialmente rogado del procedimiento registral, el requerimiento notarial o judicial de resolución, el título inscrito, como base de todas las actuaciones, y la justificación de haberse dado ejecución a lo prescrito en el artículo 175, 6, del Reglamento Hipotecario, a cuyo tenor: «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se

ha consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.

Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación».

A mi modo de ver, el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, ya contemplado, es congruente con la axiología que se desprende del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, limitándose, en definitiva, a instrumentalizar, registralmente, las repercusiones de tal enfoque permisivo sobre la conversión del impago del precio aplazado en un acaecimiento técnicamente condicionante. La circunstancia de que convierta el requerimiento mencionado en el artículo 1.504 del Código Civil en algo más concreto, como es el concepto de notificación que utiliza, lo podemos considerar como un pecado venial jurídico, sobre todo no perdiendo de vista que con tal cambio terminológico adecuó la legislación registral a las tendencias interpretativas jurisprudenciales, atenuante, en definitiva, de tal distorsión legislativa.

Partiendo de las premisas registrales sentadas, es lógico que, considerada la falta de pago como un acontecimiento técnicamente condicionante, su adveración registral corresponda al Registrador, aunque con ello queden totalmente conculcados aquellos parámetros básicos que convierten al incumplimiento, de fáctico, en jurídico, con manifiestos peligros para la idea de justicia, por la evidente objetivación de la responsabilidad del deudor-comprador.

Tal es la situación, y, a modo de conclusiones, se me ocurren las siguientes:

1) Se impone una reforma de la legislación aplicable, concretamente del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, a fin de que, en línea con lo establecido por el Código Civil, el incumplimiento o retraso en el pago, aunque expresamente sea configurado como condición resolutoria en sentido técnico, su adveración sea siempre estrictamente judicial. El que tal circunstancia se convierta o no en condicionante, a los efectos de robustecer los efectos resolutorios que procedan, es lo de menos. Lo que es básico es que el tratamiento del incumplimiento no se aparte de los cauces trazados por el Código Civil.

2) Mientras esto no tenga lugar, es decir, mientras el artículo 11 de la Ley Hipotecaria mantenga su redacción actual, se impone una interpretación restrictiva del mismo, y de su lógico corolario, el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, interpretación que puede venir por

el camino de: a) Exigir una rigurosa probanza, a cargo, como sabemos, del Registrador, del hecho del incumplimiento condicionante, acaecimiento ya de por sí difícil de acreditar en no pocas ocasiones. En torno a esta cuestión, que resulta trascendental, caben distintas hipótesis. Lo ideal sería que, frente a un requerimiento-notificación de resolución, el comprador resuelto reconociese de forma documental y auténtica el hecho del impago. Este ideal, no obstante, en pocas ocasiones se consigue y, entonces, la probanza debe exigirse con rigurosidad acrecida, sobre todo cuando el comprador resuelto no es notificado personalmente, en cuyo caso, y por obvias razones de desconocimiento, no tiene oportunidad de asentir ni de disentir, actitudes que, en realidad, y por lógica coherencia con lo sumario del proceso adverbativo del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, no serían de recibo, ya que la alegación de excepciones causales serían absolutamente contradictorias con el procedimiento registral de adverbación de hechos objetivos, en este caso, el incumplimiento producido.

De todos modos, y ello es destacable, por razones de estricta equidad, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido recientemente que la cuestión quede automáticamente reconducida al ámbito judicial a base de simples alegaciones de disenso del comprador resuelto. Tal jurisprudencia registral resulta, pese a su alegación, tremendamente alentadora para los que propugnamos la revisión del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, tal como expusimos en la conclusión anterior, pero no cabe duda de su confrontación total con el sistema vigente. En todo caso, la exigencia probatoria preconizada debe ser extremada al máximo cuando se pretende resolver a base de pagos mínimos en relación al total precio satisfecho, o de retrasos poco importantes.

Dada por sentada la probanza del incumplimiento y, con ello, la virtualidad de la resolución pretendida por la parte vendedora, no cabe, sino reinscribir la titularidad resuelta a favor del vendedor, siempre que la exigencia de la documentación auténtica a aportar se cumpla. Decíamos que entre los documentos que debían presentarse en el Registro para que tal reinscripción tuviera efectividad debía incluirse el justificante del depósito prevenido en el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario, que ya hemos transcrito. Ahora bien, y con ello entramos de lleno en la problemática registral de la cláusula penal fija o variable, tema del que ya nos ocupamos anteriormente en su vertiente civil. Aquí únicamente quiero poner el más absoluto énfasis en que, en ningún caso, se puede exonerar al vendedor que resuelva, de la obligación que le compete de devolver la parte del precio recibido a tenor de lo previsto en el artículo 1.295 del Código Civil. Tal exigencia de restitución es una

lógica consecuencia del carácter bilateral de la relación ejecutiva que surge de una pretensión de resolución estimada, sin que en ningún caso pueda ser liberado el vendedor de tal obligación de restitución cuya traducción hipotecaria se contiene en el artículo 175, 6.º. En definitiva, la consignación prevista en dicho artículo viene a sustituir a la restitución efectiva del artículo 1.295, también antes visto, precisamente porque en el procedimiento registral de resolución que estamos abordando, la fase ejecutiva antecede a la de liquidación que queda pendiente de lo que oportunamente acuerden las partes o lo que, en caso de contención, decreta el Juez. Por el contrario, el artículo 1.295 citado tendrá plena efectividad en todas las resoluciones contractuales de tipo judicial, en las que, a través de la sentencia que se dicte, los aspectos liquidatorios que procedan antecederán, en todo caso, al nacimiento de la pura relación de ejecución bilateral, prevista por dicho artículo 1.295.

De todo lo dicho se desprende irremisiblemente la necesidad, por exigencias civiles y registrales, de que la consignación prevista en el artículo 175, 6.º, como medida cautelar y substitutiva de la entrega del precio exigida por el artículo 1.295, tenga efectivamente lugar.

Tal criterio de previa consignación sólo quedará desvirtuado cuando, como reconoce el propio precepto, existan deducciones a aplicar al importe obtenido por la venta resuelta. Mas, a mi juicio, tales deducciones sólo pueden ser, o bien las convenidas por las partes en la solicitud de resolución dirigida al efecto al Registrador, o bien decididas judicialmente, sin que las cláusulas penales existentes en el contrato que se inscribió y que, con posterioridad se resuelve, tengan incidencia alguna exonerante de la consignación tantas veces aludida. Me interesa destacar que ninguna cláusula penal, del tipo que sea, es inscribible, por cuanto que, al hacerlo, se están conculcando preceptos sustanciales de la legislación hipotecaria que excluyen la inscripción, salvo excepciones taxativas, de derechos personales, y de la cláusula penal no surge sino un derecho de este tipo, preventivo y condicionado. Así pues, tales cláusulas penales no son inscribibles, y si lo hubieran sido, deberán ser canceladas, ajustándose al procedimiento previsto para la hipótesis de derechos indebidamente inscritos en el artículo 353 del Reglamento Hipotecario, párrafo 3.º. Por lo demás, la transcendencia exonerante de las mismas en cuanto a la obligación de consignación antes aludida, es nula y el Registrador, que carece de facultades jurisdiccionales en todo lo relativo a la fase liquidatoria antes aludida, debe atenerse estrictamente a lo inscrito, sin tener en consideración todo el contenido no inscribible que los títulos que tengan acceso al Registro de la Propiedad puedan contener. Así, todo lo concerniente a la cláusula penal, su admisibilidad cuando del tipo variable se trate, su posible incompatibilidad

con la resolución, cuando ésta provenga del cumplimiento de un evento técnicamente condicionante, su posibilidad de moderación, etc., son temas de estricta apreciación judicial, sin que la función competencial del Registrador se extienda más allá de su negativa a inscribirlas.

Por último, y con ello concluyo, sólo me resta poner de manifiesto que asistimos a una indiscriminada generalización, que estimo hartamente peligrosa para la idea de justicia y de la propia función registral, del fenómeno que ha constituido el punto neurálgico de nuestro trabajo, la conversión de incumplimientos técnicamente cualificados, en condiciones resolutorias atípicas, fenómeno que, teniendo como caballo de Troya el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, con su desafortunada dicción, amenaza con anegar el Registro de derechos personales, al socaire de la conversión de su incumplimiento en condicionante de las titularidades tabulares.

Esta cuestión es particularmente grave, tratándose de escrituras de hipoteca, cuyo contenido actual resulta tan confusamente enmarañado, precisamente por la multitud de pactos condicionantes en ellas insertos, que en modo alguno se consigue el objetivo de transparencia que el Registro debe pretender. Otro tanto podemos decir de la extensión de tal incidencia a aquellas relaciones en las que las dosis de atipia son considerables: caso de permutas de solares a cambio de pisos futuros, contratos de *leasing*, ventas con reservas de dominio, etc.

En resumen, ante esta evidencia se impone una muy rigurosa calificación registral del supuesto permitido, y el evitar, al máximo, la extrapolación del mismo a otras hipótesis que, poco o nada tienen que ver con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, y que acrecientan la intervención registral en cuestiones concernientes al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones, aspectos que deben ser atenazados, exigentemente, al dominio judicial.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CLATAYUD
Registrador de la Propiedad de Barcelona