

El Pacto Comisorio^(*)

POR

TOMAS RUBIO MAESTRE

Doctor en Derecho por la Universidad de Murcia

SUMARIO

I. PRECEDENTES Y DERECHO COMPARADO:

- A) Derecho Romano.
- B) Derecho Medieval.
- C) Derecho Comparado.

II. TEORIA GENERAL:

- A) Constitución.
- B) Operatividad.
- C) Efectos.
- D) Prohibición.

III. DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES AFINES:

- A) Con la condición suspensiva.
- B) Con la condición resolutoria tácita.
- C) Con la excepción de incumplimiento de contrato.
- D) Con la cláusula penal.

IV. CONCLUSIONES.

(*) Extracto de la tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia el día 11 de febrero de 1961.



I. PRECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

Recibe el nombre de Pacto Comisorio o de la Ley Comisoria una cláusula que puede ir en algunas ocasiones unida a un contrato por la que se estipula su resolución, en caso de incumplimiento de la prestación por el contratante que viene obligado a satisfacerla dentro del plazo convenido.

A) Derecho Romano

En el Derecho Romano esta Institución se llamó «lex comisoria» y la palabra «ley» se empleó en el sentido de pacto.

Según Glück «se puede también considerar la voz como una particular disposición por la cual uno se obliga a esto o a aquello». La conocida expresión «pacta dant legem contractui», la podemos apreciar en la Ley 60 del Digesto de contrahendi emptore et venditore: «Lege venditionis comprehensum erat»⁽¹⁾.

En lo que respecta al significado de la voz «committere», los intérpretes no están de acuerdo. Donello en sus «Comentarii iuris civil, libro XVI, cap. 19, la considera así: «Rem alteris arbitrio et potestati subiicere, ut sit eius electio, utrum contractum irritum facere, an valere velit sua lege contenuta».

Otros, por ejemplo, Frantzke en sus «Comentarios a las Pandectas», Libro XVIII, tít. 3, párr. 2.º y Mencken en «Diss. de lege commissoria iure reprobata», párr. 1, n.º 2, la identifican con «amittere», perder, pero en este caso «committere» significa propiamente cometer algún acto ilícito o ejecutar contra una ley algo que comporte la pérdida de un derecho. En tal sentido se pronuncia Brissonio en su obra «De significati verborum» al tratar del vocablo committere expresando: «Así se dice



«*commissum*» a aquello de lo cual uno ha sido privado obrando contrariamente a las propias obligaciones, de forma que el derecho perdido pasa con esta actuación a otro» (1).

Los principales textos alusivos al Pacto de la Ley *Commissoria*, los encontramos en el *Digesto* (2), Libro XVIII, Tít. III, que trata como su propio título reza: «*De Lege Commissoria*». En el número 1 de dicho título, Ulpiano expresa: «Si se hubiese vendido un fundo con el pacto de la ley comisoría es más cierto que la compra se resuelve bajo condición, que no se considere que se celebra bajo condición. Sanciona, pues, en este número el juriconsulto el carácter resolutivo del pacto.

Pomponio, proclama la facultad de elección que corresponde al vendedor por entenderse estipulado el Pacto en su interés: «Cuando el vendedor de un fundo se hubiere expresado de este modo en un pacto: «si no hubiere pagado el precio hasta tal día, quede como no comprado el fundo», se considera que se tiene como no comprado el fundo; en este casi si el vendedor quisiera que quedase como no comprado, porque esto se había expersado por causa del vendedor; porque si de otro modo se entendiera, quemada una casa de campo, estaría en el arbitrio del comprador, no dando el precio hacer que quedase sin comprar el fundo que hubiese estado a su riesgo». (D. 18, 3, 2).

Hace hincapié en la propia idea Ulpiano afirmando: «porque el pacto de la ley comisoría que se añade a las ventas, lo utilizará el vendedor si quisiera, no también contra su voluntad». (D. 18, 3, 3).

Nos dice también el propio juriconsulto: «Si se hubiese vendido un fundo con el pacto de la ley comisoría, esto es, que si dentro de cierto día no se hubiera pagado el precio quedaría como no comprado, veamos, ¿de qué modo reclamará el vendedor tanto respecto del fundo, como de lo que del fundo se hubiere percibido?, ¿y será lo mismo si el fundo hubiera sido deteriorado por hecho del comprador? Y verdaderamente se disolvió la compra, pero ya está decidida la cuestión y compete la acción de venta como se declara en Rescriptos del Emperador Antonino y del Divino Severo». (D. 18, 3, 4).

«Pero tiene razón lo que dice Neracio, que a veces el comprador se lucra con los frutos cuando perdió el precio que pagó. Así, pues, el parecer de Neracio, que es equitativo, tiene entonces lugar cuando el comprador dió alguna parte del precio». (D. 18, 3, 4, § 1).

(1) Glück: «Comentario alle Pandecte», Libro XIII, Milán, 1906, pág. 359, nota 56. Citas de Danello, Brissonio, etc. tomadas de Glück, lugar cit.

(2) Los textos del *Digesto* se citan según la trad. esp. de García del Corral. «Cuerpo del Derecho Civil Romano», Primera Parte: *Instituta-Digesto* (Barcelona, 1889).

Avala la autorizada opinión de Ulpiano en este fragmento el acertado parecer de Neracio tendente a otorgar al comprador en el caso de resolución por causas ajenas a su voluntad, los frutos percibidos en compensación a la parte del precio pagada.

«Discretamente escribe Papiniano en el libro 3.º de las Respuestas, sigue diciendo Ulpiano, que inmediatamente que se incurrió en el pacto de la ley comisoria, debe determinar el vendedor si quiere utilizar el pacto o pedir el precio, y que si eligió el pacto de la ley comisoria, después no puede variar». (D. 18, 3, 4, § 2).

Se consigna en este párrafo, la facultad de elección que compete al vendedor entre pedir la resolución sirviéndose del pacto, o exigir el cumplimiento del contrato, facultad que deberá expresar en el momento de producirse la resolución sin posibilidad de optar por la resolución si eligió el cumplimiento manteniéndose, pues, en este sentido el célebre aforismo romano de «electa via non datur recursus ad alteram».

Ulpiano: «En el pacto de la ley comisoria también suele convenirse esto, que si el vendedor vendiese el mismo fundo, exija del primer comprador, aquello en que por lo menos lo hubiese vendido; y habrá así contra él la acción de venta».

De la simple lectura del párrafo se deduce la existencia de la «actio ex venditi» concedida al vendedor contra el primer comprador por el precio de venta. (D. 18, 3, 4, § 3).

Ulpiano: «Duda Marcelo en el libro vigésimo, si el pacto de la ley comisoria tendrá lugar si el requerido no pagara, o si no hubiese ofrecido el precio. Y juzgo más cierto, que debe él ofrecerlo, si quiere librarse de la eficacia del pacto de la ley comisoria, pero que si no tiene a quien ofrecerlo puede estar seguro». (D. 18, 3, 4, § 4).

Establece aquí Ulpiano la exoneración de responsabilidad por parte del comprador cuando aún siendo su voluntad cumplir el contrato resulte imposible el cumplimiento por causas a él ajenas.

Neracio expresa: «Vendido un fundo con el pacto expresado, de que si dentro de cierto tiempo no se hubiese pagado el precio, quedará como no comprada la cosa, respecto a los frutos que entretanto hubiese percibido el comprador, se ha de entender que se trató esto, que el comprador los percibiese entretanto para sí y por su propio derecho; pero si se hubiese devuelto el fundo opinaba Aristón, que se ha de dar al vendedor acción respecto de ellos contra el comprador, porque no debe quedar en su poder nada de la cosa respecto de la que hubiese faltado a la buena fe». (D. 18, 3, 5).

Expresa Neracio en este párrafo la doctrina de los frutos basándola en la existencia de dolo por parte del comprador. Cuando la venta no

pueda efectuarse pero no haya dolo en su actuación, percibirá los frutos, no así en el caso contrario.

Scevola nos dice en el Libro II de sus Respuestas: «Interrogado respecto al pacto de la ley comisoría, respondió de este modo, que si en el comprador hubiera consistido que no se obedeciera al pacto, y el vendedor quisiera utilizar el pacto, se habrán de tener como no comprados los fundos, y habrá de quedar en poder del vendedor lo que se hubiese dado por arras o por otro título». (D. 18, 3, 6).

«Respondió el mismo, que si en virtud de este pacto quedaran como no comprados los fundos, no se debe al comprador ni lo que se dijo que había de ser accesorio». «Después del día comprendido en el pacto de la ley comisoría, el vendedor recibió parte del precio restante; respondió, que si después del día establecido para pago del precio restante el vendedor no hubiese utilizado dicho pacto, y hubiese recibido parte del resto de la deuda se considera que se apartó del pacto de la ley comisoría».

Hermogeniano afirma: «Si después del día señalado para el pacto de la ley comisoría, el vendedor pidiera el precio, se considera que se renunció al pacto de la ley comisoría, y no puede variar y volver a éste». Excusamos comentario al párrafo por su claridad. (D. 18, 3, 7).

Scevola recoge un caso claro de oferta real por parte del comprador no aceptada en el momento oportuno por la vendedora, sobreviniendo después al primero una situación de incumplimiento forzoso originado por una demanda fiscal, y en él exonera al aludido comprador de responsabilidad estimando que no incurrió en el Comisorio: «Una mujer vendió a Cayo Seyo unos fundos, y recibida cierta cantidad a título de arras, se establecieron plazos para el pago del precio restante; pactó el comprador, que si no los hubiese observado, perdería las arras y quedarían como no compradas las casas de campo; en el día señalado manifestó el comprador que él había estado dispuesto a pagar todo el precio restante, y depositó sellado con los sellos de los selladores un saco con dinero, pero que se halló ausente la vendedora; mas al día siguiente fué el comprador citado ante testigos a nombre del fisco, para que no pagase el dinero a la mujer antes que satisficiera al fisco. Se preguntó ¿no estarían los fundos en el caso de que deban ser reivindicados por la vendedora en virtud del convenio de la venta? Respondió, que según lo que se proponía, el comprador no incurrió en el pacto de la venta». (D. 18, 3, 8).

B) Derecho Medieval

En nuestra patria encontramos antecedentes del Pacto en el Derecho Medieval en lo referente al Derecho que regula la Prenda.

Según Fernández Espinar (3) «podemos distinguir dos variantes: una primera constituída por el derecho territorial castellano y el derecho aragonés, en los que el prendador no puede vender en manera alguna la cosa que tiene prenda hasta que transcurra el plazo estipulado y el propietario de la prenda deje de satisfacer la obligación de esta forma garantizada. Únicamente se admite en el Derecho aragonés y navarro la posibilidad de concertar una venta con efectos traslativos aplazados hasta que termine el plazo de la prenda (Fuero de Jaca y Fuero Viejo de Castilla (3)).

Otro sistema lo constituyen los fueros del tipo de Cuenca, que admiten la posibilidad de que el prendador, si se ve precisado a recuperar su dinero por determinadas circunstancias pueda vender la prenda antes del plazo, devolviendo el sobrante al propietario». Estas circunstancias son «propter iram regis uel propter homicidium uel cautiuationem» y así vemos que en el Cuerpo Legal Conquense se expresa (3): «Qui hereditatem inpignoratam habuerit nel aliud aliquid de supradictio, et eam uendere uoluerit propter iram regis uel propter homicidium uel cautiuationem, meneat dominum pignorum ut redimat eam. Si uoluerit aut non potuerit, vendat eam, et accepta pecunia sua domino pignorum residuum reddat. Si eam uendere non potuerit, inpignoret eam cuicumque uoluerit eo pacto quo ipse pignora tenuerit. Et talis uendicio rata habeatur. Similiter impignoratio huiusmodi firma habeatur, ita quod nec emptor nec impignorator propter hoc aliquid perdat aut calumpniam pectet. Veruntamen si ille qui pignora uenderit, totam pecuniam suam recuperare non potuerit, non ideo respondeat ei, qui impignorationem fecerit, nisi testibus probare potuerit, non ideo respondeat ei, qui impignorationem fecerit, nisi testibus probare potuerit quod dominus hereditatis reintegraret eum de tota pecunia, si precium hereditatis ad reintegrationem non sufficeret».

En el Fuero de Soria (4) hallamos también antecedentes en el Derecho de Prenda en el párr. 415: «El que tomare pennos dotro aplazo, si el duenno de los pennos quisiere pagar el debdo al plazo o ante del pla-

(3) «La compraventa en el Derecho medieval español», por RAMÓN FERNÁNDEZ ESPINAR, en el Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo XXV, Madrid, 1955, pág. 417.

(4) «Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares». Edición y Estudio de GALO SÁNCHEZ, en Publicaciones de la Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas del Centro de Estudios Históricos, pág. 160, Madrid, 1919.

zo, del sus pennos e cobre su debdo. Et si ante del plazo o del tiempo que manda el fuero los uendiere o los usare, o non los entregare al plazo por alguna maliçia sea tennido de dar los con la meytad de quanto valiem».

En la Ley II, Título XX del Fuero Real encontramos: «Como vale la postura que el deudor ficiere con su creador que le pueda tomar sus bienes, si a cierto tiempo no pagare».—«Quien por deuda que debiere a plazo, metiere sobre sí tal pena que si no pagare al plazo a aquel a quien debe la deuda, pueda tomar sus bienes do quier que los falle, e vender, e ser creido sobre la vendida por su palabra llana, tal Pleyto como este vale, ó si por sí facerlo no pudiere, ó no quisiere, haya derecho por los Alcaldes e por esto no pierda ninguna cosa de su derecho de como fué puesto entre ellos» (5). Autoriza, pues este Cuerpo Legal la apropiación de los bienes del deudor hecha por el acreedor no satisfecho.

Contrariamente a ello la Ley IV de «Las Leyes del Estilo» expresa: «Como no puede hombre tomar los bienes de su deudor a otro que los tenga en su poder por sí mismo» (5): «Maguer es derecho, que ha de tomar los bienes a su deudor aquel ha de haber el deudo por el obligamiento a que se obligó: maguer pasen los bienes a otro en su poder, por qual manera quiere que pasen. Pero de costumbre se guarda así en casa del Rey, que si pasan los bienes a otro que a este a quien son abligados, tal poder le fuese otorgado por aquel que debe el deudo e obliga sus bienes: mas debegelo demandar por Juicio el derecho que ha sobre ellos».

En la Partida V, Ley XII, Título XIII hallamos una referencia a nuestro pacto para sancionar su prohibición en la Prenda. Se veta, en efecto, al acreedor que pueda disponer o apropiarse de las cosas dadas en prenda concediendo tan sólo que se vendan para pagar al mismo. La prohibición se contiene en el siguiente párrafo (5): «Si a tal postura no querían los homes rescibir de otra guisa los peños, e vernia por ende muy gran daño a la tierra; porque cuando algunos estuviessen muy cuitados empeñarían las cosas por quanto quier que les diessen sobre ellas, e perderlas yan, por tal postura como esta».

Las antedichas líneas en las que campea el claro sentido de la justicia que, en general, caracteriza a esta ingente obra del Rey Sabio justifican por sí solas de modo suficiente el fundamento ético de la prohibición. Esta prohibición (que tenía su antecedente en el Derecho Romano en una Disposición del Emperador Constantino que en un Rescripto Imperial prohibió el pacto comisorio en la prenda) fué recogida en las Decre-

(5) Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, 2.^a Edición, Madrid, 1872, por el editor Antonio de San Martín.

tales (6) hasta el punto de no tener validez ninguna el juramento con el que el pacto comisorio se confirmase.

También se consignó en la ley primera del título denominado DE FEURIS de las Propias Decretales con base en el argumento de que el Feudo proviene de la amistad y no puede provenir de la falta de pago de cualquier cantidad como, v. gr., de una multa cualquiera. Por tanto no podía el vasallo transmitir en feudo a su acreedor la cosa que aquel tuviese en prenda a causa de un pago no efectuado en el tiempo convenido: «Si dominus a vasallo recipit deudum in pignus, abstinendo ab ejus servitio, non tenetur computare frustus in fortem» (6).

C) Derecho Comparado

En relación con la admisión o repudiación en las principales legislaciones contemporáneas del Pacto Comisorio, podemos afirmar las siguientes criteriologías mediante la sinopsis que efectuamos a continuación:

A) CRITERIO DE ADMISIÓN EXPRESA DEL PACTO EN CONTRATOS EN GENERAL:

1. Código Civil Alemán. Art. 361: «Si en un contrato bilateral está estipulado que la prestación de una parte debe ser realizada expresamente en un tiempo prefijado o dentro de un plazo preestablecido, en la duda ha de entenderse que la otra parte debe estar autorizada a la resolución si la prestación no se realiza en el tiempo determinado o dentro del plazo fijado».

2. Código Civil Italiano. Art. 1.456: «Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no haya sido cumplida según la modalidad establecida. En este caso la resolución se verifica de derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que intenta servirse de la cláusula resolutoria».

B) CRITERIO DE ADMISIÓN EXPRESA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA:

1. Código Civil Francés. Art. 1.656: «Si ha sido estipulado con relación a la venta de inmuebles, que, por la falta de pago del precio en el plazo convenido, la venta quedaría resuelta de pleno derecho, el compra-

(6) Gregorii Papae IX, Decretales, una cum Libro Sexto, Clementinis et extravagantibus, Tomus Secundus, Coloniae Munatianae, Impensis Thurnisii-Joh. Rudolphi Filii, Bibliop. et Typogr. MDCLVII.

dor puede, no obstante, pagar después de la expiración del plazo, mientras que no haya sido puesto en mora por un requerimiento, pero después de este requerimiento, el juez no puede concederle plazo».

2. Código Civil Boliviano. Art. 1.069: «Si se ha estipulado en el contrato que la venta se anule si no se paga el precio en el término convenido, el comprador, mientras no haya sido constituido en mora por un requerimiento, puede pagar, sin embargo de haber expirado el término; pero después de ser requerido el juez no puede concederle plazo».

3. Código Civil Peruano. Art. 1.445: «Puede rescindirse la venta por falta de pago de precio en cierto día determinado, cuando así se pactó en el contrato».

4. Código Civil Brasileño. Art. 1.163: «Ajustado que se deshaga la venta, no pagándose el precio antes de cierto día, podrá el vendedor no pagado, deshacer el contrato o pedir el precio.

§ único. Si en diez días de vencido el plazo, el vendedor, en tal caso, no reclamara el precio, quedará de pleno derecho deshecha la venta».

5. Código Civil Guatemalteco. Art. 1.616: «Puede rescindirse la venta por falta de pago del precio en cierto día determinado cuando así se pactó en el contrato».

6. Código Civil Argentino. Art. 1.376: «La venta con pacto comisorio equivale a la que se hiciera con la cláusula de reservar el dominio de la cosa hasta el pago del precio».

7. Código Civil Español. Art. 1.504: «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 expirado el término, interín no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.

C) CRITERIO DE ADMISIÓN IMPLÍCITA DEL PACTO EN CONTRATOS

EN GENERAL:

Código Civil Austríaco. Art. 919: «Si se ha convenido que la ejecución debía tener lugar en una época o en un plazo bien determinado, la parte autorizada a rescindir el contrato, si ella prefiere la ejecución debe indicarlo sin retardo a la otra a la expiración del plazo; si se niega a hacerlo no puede ya pedir con posterioridad la ejecución».

D) CRITERIO DE ADMISIÓN IMPLÍCITA EN LA COMPRAVENTA:

1. Código Civil Francés. Art. 1.657: «En materia de venta de géneros y efectos mobiliarios, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho y sin requerimiento en provecho del vendedor, después de la expiración del plazo convenido para recibir la cosa el comprador».

2. Código Civil Argentino. Art. 1.412: «Si el vendedor no entrega la cosa al tiempo fijado en el contrato, el comprador puede pedir la resolución de la venta o la entrega de la cosa».

3. Código Civil Español. Art. 1.505: «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».

E) CRITERIO DE REPUDIACIÓN IMPLÍCITA EN CONTRATOS DE GARANTÍA EN GENERAL:

Código Civil Austríaco. Art. 1371: «Todas las condiciones y actos anejos que van contra la naturaleza del contrato de garantía y del precio de consumación son nulos. Se incluyen las condiciones por las cuales se conviene que el objeto de la garantía debe retornar al acreedor después del cumplimiento del plazo de la deuda; o que el acreedor pueda traspasarla a voluntad o por un precio convenido de antemano o guardarla para sí; o bien que el deudor no podrá jamás desempeñar la cosa o hipotecar el inmueble a un tercero, o bien que el acreedor no podrá exigir el traspaso de la garantía después del cumplimiento».

F) CRITERIO DE REPUDIACIÓN EXPRESA DEL PACTO EN LOS CONTRATOS DE PRENDA, HIPOTECA, O ANTICRÉSIS

1. Código Civil Francés. Art. 2.078: «El acreedor no puede por la falta de pago disponer de la prenda, réstale solicitar judicialmente que esta prenda le sea adjudicada en pago después de la segunda subasta, según una estimación hecha por peritos, o que sea vendida a los licitadores. Toda cláusula que autorizara al acreedor a apropiarse de la Prenda o a disponer de ella sin las formalidades antedichas es nula».

Art. 2.088: «El acreedor no se convierte en propietario del inmueble por la sola falta del pago en el plazo convenido; toda cláusula contraria

es nula; en este caso él puede perseguir la expropiación de su deudor por las vías legales».

2. Código Civil Italiano. Art. 2.744: «Es nulo el pacto con el cual se conviene que por la falta de pago del crédito en el plazo fijado la propiedad de la cosa hipotecada o dada en prenda pase al acreedor. El pacto es nulo aunque sea posterior a la constitución de la hipoteca o de la prenda».

Art. 1.963: «Es nulo cualquier pacto aunque sea posterior a la conclusión del contrato, con el cual se conviene que la propiedad del inmueble pase al acreedor en el caso de falta de pago del débito».

3. Código Civil Alemán. Art. 1.229: «Es nulo un pacto acordado antes de la producción de la autorización de la venta, según el cual debe corresponder o ser transmitida al acreedor prendario la propiedad de la cosa, en caso de que no sea satisfecho o no lo sea en tiempo oportuno».

4. Código Civil Peruano. Art. 2.006: «Aunque el deudor no pague la deuda no podrá el acreedor disponer de la prenda ni apropiársela por la cantidad que hubiere prestado sobre ella, y es nulo cualquier pacto que se celebre contra esta prohibición».

5. Código Civil Brasileño. Art. 765: «Es nula la cláusula que autoriza al acreedor pignoraticio, anticrético o hipotecario, a quedarse con el objeto de la garantía, si la deuda no fuera pagada en el vencimiento».

6. Código Civil Turco. Art. 863: «Es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda por falta de pago en el vencimiento».

7. Código Civil Suizo. Art. 894: «Es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda por falta de pago».

8. Código Civil Español. Art. 1.859: «El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas».

Art. 1.872: «El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito. Si la prenda consistiere en valores cotizables se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio».

Art. 1.884: «El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la for-

ma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

C) CRITERIO DE FALTA DE PRONUNCIAMIENTO EN LA ADMISIÓN
O REPUDIACIÓN:

1. Código Civil Portugués.
2. Código Civil Chino.

II. TEORIA GENERAL DEL PACTO

A) Constitución

1. *La forma del Pacto Comisorio*

Puesto que el Pacto Comisorio es una cláusula accesoria regulatriz de los contratos, valen para él las mismas reglas de los contratos a los cuales el pacto se contrae. El pacto deberá por tanto ser redactado en cada caso por escrito en documento público o privado, así como podrá incluso ser estipulado verbalmente, según que una u otra forma sea requerida por el contrato principal. Empero no conviene olvidar al respecto lo dispuesto en el art. 1.280 del Código Civil. La prueba de la existencia del pacto comisorio puede sustentarse con base en los únicos principios y con las únicas limitaciones existentes en el ámbito contractual. No es necesario, en su virtud, dado el sistema de la ley española el uso de forma especial. Es suficiente con que las partes demuestren la voluntad expresa de considerar uno o más incumplimientos como causa de resolución del contrato y de conceder a una o a ambas partes contratantes la facultad de tener por resuelto «*ipso iure*» el contrato cuando tal incumplimiento se produzca.

B) Operatividad

2. *Modo como opera: intervención judicial y poderes del juez*

Cuando se produce el incumplimiento previsto en el pacto, el contrato se resuelve «*ipso iure*» en el sentido de que la parte a favor de la cual había sido estipulado tiene la posibilidad de considerarlo resuelto en ese

momento independientemente del pronunciamiento del juez y no puede ser compelida a conceder a la otra plazo o dilación.

Si ha sido ya establecido previamente un término esencial o si la existencia del mismo se deduce de la propia naturaleza, no se produce el acto de constitución en mora. De otra forma será necesario un acto de constitución en mora del deudor en la única forma expresada por la ley que podrá ser establecido incluso por medio de una carta, siendo suficiente la intimación escrita al deudor, siempre que no quepa duda sobre la fecha de la carta y la recepción de la misma por el intimado.

El principio de la resolución de derecho del contrato por virtud del pacto contiene en sí sobreentendido que no es necesario para que se opere la resolución el pronunciamiento del juez porque esta resolución no se declara en la forma en que sucede en la condición resolutoria tácita (como más adelante veremos al tratar de la distinción entre ésta y nuestro pacto) en la cual el juez puede hasta incluso no acordarla, o conceder un plazo. Sin embargo la intervención del juez, aun en el caso de resolución de pleno derecho en virtud de nuestro pacto, es necesaria para que él interpretando y aplicando el pacto conforme a lo estipulado en él por la voluntad de las partes acuerde que se ha verificado el incumplimiento previsto y reconozca que se ha producido ya la resolución. Sin embargo, un Tribunal italiano, mantiene un criterio opuesto al que hemos expuesto, en el sentido de estimar exagerado el considerar que el pacto comisorio pueda operar y producir sus efectos en cualquier caso al margen de todo pronunciamiento del juez (7).

Nosotros afirmamos que en la venta de muebles contemplada en el art. 1.505 del Código el pacto comisorio implícito en ella opera sin necesidad de la intervención del juzgador pues no la exige la ley, y sí en la de inmuebles (del art. 1.504) se exige, es con mero efecto declarativo para marcar, por así decirlo, la apertura de la vía en la cual puede hacerse valer la resolución, pero ésta se produjo ya con anterioridad de pleno derecho en el momento de sobrevenir el incumplimiento. Podemos, pues, afirmar que en el Pacto Comisorio Expreso son distintos los momentos de producción de la resolución y de hacer valer la misma. En él, aun cuando se haya producido la resolución no se puede hacer valer ésta hasta que haya sido declarada por la intervención judicial, pudiéndose en el interín pagar aún por el deudor, mientras que en el tácito de los muebles (contemplado en el art. 1.505) la resolución se produce por el automatismo señalado por la ley y no hay que esperar al requisito formal declarativo que se exige en la expresa para hacerla valer, distinción

(7) Sentencia del Tribunal de Apelación de Nápoles de 7 de febrero de 1927.

que parece desconocer la mencionada Sentencia italiana, pese a que en el Derecho italiano se encuentra nuestro pacto recogido tanto expresa como implícitamente al igual que en nuestra Legislación.

Al juez compete, pues, en el caso de pacto expreso indagar si el incumplimiento con base en la presunta voluntad de las partes, es o no suficiente para conducir a la resolución. Precisa indagar ante todo la intención de las partes en relación con la existencia y eficacia del pacto; en segundo lugar deberá observar si se ha verificado el acontecimiento del hecho previsto para la resolución, a fin de determinar la causa del incumplimiento. Su indagación deberá ser rigurosa hasta el punto de que podemos afirmar que erraría el juez que se limitase a una automática aplicación del pacto. En la interpretación del pacto el juez puede hallar en el propio comportamiento observado por las partes después que se haya producido el incumplimiento elementos válidos para observar si en él quisieron las partes determinar una causa esencial o no para la resolución del contrato.

Este caso puede presentarse en contratos de ejecución gradual y sucesiva. Así nos parece plenamente acertada la opinión que considera que en un contrato de arrendamiento, por ejemplo, a pesar de la existencia del pacto comisorio que ordena la resolución de derecho en caso de falta de pago de un solo plazo de abono de la renta, cuando esté acordado que transcurrido el plazo el arrendador vendrá obligado a tolerar dilaciones para el pago por un período más largo de ejecución, los sucesivos retrasos en el pago no podrían ser considerados incumplimiento tan grave como para conducir a la resolución de derecho del contrato.

De la completa indagación del juez en los límites antes expresados, viene extraído el criterio para el pronunciamiento de la sentencia la cual, en caso favorable declara el incumplimiento y concede ejecutoriedad al pacto. La sentencia contiene en sí todos los elementos que hacen posible la reconstitución de la situación de hecho existente antes que el contrato se concluyese, y que se compendian en la restitución de las prestaciones ya consignadas en la ejecución del contrato con las relativas accesiones, cuando éstas sean posibles, e incluso con el resarcimiento del daño.

Peró pueden las partes tener con anterioridad particularmente regulados entre ellas los efectos de la resolución en caso de incumplimiento y liquidado anticipadamente el daño. En este caso, la sentencia tendrá la principal función de conceder ejecutoriedad a la particular disciplina del negocio prevista por las partes.

3. *Por quién puede invocarse el Pacto*

El Pacto puede ser estipulado en favor de uno solo o de ambos contratantes, según la voluntad de los mismos. Se puede, por tanto, invocar por la parte en cuyo favor viene estipulado en el momento en el que se produce el incumplimiento de la otra siempre que no haya renunciado a ello (posteriormente estudiaremos el problema de la validez de la renuncia del pacto) así como siempre que no haya prescrito la acción por la facultad contraria del cumplimiento. La parte en cuyo favor viene estipulado el pacto no podrá ya invocarlo en virtud del conocido principio «*inadimplenti non est adimplendum*» cuando debiendo con anterioridad concluir el contrato se haya colocado por su voluntad en el período de incumplimiento.

También, cuando así se haya estipulado, el pacto podrá ser invocado también por aquellos a quienes en el tiempo que media desde el momento de la conclusión hasta aquel en el que el pacto puede ser hecho valer se les haya otorgado esta facultad; tal puede ocurrir en la sucesión a título general (*mortis causa*) como en la a título particular por actos *inter vivos* (cesión, donación, etc.).

Asimismo parece lógico que el tercero interesado en la aplicación del pacto, cuando el titular del mismo se abstenga de hacerlo en perjuicio suyo, pueda poseer la facultad de invocar la aplicación obrando por subrogación.

4. *Compatibilidad de la demanda de aplicación del pacto comisorio con la demanda de cumplimiento del contrato*

En caso de incumplimiento, la parte en cuyo favor viene estipulado el pacto comisorio tiene la facultad, pero no la obligación de garantizarse. Por tanto, ella es libre de invocar la aplicación del pacto o por el contrario pretender el cumplimiento, a no ser que la propia naturaleza del contrato haga imposible un cumplimiento distinto y sucesivo, o incluso no haya sido expresamente excluida la posibilidad de la ejecución con una cláusula dirigida únicamente a la resolución en caso de incumplimiento.

Cuestión controvertida es la de si el acreedor que ha pedido la aplicación del pacto comisorio puede posteriormente pedir el cumplimiento o viceversa, cuestión que ya se mencionó cuando en la parte histórica expresamos el tratamiento del pacto en el Digesto, es decir, en el Derecho Romano.

En él esto no era posible por el conocido principio romano de: «electa vía non datur recursus ad alteram». Tal regla, sin embargo, no puede valer para nosotros. En el Derecho Romano las acciones se distinguían por vía de fórmula, mientras que para nosotros su distinción radica en el objeto. En el sistema de nuestras leyes, salvo los juicios en rebeldía, mientras que no se tenga un pronunciamiento del juez que fije el objeto de la contestación, es siempre posible un cambio de los pedimentos de la demanda siempre que el cambio de la «Causa Petendi» no sea de tal alcance que los nuevos hechos representen una nueva figura jurídica. Es más: incluso aun después de tener solicitada en juicio la ejecución del contrato se puede pedir en el curso del mismo la resolución o viceversa. Se discute si el cambio puede ser hecho en grado de apelación, ya que para algunos tratadistas no se trata de una demanda nueva sino de aspectos diversos del ejercicio de un mismo derecho.

Otros tratadistas, entre ellos el afamado procesalista Chiovenda (8), niegan en cambio esta posibilidad en el grado de apelación, sosteniendo que de producirse este cambio, existiría mutación en el objeto de la demanda.

Nosotros, siguiendo la autorizada opinión del Profesor Prieto Castro (9) consideramos posible el cambio de demanda cuando no varíen los hechos fundamentales de la litis ni el petitum de la anterior en el sentido de ampliación de la precedente y en consecuencia, en esto habrá de establecerse la base para el cambio de la resolución por el cumplimiento.

Notemos, sin embargo, que el reclamar la aplicación del pacto al continuación del incumplimiento no implica necesariamente renuncia al cumplimiento, ni la demanda de cumplimiento implica tampoco renuncia a servirse del pacto. Porque si se pide en primer lugar el cumplimiento y después la resolución, nos encontramos con que lo que tenemos es solamente una lógica subordinación del medio menor al mayor, en cuanto que los contratos se estipulan para ser cumplidos. Es lógico, por tanto, que a falta del espontáneo cumplimiento el acreedor trate de poseer ante todo contra el deudor el título (la Sentencia) para constreñirlo a la ejecución del contrato, pero no lo es menos que se reserve además subordinada la facultad de obtener al menos el reconocimiento de la acaecida resolución por si acaso la condena al cumplimiento no se le concede o aún concediéndosele éste se hace imposible. De esta forma el acreedor no hace más que escalonar los medios para lograr en definitiva la satisfacción de su interés.

(8) «Rapporto giuridico processuale e litispendenza», en Saggi, Tomo II, pág. 375 (cita tomada de Prieto Castro).

(9) «Derecho Procesal Civil», Tomo 1.º, pág. 265, Librería General, Zaragoza, 1946.

Cuando la resolución no puede obtenerse, debe reconocerse al acreedor cuando menos la facultad de obtener el cumplimiento. Tratándose de pacto expreso, siendo necesario según el art. 1.504 de nuestro Código Civil el pronunciamiento del juez cuando menos para constatar el acaecido incumplimiento apto para producir la aplicabilidad del pacto, no puede sustraérsele al acreedor la facultad de pedir el cumplimiento una vez que se le niegue la posibilidad de recurrir al pacto.

Tales principios valen también cuando se trate de contratos que tienen por objeto varias cosas distintas e incluso cuando se trate de contratos de prestaciones sucesivas, pudiéndose entonces pedir en tal caso, salvo pacto en contrario, el cumplimiento hasta un cierto punto y la resolución para el resto.

Existen también otros contratos como por ejemplo el arrendamiento, que por su naturaleza excluyen que pueda darse la resolución «ex tunc» con efecto retroactivo y la resolución en ellos sólo opera «ex nunc» esto es para la parte que quede por cumplir después de sobrevenido el incumplimiento, resultando así eficaz el contrato para el período que va desde el momento de la constitución del mismo hasta aquel en el que se produce la resolución. Ahora bien: no conviene, sin embargo, confundir la posibilidad de iniciar el ejercicio de una de las dos facultades sin perjuicio de la otra, con la aceptación definitiva de la resolución o del cumplimiento. Porque en esta hipótesis, sin más, se presupone con la aceptación de una la renuncia definitiva de la otra facultad. El acreedor tiene, indistintamente la facultad de hacer valer la resolución o de obtener el cumplimiento y conservar ambos medios solamente cuando no esté aún determinado el objeto de la litis, pero en definitiva no puede obtener alternativamente más que o la resolución o el cumplimiento.

5. *Renuncia del Pacto Comisorio*

Algo tocamos en realidad, aunque de soslayo, este problema cuando tratamos de la compatibilidad de la denmada de aplicación del pacto con la de cumplimiento de contrato en el número anterior, pero entraremos ahora con más detalle en la cuestión.

Observemos en primer lugar que el art. 4.º de nuestro Código Civil afirma que: «los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés, orden público o en perjuicio de terceros». Si son renunciables los derechos concedidos por las leyes no cabe duda que en principio y bajo las mismas condiciones debían serlo también los concedidos por los contratos (o por cualquier cláusula acce-

soria a los mismos) ya que éstos como es sabido «tienen fuerza de ley entre las partes contratantes».

Por otra parte si consideramos que el art. 1.125 de nuestro Código Civil establece que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público» parece que no debería en principio impedirse la renuncia al pacto comisorio sobre todo cuando se pacte de forma expresa. Ahora bien: ¿Qué efectos produce la renuncia del pacto comisorio prestada por la parte que podría invocarla?... Veamos en primer lugar que puede haber dos clases de renuncia: la expresa y la tácita.

Respecto a la primera podemos afirmar lo siguiente: Si el vendedor pide la resolución se considera admisible que expresamente pueda variar su postura y exigir el pago del precio?... ¿Y si reclama el precio, puede abandonar el camino iniciado para lanzarse a la resolución del contrato?... La cuestión supone que el vendedor tiene la elección y algún autor ha sostenido que la tiene siempre; pero el vendedor puede renunciar a su derecho de opción estipulando que la venta quedaría resuelta sin requerimiento ni manifestación de voluntad alguna por su parte. En este caso la venta se resuelve solamente por el hecho de que el vendedor no tiene nada que reclamar y es la ley del contrato la que mediante la renuncia expresa al derecho de opción produce la resolución.

En el Derecho Romano, sin embargo, la opinión era contraria a la posibilidad de renuncia después de invocado el comisorio. El jurisconsulto Ermogeniano la reprobaba y lo propio hacía Ulpiano siguiendo la opinión de Papiniano quien enesañaba: «Statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissariam velit exercere, au potius pretium petere, nec posse, si commissariam elegit, postea variare». Esta opinión del Derecho Romano que en los tiempos modernos se ha visto acogida por algunos autores, tenía su razón de ser en él por la vigencia de la norma: «electa via non datur recursus ad alteram», mas sin embargo hoy día la doctrina y jurisprudencia de casi todas las naciones mantienen una posición opuesta en este sentido.

¿Y en el caso de que se haya hecho ya el requerimiento previsto por el art. 1.504 de nuestro Código, se puede después por parte del vendedor variar la postura y pedir la resolución?... Para los que admitan que el requerimiento resuelve la venta no se podrá, para los demás sí.

Renuncia Tácita. Esta se daría si el vendedor después de haber solicitado ya al comprador la restitución de la cosa a él vendida y consignada como consecuencia de la resolución por su voluntad del contrato, acepta después del mismo el pago del precio o si también lo acepta des-

pués del transcurso del término. ¿Es válida esta renuncia? El jurisculto Scevola mantiene su validez y en los tiempos modernos también Gasca (10) quien afirma que: «los derechos no pueden subsistir siempre que su espiritualidad resulte incompatible con otro hecho contrario».

Nuestra opinión. Nosotros consideramos válida la renuncia a servirse del pacto comisorio hecha por el vendedor que podría servirse de él antes de la resolución del contrato. Este medio accesorio está establecido en beneficio del vendedor generalmente y como tal puede servirse del mismo o no según su conveniencia.

Ahora bien: nosotros a partir del momento en el cual el vendedor empieza a usar de la resolución consideramos al contrato, al que va añadido el pacto, anulado «ab initio» y por tanto nulos todos los actos sucesivos incluso el de la renuncia que no tiene porqué ser una excepción. Mantenemos, pues, la regla romana a partir del momento en el que empieza a operarse la resolución.

C) Efectos del Pacto Comisorio

6. Momento de la resolución

Conviene aclarar, antes de penetrar en el estudio de esta cuestión que algún autor como Rubino (11) ha sostenido que una cosa es la resolución operada por virtud del pacto comisorio, y otra bien distinta la que se opera por virtud del mismo en la prenda e hipoteca, pero no se aducen las razones.

No hallamos razón alguna para considerar a los dos tipos de resolución diversos por su esencia. Opinamos que constituyen ambos una única clase de resolución (la operada por el comisorio) sin caracteres diferenciales entre sí. A nuestro juicio la resolución que produce el pacto en los aludidos contratos no es más que una aplicación específica de la resolución general producida por virtud del pacto, que se concreta a un determinado tipo de contrato. Dicha resolución, si representásemos a ambas por dos círculos concéntricos, constituiría el menor, quedando reservado el otro para la resolución «in genere», pero ello no autoriza a considerar a ambas distintas por el simple hecho de la variación de su ámbito de aplicabilidad.

La resolución del contrato en virtud del pacto comisorio se tiene por acaecida «*ipso iure*» en el momento en el cual se verifica el incumpli-

(10) «Tratato della Compra-Vendita Civile e Commerciale», Vol. 2.º, Torino, 1915.

(11) Su colaboración en el tratado de VASSALLI, «Il Pegno», pág. 23, nota 1.

miento. Este difiere, como veremos al tratar de la resolución que se opera por virtud de la condición resolutoria tácita del que se opera en ésta en que viene pronunciado por el juez, y asimismo en lo que veremos al tratar más adelante de la distinción entre las dos instituciones. Para la resolución por medio del pacto pudiendo también la parte no servirse de él prefiriendo el cumplimiento se requiere que después del incumplimiento se haga al menos una manifestación de voluntad de la parte interesada dirigida a la aplicación del pacto. Una vez que en virtud del pacto comisorio se tenga por resuelto el contrato, la resolución opera «*ex tunc*», esto es, con retroactividad al día de la conclusión del contrato.

El contrato se considera anulado desde su constitución, y con él, salvo las limitaciones que veremos a continuación, se consideran nulos todos los actos sucesivos. Tal es la continua enseñanza de la doctrina en la que destaca sobre todos Windscheid (12).

El pacto comisorio expreso y el presunto o implícito tienen por finalidad la restitución de todo.

En algunos casos, sin embargo, la resolución en vía del todo excepcional puede también operar «*ex nunc*» en vez de «*ex tunc*» en el sentido de que el contrato se considera resuelto en el momento del incumplimiento y anulado solamente desde este momento para después quedando a salvo y perfectamente válido el período intermedio.

Los casos de resolución «*ex nunc*» pueden reagruparse en las siguientes categorías:

a) contratos por los cuales la propia naturaleza de la prestación, hace imposible, cuando ya se ha cumplido en parte la reconducción de la cosa (ejemplo: arrendamiento).

b) contratos en los cuales la resolución «*ex nunc*» deriva de la voluntad expresa de las partes.

c) contratos en los cuales la resolución «*ex nunc*» está expresamente establecida en la ley (ejemplos: quiebra, sociedad y mandato).

7. Efectos de la Resolución

La retroactividad de la resolución mira a conseguir la reintegración del estado de hecho y de derecho existente antes de la conclusión del negocio. Tal fin se consigue con la restitución de la prestación si el contrato fué en todo o en parte cumplido y si es posible la restitución. Cuando ésta no sea posible la resolución actúa por medio del resarcimiento del daño, esto es, proporcionando al acreedor un «*quid*» que re-

(12) «*Pandekten*», Vol. 1.º, número 91.

presente el valor de lo que le era debido en el momento en que la obligación debió cumplirse. Equivalencia o compensación que tiendan al menos a colocar al acreedor en la misma expresa condición patrimonial en la que estaría si el contrato no se hubiera estipulado.

a) *Restitución de la cosa.*—La obligación de la restitución es recíproca para las dos partes. Cuando se trata por ejemplo de compra-venta en la cual el vendedor ya tenía entregada la cosa y el comprador pagada parte del precio, el comprador quedará obligado a restituir la suma percibida como anticipo del precio. El principio, por tanto, de la restitución de la cosa está sujeto a ciertos límites. En primer lugar, según que la cláusula opere «ex tunc» o «ex nunc», es diverso el contenido de tal obligación.

Veremos a continuación los efectos de la cláusula operativa «ex tunc». De momento baste aquí el observar que cuando ésta opera «ex nunc», aceptándose el estado de cosas existente en el momento del acontecimiento de la resolución, todo cuanto haya sido estipulado hasta aquel momento es válido. El contrato quedará resuelto solamente desde el momento del incumplimiento resurgiendo, sin embargo, durante el período de tiempo más breve que media desde el incumplimiento a la reintegración algunas cuestiones especiales propias de la resolución «ex tunc» que veremos dentro de poco.

En segundo lugar para aquellos contratos en los cuales la prestación consiste en un hacer o en un no hacer, como también para los que se basan en el uso y disfrute de la cosa hasta su consumición, la obligación de la restitución se convierte en la del resarcimiento del daño. Para estos contratos según que la cláusula sea operativa «ex nunc» o «ex tunc», todo se reduce al cómputo de una medida mayor o menor de resarcimiento del daño según la mayor o menor duración de la perturbación del derecho del acreedor. Característica común de estos contratos es que los efectos de la resolución quedan exclusivamente delimitados entre las solas partes contratantes.

b) *Resarcimiento del daño.*—La obligación del resarcimiento está a cargo de la parte incumpliente y nace del propio incumplimiento. El derecho al resarcimiento compete, sea en el caso de resolución «ex tunc» como en el de la «ex nunc» aunque ninguna se haya producido de propósito. Sólo una excepción existe en el pacto en el caso de que se pretenda identificar al pacto con la condición resolutoria tácita, y es el caso fortuito o fuerza mayor, que en el campo de esa resolución producen la exoneración de responsabilidad en el deudor.

Para nosotros no existe ninguna excepción y para la fijación del daño habremos de atenernos al tenor literal de la estipulación pactada cuando

en ella se predetermine y en otro caso a las normas generales existentes en las obligaciones para el resarcimiento del daño.

Nada prohíbe, pues, que las partes por medio de una cláusula expresa pacten la recíproca exoneración del resarcimiento del daño eventual en caso de incumplimiento e incluso que lo liquiden anticipadamente con la estipulación de una cláusula penal añadida a nuestro pacto.

A falta de pacto expreso el daño viene considerado bajo el exclusivo y doble aspecto del «lucro cesante» y del «daño emergente». El lucro cesante está determinado siempre que existe relación inmediata de causalidad por las mismas ventajas que habría podido procurarse la parte cumpliente con el cumplimiento del contrato.

El «daño emergente» está determinado por la diferencia patrimonial necesaria para reconstruir el estado de cosas existente antes de la conclusión del negocio. Por ello cuando virtualmente fuera posible por medio de la restitución de la cosa una completa reintegración del acreedor, el daño emergente se reduciría a cero. E incluso cuando la restitución no fuera posible el daño emergente llegaría a coincidir con el propio valor de la cosa.

8. *Efectos del pacto frente al tercero hipotecario*

El artículo 11 de la vigente Ley Hipotecaria expresa: «La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel 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. Lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie».

Comenta el anterior precepto Roca Sastre (13) diciendo: «Entrando en el examen concreto de la condición afectante a los derechos reales inscribibles surgen las consideraciones siguientes: A) En nuestro sistema inmobiliario registral, las condiciones establecidas en los actos registrables y que afecten directamente al dominio o derecho real objeto de los mismos, tienen «franca entrada en el Registro. La registrabilidad de la condición se halla consagrada en los números segundo y tercero del art. 9.º de la Ley Hipotecaria, según los cuales, toda inscripción extensa

(13) «Instituciones de Derecho Hipotecario», Segunda Edición, Tomo II, pág. 166, Editorial Bosch, Barcelona.

deberá expresar, además de la naturaleza, extensión y cargas, las condiciones del derecho que se inscribe o sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción. El número 9.º del art. 61 del Reglamento Hipotecario dispone que la constatación de las condiciones en las inscripciones extensas del título presentado se efectuará: «copiándose literalmente las condiciones establecidas en aquel».

«La registración de las condiciones se halla confirmada por el artículo 16 de la Ley Hipotecaria, el cual regula las operaciones registrables practicables en caso de cumplimiento o de incumplimiento de las que constan en el Registro. El art. 11 de la Ley, así como el 109 corroboran, pues, la registrabilidad de las condiciones en nuestro sistema».

«Antes de cumplirse (o de incumplirse) la condición resolutoria establecida en un acto inscrito, en el Registro también figuran dos derechos con sus dos respectivas titularidades. Se inscribe el derecho del adquirente, o sea un derecho pleno, actual, si bien afecto a la contingencia de la condición resolutoria, pero asimismo aparece registrado a favor del transferente o de otra persona (o sea a favor de aquellos a quienes favorece dicha condición) el derecho condicional o expectativa resultante. En consecuencia, el Registro publica también dos titularidades, una la del adquirente, que viene a ser propietario de la cosa, si bien con la amenaza resolutoria derivada de la condición resolutoria si se cumple, y otra a favor del transferente o de otra persona, es decir, de quienes devendrán dueños de la cosa transmitida, caso de cumplirse la condición y cuya titularidad, por tanto, tiene el carácter de condicionada o preventiva. Los efectos hipotecarios específicos de la inscripción de un acto con condición resolutoria, y mientras se halle la misma pendiente de cumplimiento son los generales de toda inscripción normal, si bien con la limitación que representa la contingencia de la condición resolutoria, la cual actúa a modo de gravamen y afecta a los terceros adquirentes. No obstante, como también se produce una doble titularidad inscrita podrán inscribirse en el Registro no sólo los actos dispositivos del titular sujeto a condición resolutoria (si bien con la amenaza que representa el posible cumplimiento de ésta con sus efectos retroactivos), sino también los actos dispositivos de las personas favorecidas por la condición, los cuales están asimismo supeditados a la eventualidad de que se extinga tal derecho, caso de cumplirse la condición resolutoria. Fuera de estas particularidades, el derecho inscrito bajo condición resolutoria surte los efectos hipotecarios propios de todo derecho puro registrado».

De la Rica y Arenal (14), estudia magistralmente este artículo 11,

(14) «Comentarios a la Ley de Reformas Hipotecaria», pág. 67, Madrid, 1945. M. Aguilar, Editor.

destacando la antinomia existente entre la desaparición de la hipoteca legal tácita a favor del vendedor sobre la finca vendida para cobrar el precio existente en nuestro antiguo derecho, hoy desaparecida con la implantación de la Ley Hipotecaria, y el número 2.º del artículo 38 de la Ley que «a contrario sensu» admite la anulación o rescisión de los contratos en perjuicio de tercero por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida. Tras mencionar las corrientes doctrinales existentes en este sentido amén de la Jurisprudencial de la Dirección General de los Registros, termina destacando la desaparición de la precitada antinomia merced a la feliz reforma del artículo 11 sancionador de los dos procedimientos de asegurar el pago del precio aplazado: *hipoteca especial y condición resolutoria expresa*, y repudiador de otro tercer medio, también rechazado por la Resolución de 14 de abril de 1921: la prohibición de enajenar y gravar hasta que se pague el precio. «Criterio acertado, dice De la Rica, no sólo porque hoy es consecuente con el obstativo general de las prohibiciones de enajenar contractuales, establecido en el nuevo artículo 27, sino porque verdaderamente esas prohibiciones contradicen la libertad civil de contratación, disminuyen innecesariamente el crédito territorial al provocar el cierre del Registro, y constituyen una forma imperfecta de garantía, dado su carácter negativo e indirecto».

En cuanto a la inscripción de acciones resolutorias, el artículo 37, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria expresa: «Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley». Es decir que, como afirma Casso (15), «no perjudican al tercero hipotecario las causas de rescisión o resolución que afectasen al derecho del transmitente, aun cuando el mismo se anule con posterioridad, por el ejercicio de acciones nacidas de aquellas». Para la Hipoteca con garantía de obligación resolutoria el artículo 142 de la Ley Hipotecaria declara que «la hipoteca de obligación resolutoria surtirá efecto hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición».

Importante es también el tratamiento de nuestro Instituto en el Reglamento Hipotecario en el cual el art. 58 exige la constatación mediante nota marginal del pago de cualquier cantidad efectuado por el adquirente, después de la inscripción por cuenta o saldo del precio en la venta y el art. 59, que por su gran interés transcribimos íntegro expone: «Si en la venta de bienes o derechos reales se hubiere estipulado que por la falta de pago del precio en el tiempo convenido, tenga lugar de pleno dere-

(15) «Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad». Tercera edición de Nociones de Derecho Hipotecario, págs. 294 y 567. Madrid, 1946.

cho 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 la venta y se acompañe el título del vendedor».

También se ha ocupado del tema la Dirección General de los Registros y del Notariado estableciendo en la Resolución de 9 de junio de 1866 que «el adquirente de una finca con pacto de condición resolutoria, no puede, una vez ésta incumplida, vender la finca como libre mientras no conste en el Registro por nota marginal dicho incumplimiento».

Resumiendo lo anteriormente expuesto podemos afirmar como, notas o caracteres fundamentales del tratamiento del pacto comisorio en el Derecho Hipotecario, las siguientes:

1.^a *Norma general*: Ineficacia de las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias contra tercero registral poseedor de derecho legalmente inscrito (art. 37 L. H.).

2.^a *Excepción específica a la norma anterior*: Caso de estipulación de nuestro pacto (art. 11 L. H.).

3.^a Delimitación de la duración de los efectos, en el Derecho Real de Hipoteca, de la obligación resolutoria (art. 142 L. H.).

4.^a Necesidad de la constatación Registral del incumplimiento, a instancia del adquirente de finca sujeta al Pacto, para su ulterior venta (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de junio de 1866).

5.^a Análoga obligatoriedad, mediante nota marginal, de cualquier pago efectuado por el adquirente por cuenta o saldo del precio en la venta (art. 58 R. H.).

6.^a Exigibilidad para la inscripción motivada por la operatividad del Pacto de la notificación judicial o notarial productora de la resolución debidamente inscrita (art. 59 R. H.).

D) Prohibición del Pacto

9. *Somera indicación de la misma a través de la Historia y en nuestra Patria*

Como ya expresamos en la parte histórica, el pacto comisorio fué prohibido por el Emperador Constantino. Nosotros creemos que las razones que movieron a este cristiano Emperador a adoptar tal determinación fueron fundamentalmente las de evitar que los acreedores desaprensivos pudieran compeler a los deudores angustiados a estipular contratos prenda-rios que otorgaran a sus acreedores la facultad de apropiarse la prenda.

La prohibición fué acogida en el Derecho Medieval de casi todas las naciones. En el de nuestra Patria ya vimos lo fué en diversos cuerpos legales.

Recogida en las Decretales llegó hasta los tiempos modernos.

En la época contemporánea, después de ser acogida por el Código Napoleónico, ha pasado a casi todas las legislaciones inspiradas en él.

En nuestra Legislación actual se recoge la prohibición en el vigente Código Civil. El art. 1859 del mismo expresa: «El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

El 1.884 referente a la anticresis sanciona que: «El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido». «Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

III. DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES

A) Con la condición suspensiva

De la observación y recuerdo de los caracteres que tipifican a una y otra institución pueden enseguida deducirse los puntos que establecen el distingo que los separa. Recordemos, en efecto, que los efectos de la condición suspensiva son, como su propia nomenclatura expresa, «suspender los efectos de la obligación o del negocio jurídico» en tanto que el acaecimiento previsto por ella no tiene lugar. Nada, pues, más distante y opuesto de esta institución que el pacto comisorio ya que en éste los efectos del contrato al cual va añadido se producen desde el primer momento de la vida del mismo, desde su estipulación, y cesan precisamente cuando el incumplimiento previsto en el pacto tiene lugar. De aquí que resulten completamente distintos por sus efectos la condición suspensiva y nuestro pacto. Resulta más útil, puesto que los caracteres de nuestro pacto parecen aproximarlos más a esta otra figura jurídica y durante largos años han sido identificados por prestigiosos tratadistas ambos institutos establecer la diferencia entre nuestro pacto y la condición resolutoria tácita del art. 1.124 de nuestro C. C.

B) Con la condición resolutoria tácita

Se diferencia el pacto comisorio de la condición resolutoria tácita en que la resolución del contrato operada por virtud del primero viene pronunciada por el juez. La resolución producida por el acaecimiento de la causa de resolución genérica contemplada por el 1.124 de nuestro Código, se opera «ipso iure» en el mismo momento en el que se verifica el acontecimiento previsto, sin necesidad de acto ninguno de las partes. La

resolución producida por el pacto, pudiendo también la parte no servirse de él y preferir el cumplimiento, requiere que, después del incumplimiento, se haga al menos una manifestación de voluntad de la parte interesada dirigida a la aplicación del pacto. Vemos, pues, que ya por lo pronto en la forma de producirse ambas resoluciones son totalmente distintas ambas figuras jurídicas.

Pero si tal acontece en la forma de presentarse la resolución, mayor es aún la diferencia en los efectos de la misma en ambas instituciones. En efecto, mientras que la condición opera «ex nunc» esto es, produciendo sus efectos desde el día en que se presenta la causa prevista y regulada por el art. 1.124, el pacto opera «ex tunc», desde siempre, es decir, retro trayendo sus efectos al propio día de la estipulación del contrato. La condición resolutoria tácita produce el efecto de «constituir» el derecho a la resolución desde el momento en el que sobreviene la causa del incumplimiento de la obligación, al paso que nuestro pacto, constituyéndolo también al sobrevenir la causa de incumplimiento, lo hace con efecto retroactivo, es decir, con validez al momento de la estipulación del contrato y el juez lo único que hace es declarar ese derecho a la resolución. El pronunciamiento judicial no produce, pues, en nuestro pacto más efecto que el declarativo.

No podemos, sin embargo, constatar la propia diferencia entre nuestro pacto y la condición resolutoria expresa, ya que en ella observamos que el derecho a la resolución se «constituye» desde el momento de su estipulación o de su inserción en el contrato para cuando se produzca el acontecimiento que dé lugar a la resolución, análogamente a lo que ocurre en nuestro instituto, razón por la cual muchos ilustres tratadistas han identificado a ambas instituciones del derecho. Como criterios más fundamentales para establecer la distinción entre la resolución operada por virtud del art. 1.124 y la del comisorio, nosotros establecemos los siguientes:

a) *El radicante en el análisis de la voluntad de las partes*

Estas, en efecto, con la forma de manifestar su voluntad ante los Tribunales, demostrarán *el tipo resolutorio que han querido ejercitar.*

Así cuando el acreedor vencido el plazo para el pago del precio no haga referencia a ninguno de los extremos reglados contractualmente y se limite a exigirlo y el deudor haciendo lo propio en lo que se refiere al silencio contractual, no lo preste en el tiempo prefijado, no cabe duda de que, si en dicho contrato se estipuló un comisorio, las partes han querido

hacer uso de la resolución conferida por él, ya que, salvo éste del pacto, parecen haber querido ignorar los demás extremos contractuales.

b) *El que contempla el tiempo en el que se produzca la manifestación de voluntad del deudor incumpliente*

En la resolución operada por virtud del pacto comisorio aún cuando la manifestación de voluntad expresiva de que se va a incumplir se produzca antes del transcurso del plazo, la resolución no tiene lugar sino cuando el plazo ha expirado.

c) *El del automatismo de la resolución comisorio*

La resolución por el comisorio es «de iure», automática, sin que en ella tenga nada que ver la importancia del incumplimiento ya que lo único que condiciona a esta clase de resolución es el hecho de haber transcurrido el plazo prefijado para la exigibilidad del precio. En la resolución legal derivada del supuesto contemplado en el 1.124, juega en cambio un importantísimo papel el hecho de la mayor o menor gravedad del incumplimiento de la obligación, ya que un incumplimiento de ínfima importancia carecería de la fuerza necesaria para accionar el resorte legal de la facultad resolutoria concedida por el citado artículo 1.124.

d) *El de la tutela preventiva*

Destacado de forma magistral por Borricand (16), quien afirma que la estipulación de una cláusula resolutoria expresa, produce en la resolución que de ella pueda derivarse «un efecto preventivo análogo al de la advertencia que no existe en la resolución (legal) derivada del incumplimiento contractual. La amenaza de la sanción de la cláusula comisorio produce un efecto psicológico sobre la persona del deudor y asegura indirectamente la ejecución del contrato. El deudor no ignora que si no existiese la cláusula su acreedor podría intentar contra él otra acción de resolución pero conoce la benevolencia del juez en la contemplación de la misma. En cambio, en presencia de una cláusula de resolución de pleno derecho el deudor sabe que no escapará a la resolución y que no puede ya contar con la indulgencia de los Tribunales. Se halla pues en una posición desfavorable y compelido a ejecutar completa y puntualmente sus obligaciones. Medio de presión, de constreñimiento, la cláusula resolutoria constituye una garantía muy eficaz de la ejecución del contrato».

(16) «La Clause Résolutoire Expresse dans les contrats», en Revue Trimestrielle de Droit Civil, Fascículo 3 del año 1956, julio-septiembre de 1957, págs. 433 y sgts. París, 1956.

C) Con la excepción de incumplimiento de contrato

No conviene confundir la acción resolutoria derivada del comisorio con la excepción de incumplimiento de contrato, que siempre compete contra aquel que siendo incumpliente pretenda exigir al otro contratante su cumplimiento.

El profesor italiano Gasca pone tres ejemplos a este respecto elocuentísimos (17):

1. Ticio compra a Cayo cierta mercancía para que le sea entregada en su domicilio y pagarla en un determinado día, y pacta que no efectuándose la entrega en aquel día el contrato quedará resuelto de pleno derecho. Cayo no hace entrega en aquel día y Ticio se calla. Poco tiempo después Cayo le ofrece la mercancía y considerándose seguro en su derecho no hace el depósito y cita a Ticio para el pago del precio. Este no tiene más que una excepción que oponer: la de incumplimiento de contrato. No debe pagar porque, no habiendo sido hecha la entrega de la cosa en el tiempo convenido, el contrato ha quedado resuelto de pleno derecho. El juez deberá sin más absolver a Ticio. (Excepción de incumplimiento de contrato).

2. Pero desgraciadamente Ticio había anticipado el precio a Cayo y éste, no habiendo entregado la mercancía en el plazo convenido finge ignorar el contrato.

Ticio le cita para la restitución del precio y como actor debe probar el contrato y el pacto comisorio estipulado, pero no tiene necesidad de mostrar al juez la resolución del contrato por incumplimiento. Si Cayo no demuestra tener entregada la cosa en el plazo el juez debe sencillamente reconocer que la resolución del contrato se ha operado y como consecuencia de ella, debe ordenar la restitución del precio como indebido. (Resolución por el Pacto Comisorio).

3. Ticio ha vendido cierta cosa a Cayo para entregársela al fin de mes a condición de que esta primera parte del transcurso del plazo le releve de aceptar el contrato si el precio de la cosa aumentase. Cayo no está dispuesto a devolver los aumentos de la cosa y pretende aun sin embargo de Ticio la entrega de la cosa. Ticio podrá defenderse con la excepción de incumplimiento de contrato.

Conviene sin embargo que para apreciar aún más la diferencia entre ambas figuras jurídicas (pacto comisorio y resolución por incumplimiento de contrato) precisemos aún más la noción del incumplimiento.

(17) «Trattato della Compra-Vendita Civile e Commerciale», Volumen 2.º, pág. 57. Torino, 1915.

Según Mosco (18) «el incumplimiento en el que se funda la resolución implica que el deudor de una obligación derivada de un contrato con prestaciones recíprocas no la preste en el tiempo debido si como sucede con frecuencia se ha fijado el plazo para el cumplimiento. «Si confrontamos, sigue diciendo el ilustre autor, el art. 1.453 del Código Civil italiano que habla de «uno de los contratantes que no cumple con sus obligaciones» con el 1.184 que establece que «el término se presume pactado a favor del deudor» resulta evidente que antes de cumplirse el plazo fijado no puede hablarse de incumplimiento y por lo tanto no existe el presupuesto de la resolución.

Sin embargo esta regla general tiene dos excepciones constituídas por los dos casos en los que el acreedor de una prestación recíproca puede instar la resolución aún cuando no hay transcurrido el plazo fijado en cuyos casos el comportamiento del deudor equivale a un incumplimiento aun cuando el plazo no haya transcurrido.

Estos casos son:

1. Cuando el deudor manifiesta expresamente la voluntad de no querer cumplir.
2. Cuando ejecute un acto que impida o haga imposible el cumplimiento al llegar el término fijado para el mismo.

El primer caso merece ser examinado con interés porque aparte de que las opiniones doctrinales no están de acuerdo en este punto (19) la fórmula enunciada no es lo bastante precisa para evitar que la protección del interés del acreedor entrañe el peligro de un daño para el deudor.

Para algunos autores, contrarios a la admisión de esta excepción, se ha llegado a afirmar que no puede aceptarse porque perjudica los intereses del deudor. Ciertamente estos intereses, en caso de admitirse la excepción, podrían sufrir consecuencias muy graves por el mero hecho de expresar una palabra dudosa o poco meditada en forma prematura.

Estas observaciones tendrían indudablemente notable importancia si por ánimo de incumplir debiera entenderse cualquier manifestación de voluntad contraria a la intención de cumplir, pero esta opinión no puede sostenerse siendo a veces necesario un sentido muy delicado de la medida para armonizar los encontrados intereses del acreedor con los del

(18) «La Resolución de los contratos por incumplimiento». Dux. Ediciones y Publicaciones, S. A., pág. 44.

(19) VON TUR. «Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts», II, pág. 546; LEAKE: «Principles of the Law of Contracts», London, 1931, pág. 672; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN: «Obligations», VI, pág. 592; ANSON «Principles of the English Law of Contracts», Oxford, 1945, pág. 319; POLLOCK: «Principles of Contracts», 12, London, 1946, pág. 214. (Citas de Mosco en su obra citada).

deudor con el fin de no adoptar contra éste más que aquellas medidas que fueren consecuencia legítima de su propio comportamiento.

La otra objeción nacida de la misma doctrina, seguramente es infundada y ello porque la opinión que se discute carece de fundamento legal.

Por el contrario, lo cierto es que esta opinión encuentra su mejor apoyo en el mismo principio fundamental en el que se basa la acción de resolución. Y si ciertamente esta acción se funda en parte en la oportunidad de evitar al acreedor el perjuicio que se le derivaría del hecho de tener que esperar el incumplimiento del deudor para poder atender posteriormente a la reclamación de los daños cuando probablemente el deudor se halla ya en estado de insolvencia, es natural que la referida oportunidad y consiguiente tutela del interés del acreedor se presente, no solamente cuando ha transcurrido el plazo sin que se verifique el cumplimiento, sino también cuando antes del transcurso del plazo se tiene la certeza de que el deudor no ha de cumplir.

Pero además de este notabilísimo apoyo del derecho positivo, el parecer en cuestión también puede confirmarlo por analogía el art. 1.219 del Código Civil italiano que dispone no ser necesaria la constitución en mora cuando el deudor ha declarado su voluntad de no querer cumplir. Por tanto debemos acoger esta tesis como buena y ya entonces sólo nos restará el precisar los supuestos en los que pueda aplicarse.

En primer lugar observemos que es cierto, la doctrina italiana así lo reconoce expresamente, que la declaración de no querer cumplir no puede provocarse interpelando al deudor antes del transcurso del plazo ya que antes de dicho transcurso no puede el acreedor desconfiar de él y por tanto invitarle a que declare si se propone o no cumplir.

En segundo lugar no es menos cierto que no toda negativa a cumplir es suficiente para legitimar la resolución. La doctrina italiana ha exigido mucho más: que la manifestación sea fundadamente cierta y definitiva lo cual suele expresarse o con la fórmula de que la negativa debe ser total, o bien con la de que debe expresar una intención absoluta e irrevocable de repudiar el contrato, o finalmente afirmando que la negativa debe ser formal y definitiva.

La manifestación de voluntad no es preciso que se produzca mediante una declaración especial, puede también ser tácita, deduciéndola de los actos realizados por el deudor cuando de los mismos pueda extraerse de modo inequívoco la intención de no cumplir, sin que debamos despreciar tampoco, pues son elementos idóneos para la formación de la declaración del deudor, las circunstancias que la acompañan.

Con base en estos principios la jurisprudencia ha hecho en Italia una inteligente distinción entre las manifestaciones de voluntad inadecuadas

para formar los presupuestos de la resolución y las que bastan a tal efecto. Así se ha declarado que no integran tal presupuesto, la declaración de que momentáneamente se carece de medios para pagar, como tampoco la negativa a cumplir debida a divergencias de opinión sobre el contenido del contrato y particularmente sobre el objeto de la prestación o sobre el cómo y cuándo debe prestarse.

Por el contrario, se consideran hipótesis suficientes para la resolución el hecho de que el deudor discuta la existencia del contrato, desee anularlo o se avenga a cumplirlo en condiciones inadmisibles. También cuando quiera cumplirlo en tiempo y lugar diversos de los pactados o bien fragmentariamente en lugar de hacerlo de una sola vez.

El incumplimiento anterior a la caducidad constituye de por sí razón suficiente para la resolución, aun cuando el derecho del acreedor sea condicional o simplemente dependa de un suceso incierto.

También es aplicable el criterio anterior y existe un verdadero y propio incumplimiento cuando en lugar de tratarse de un contrato de ejecución instantánea sea de prestaciones periódicas. En este caso la definitiva resolución de no cumplir equivale al incumplimiento aún cuando los plazos del cumplimiento no estén vencidos».

Nosotros consideramos que en la cuestión del incumplimiento debe siempre ser investigada la culpabilidad, ya que cuando ésta revista caracteres de escasísima importancia que no afecten a lo esencial del contrato, no podrá en rigor decirse que existe incumplimiento. Naturalmente que lo dicho debe entenderse tratándose de resolución legal pues tratándose de la resolución por virtud del pacto comisorio, la resolución se debe al automatismo de la propia cláusula. En el primer caso la Sentencia del juez tendrá valor o efecto constitutivo, en el segundo, declarativo. En la resolución de contrato por incumplimiento la investigación del alcance de la culpabilidad en relación con la resolución debe hacerse por el juez que aplicará su criterio en este sentido. Sin embargo cuando el juez se halle en presencia de una convención que contenga un comisorio su labor se limitará a constatar que ha tenido lugar el hecho productor de la resolución, y sin más a declararla. Naturalmente que como en la vida del mundo jurídico los supuestos de resolución son múltiples y variados, el criterio del juez debe ser lo general para decidir respecto a la resolución y la ley la excepción; es decir: que la ley sólo entrará en juego cuando se trate de un tipo resolutorio específicamente regulado por ella (por ejemplo, el del art. 1.504 referente a los inmuebles) y fuera de estos casos será el arbitrio judicial el que decida si debe o no concederse la resolución, y ello en beneficio de la flexibilidad de la autonomía contractual ya que a la ley le sería imposible, sin una casuística exagerada

recoger uno por uno todos los supuestos de resolución que en la vida contractual podrían presentarse.

D) Con la cláusula penal

Por parte de algunos, aunque escasos, autores se ha pretendido identificar el Pacto Comisorio con la Cláusula Penal. Esta postura tuvo su origen en el tratadista francés Domat, quien veía al Pacto como «una pena del incumplimiento». Modernamente ha seguido esta dirección un eminente tratadista del derecho privado lusitano, el Profesor Da Cunha Gonçalves (20). Sin embargo, nada más erróneo. Conviene, al respecto, revisar la noción de la cláusula penal y digamos que de la misma existen varias definiciones.

La de Windscheid (21) expresa que «dicha cláusula se estipula por el contratante que no desea que suceda el incumplimiento de la obligación para el caso de que éste se produzca».

Más acertada es la de Eneccerus (22) pues alude «al elemento del resarcimiento para el caso de que la obligación se incumpla o no se cumpla según su tenor».

Casso (23) da la siguiente definición de la cláusula penal: «es aquella en la que se estipula una prestación (generalmente de pagar una suma de dinero) a cargo del deudor y a favor del acreedor para el caso de que aquel no cumpla lo que le incumbe o al cumplir contravenga el tenor de la obligación».

Espín (24) con atinado criterio establece un distingo en lo referente a la pena establecida en la cláusula penal.

Presupuesta siempre la situación de incumplimiento del contrato al que se ha añadido la cláusula penal o la pena contenida en ésta, en opinión de este autor, «substituye a la obligación del resarcimiento de daños» en cuyo caso será una pena que él denomina «substantiva» o «la pena se debe además del resarcimiento» en cuyo caso estaremos en presencia de la pena denominada, también por él, «cumulativa».

La generalidad de la doctrina asigna a la cláusula penal los siguientes caracteres:

(20) «Tratado de Direito Civil em comentario ao Código Civil Portugues», Tomo VIII, pág. 580, Coimbra, 1929.

(21) *Dritto delle Pandette*, Tomo 1.º, parágrafo 238.

(22) ENNECERUS, KIPP y WOLF: «Tratado de Derecho Civil» (Parte General), Volumen 1.º, Tomo II, págs. 202 y 203.

(23) Obra citada en la cita 15.

(24) «La Cláusula Penal en las obligaciones contractuales», en la *Revista de Derecho Privado*, año 1946, pág. 145.

1.º Ser una convención accesoria que implica siempre la existencia de una obligación principal.

2.º Ser un medio coercitivo para asegurar el cumplimiento de una obligación. En el Derecho Romano tuvo gran importancia la cláusula penal para hacer eficaces los pactos nudos. Hoy en día, teniendo en cuenta que la prisión por deudas no es acogida por ninguna de las modernas legislaciones, no carece de ella.

3.º Representa la pena convencional los daños que corresponden al acreedor por el incumplimiento o retardo de la obligación.

Este tercer carácter no puede ser admitido por los que seguimos el mencionado distinguo de Espín más que cuando se trate de pena sustantiva, y no en el caso de la cumulativa, y no se olvide que esta última clase de pena no está en modo alguno repudiada por nuestro legislador, antes al contrario no vemos inconveniente alguno en admitirla pues a ello autoriza el art. 1.152 del Código Civil definidor de la pena «sustantiva», al expresar en su último inciso: «si otra cosa no se hubiese pactado».

Según la doctrina, el grado de la pena debe ser fijado por las partes sin que el juez, con excepción de la facultad moderadora que le concede el art. 1.154 del Código, pueda variarlo a no ser que las partes le hayan concedido expresamente esta facultad.

El segundo carácter, de los que hemos expuesto, establecido como los demás por la doctrina, no vemos inconveniente alguno en admitirlo y menos aún el primero recogedor de la conocida regla de derecho que reza: «accessorium sequitur principale» y que está expresamente acogido por nuestro legislador en el art. 1.155.

Después del estudio de los caracteres que hemos mencionado podemos tratar de establecer algunas diferencias fundamentales entre nuestro pacto y la cláusula penal.

En primer lugar observamos que el pacto produce un efecto de retroactividad que no se halla en la cláusula penal.

En efecto, al producirse la resolución del contrato al que se ha añadido el pacto por virtud de éste, todos los efectos de aquel se retrotraen al momento de la estipulación, lo que no ocurre en la cláusula penal en la que no se producen efectos retroactivos de ninguna clase.

Aunque algunos autores pretenden observar una diferencia entre el pacto y la cláusula radicándola en el derecho de elección que una vez producida la resolución tiene el acreedor a servirse del pacto o no servirse de él no vemos que tal derecho no pueda también pactarse en la cláusula penal. En este sentido de la voz «elección» no encontramos diferencias apreciables entre una y otra institución. Sí las hallamos en cambio en el sentido de la voz gramatical «elección» haciéndola suponer en vez

de renuncia, como en el caso anterior, una verdadera elección entre los dos medios pues como dijimos al producirse la resolución por virtud del comisorio el acreedor o contratante en cuyo favor se haya estipulado puede «elegir» entre optar por la aplicación del pacto o renunciar a él pidiendo el cumplimiento del contrato. Tal situación vemos claramente que no es posible en el caso de la cláusula penal pues una vez producida la resolución entra la cláusula en juego a no ser que se renuncie, pero lo que no se puede hacer es no servirse de ella y pedir el cumplimiento como sucede en el caso del comisorio ya que la cláusula penal precisamente lo que presupone es el incumplimiento, y pedir el cumplimiento repugnaría a la propia naturaleza de la cláusula penal.

También podemos establecer otra diferencia entre las dos instituciones radicándola en la resolución. En efecto: el pacto produce él mismo la resolución «de iure», esto es, el pacto es el agente generador de la resolución, mientras que la cláusula penal supone una resolución extraña a ella y cuando se produce esa resolución es cuando entra en juego la cláusula.

Observemos, también otra destacada por Bianca (25): El pacto comisorio al producir él mismo la resolución hace que la propiedad de la cosa vuelva a la persona en cuyo favor se estipuló; produce, por tanto, un efecto traslativo del dominio, una transferencia de la propiedad, un efecto real. La cláusula penal, en cambio, sólo produce un efecto obligacional.

Digamos, así pues, finalmente, que a la vista de los caracteres que hemos mencionado como diferenciales entre la condición resolutoria tácita y el Pacto, nosotros negamos la identidad entre ambas instituciones, posición que concuerda con la adoptada por el eminente tratadista Mes-sineo (26) quien, pensando sin duda en la condición resolutoria tácita y en la cláusula penal rechaza para nuestro pacto el nombre de condición, así como el de *cláusula únicamente* que podría confundir las figuras del pacto y la cláusula penal, prefiriendo en definitiva denominar a nuestra institución «CLAUSULA RESOLUTORIA EXPRESA».

(25) «Il divieto del Patto Commissorio». Patto Commissorio e clausola penale, pág. 110. Dott. A. Giufrè Editore, Milano, 1957.

(26) «Doctrina General del Contrato», pág. 349, n.º 6. Traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Vollerra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

CONCLUSIONES

1.^a El Pacto Comisorio es una cláusula que en ciertas ocasiones puede añadirse a algunos contratos por la que se estipula que, en caso de no cumplirse la prestación por la parte que a ello viene obligada dentro del plazo convenido, el contrato quede resuelto de derecho.

2.^a Este pacto puede considerarse inserto implícitamente en un contrato cuando de los términos en los que el mismo se halla redactado así pueda deducirse.

3.^a El pacto comisorio podrá estipularse mediante escritura pública, contrato privado e incluso en forma verbal.

Dado el sistema de ausencia de regulación legal de la forma del Pacto en nuestra Patria, no es necesario el uso de forma especial. Sin embargo habrá de tenerse en cuenta a este respecto el artículo 1.280 del Código Civil.

4.^a Requisito previo para la invocabilidad del pacto es que se haya producido la situación de incumplimiento del contrato al cual va añadido.

5.^a La invocabilidad del Pacto compete a aquel en cuyo favor viene estipulado, a no ser que él mismo haya provocado la situación de incumplimiento del contrato.

6.^a La resolución producida por la operatividad del pacto es una resolución típica, con substantividad propia, y totalmente distinta de la general establecida en el art. 1.124 del Código Civil para las obligaciones recíprocas.

7.^a En nuestra opinión, la carencia o existencia de culpa en el contratante incumpliente no modifica la operatividad de nuestro instituto. En este sentido el automatismo del pacto en la producción de la resolu-

ción es absoluto sin contemplar, para desplegar sus efectos, más que la existencia del incumplimiento del contrato al que el pacto se adjuntó.

8.^a La resolución producida por virtud del comisorio tiene efectos retroactivos normalmente, y por ello, los efectos de la resolución del contrato al que se ha adjuntado el pacto se retrotraen al momento de la estipulación de dicho contrato.

9.^a Podría, sin embargo, aunque ello no es frecuente, pactarse en el propio pacto comisorio que sus efectos empezaran a producirse desde el momento en el que se verifica el hecho que produce la resolución del contrato.

10.^a Nosotros creemos que el pacto comisorio puede renunciarse siempre que esta renuncia se produzca antes de que el contratante en cuyo favor viene estipulado empiece a servirse de él, y sin olvidar lo legislado al respecto de la renuncia en el art. 4.º del Código Civil.

11.^a No debe identificarse ni confundirse nuestro Pacto con algunas instituciones del derecho que aunque a primera vista parece tienen cierta semejanza con él son completamente diferentes, cuales son: la condición suspensiva, la condición resolutoria tácita, la excepción de incumplimiento de contrato y la cláusula penal.

12.^a En nuestro Código Civil el Pacto se halla recogido en su forma expresa en el art. 1.504 y en la implícita en el 1.505. La prohibición del mismo, se halla contenida en los arts. 1.859 y 1.870 relativos a la prenda y en el 1.884 con relación a la anticresis.

13. También en nuestra Legislación Hipotecaria se recoge en el art. 11 de la Ley y 58 y 59 del Reglamento.

14.^a Sería deseable un mayor tratamiento de nuestra institución por parte del legislador español tendente a regular la forma especial en la que debiera estipularse el pacto y el despliegue de sus efectos.