

LIBRO HOMENAJE A JESÚS LÓPEZ MEDEL

TOMO I



CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

© 1999 Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

ISBN Obra completa: 84-88973-96-9

ISBN Tomo I: 84-88973-94-2

Depósito Legal: M-25.306-1999

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Leganitos, 24
28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.



EL PACTO COMISORIO EN EL CÓDIGO CIVIL *

Chantal Moll de Alba Lacuve
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

* Seminario de Derecho Civil «Jean Domat». Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona.

SUMARIO: I. MANIFESTACIONES DEL PACTO COMISORIO EN EL CÓDIGO CIVIL: 1. El pacto comisorio en la compraventa; 2. El comiso en el censo enfiteúutico; 3. El pacto comisorio en los contratos de garantía: A. Prohibición del pacto comisorio; B. Origen de la prohibición y evolución histórica de la figura; C. Fundamento de la prohibición en los contratos de garantía; D. Extensión de la prohibición.—II. HACIA UNA POSIBLE UNIDAD CONCEPTUAL: 1. Aproximación etimológica; 2. Aproximación histórica; 3. Aproximación teleológica; 4. Aproximación conforme a la realidad socio-jurídica actual.—III. CONSIDERACIÓN FINAL: LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO.

Este estudio versa sobre la regulación del pacto comisorio en el Código Civil. En una primera parte se analizan los distintos artículos del Código relacionados, directa o indirectamente, con la figura comisorio, en sede de compraventa, enfiteusis y derechos reales de garantía. Advertidas las similitudes funcionales entre estos artículos, en una segunda parte, se trata de determinar si, a través de una serie de aproximaciones de tipo etimológico, histórico, teleológico y socio-jurídico, se puede extraer un concepto y un régimen unitario del pacto comisorio en nuestro ordenamiento.

Tradicionalmente, y por razones históricas, el pacto comisorio se ha relacionado con tres instituciones del Derecho Civil: los derechos reales de garantía (arts. 1.859 y 1.884 C.c.), la compraventa de bienes inmuebles (art. 1.504 C.c.), y el censo enfiteúutico (arts. 1.648, 1.649 y 1.650 C.c.). Sin embargo, aparentemente, su régimen varía según el ámbito: mientras está expresamente prohibido en los contratos de garantía, en la compraventa está limitativamente tolerado. ¿Aluden los artículos citados a la misma figura? ¿Cabe construir un concepto único de pacto comisorio en el Código Civil? La cuestión no es baladí pues una respuesta afirmativa implicaría aplicar por analogía la prohibición del pacto comisorio, contemplada expresamente en los arts. 1.859 y 1.884 del Código

Civil, a las demás instituciones. La proscripción comisorio se convertiría así en una suerte de principio general de nuestro derecho.

I. MANIFESTACIONES DEL PACTO COMISORIO EN EL CÓDIGO CIVIL

1. El pacto comisorio en la compraventa

El pacto comisorio en la compraventa es aquel pacto por el que las partes estipulan expresamente que, no pagándose el precio una vez vendido el término de cumplimiento, la venta se resuelve automáticamente. Este pacto constituye una garantía para el vendedor pues permite asegurar el cumplimiento de la obligación del comprador.

Nuestro Código, a diferencia de algunos cuerpos civiles extranjeros¹, no lo regula expresamente ni le dedica sección o capítulo especial, sin embargo alude a él, sin citarlo, en el supuesto de hecho del art. 1.504 C.c.²:

«En la venta de bienes inmuebles, **aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato**, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.»³

Se trata, como puede comprobar el lector, de una alusión incidental y oscura. De hecho sólo cabe relacionar este artículo con el pacto comisorio tras un análisis histórico del precepto.

¹ Contrasta el oscurantismo de nuestro Código Civil a la hora de tratar esta institución, con la claridad de algunos Códigos extranjeros, en particular los de países sudamericanos. El Código Civil de Chile de 1857, por ejemplo, dedica un capítulo entero al pacto comisorio en la compraventa (artículos 1.877 a 1.880 del capítulo 10 del título XXIII). Del mismo modo, en el Código Civil de Uruguay de 1868, la sección I (arts. 1.711 a 1.715), del capítulo VI del Título II relativo a los pactos accesorios al contrato de compraventa, se titula *Del Pacto Comisorio*. El Código Civil de Colombia también le dedica un capítulo (arts. 1.935 a 1.938). Estos tres cuerpos legales citados, ofrecen una misma «definición» del pacto comisorio en la compraventa: «Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta». En realidad esta definición corresponde sencillamente a la del pacto resolutorio, que no forzosamente comisorio, puesto que no se hace referencia al carácter automático de la resolución y a la apropiación subsiguiente del bien.

² Este artículo está ubicado, dentro del Título de la compraventa, en el Capítulo V *De las obligaciones del comprador*.

³ En negrita se ha resaltado la referencia del art. 1.504 C.c. al pacto comisorio.

El precedente remoto del art. 1.504 C.c. es la *Lex commissoria* regulada en el Título tercero del Libro XVIII del Digesto de Justiniano. En el Derecho romano no existía una acción general de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, de modo que el contratante cumplidor sólo podía pedir a la parte incumplidora el cumplimiento de su obligación, pero no la resolución del contrato. Mediante el pacto de la *lex commissoria* se introdujo la posibilidad de resolver el contrato de compraventa⁴.

El texto de Pomponio (Digesto 18, 3, 2⁵ es fundamental para entender el significado de este pacto:

«Cuando el vendedor de un fundo hubiese hecho una cláusula diciendo: “si el precio no fuese pagado dentro del término se tendrá por no comprado el fundo”, se entenderá que el fundo no queda comprado si es que el vendedor así lo prefiere, porque esto se ha convenido en interés del vendedor; pues si de otro modo se admitiese, en el caso, por ejemplo, de incendiarse la casa de campo vendida, quedaría al arbitrio del comprador, no entregando el precio, el tener por no comprado el fundo que habría estado a su riesgo».⁶

Sin embargo, con la evolución histórica, el pacto comisorio ha perdido su eficacia originaria. Son varios los ordenamientos que tienden a neutralizar la fuerza resolutoria de la cláusula comisorio impidiendo todo automatismo. Paradigma de esta tendencia es nuestro art. 1.504 C.c. que exige la formalización de un requerimiento al comprador antes de

⁴ Por su parte, en los contratos innominados del tipo *do ut des, do ut facias*, la posibilidad de solicitar la restitución de la cosa entregada ante el incumplimiento de la otra parte se introdujo a través de la *condictio causa data causa non secuta*. vid CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, Paris, 1924, págs. 110 y ss.

⁵ Según comenta LATORRE en *Iniciación a la lectura del Digesto*, Ed. Dirosa, Barcelona, 1978, pág. 11, «El Digesto (o Pandectas) es en sustancia, una amplia antología de escritos de juristas romanos, hecha en Constantinopla, entre los años 530 y 533 d.C., por orden del emperador Justiniano. [...] A la cabeza de cada fragmento, Justiniano hizo constar el jurista de que procede (o al que se atribuye), la obra de que está sacado y, dentro de ella, el libro a que pertenece». El Digesto se citará en este trabajo en la forma usual: el primer número corresponde al Libro, el segundo al título y el tercero al fragmento.

⁶ «Cum venditor fundi in lege ita caverit: “Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit”, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur; nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecunia inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset». Ver MOMMSEN y KRUEGER, *Corpus Iuris Civilis, Volumen Primum, Institutiones, Digesta*, 16.^a edición de KUNKEL, Ed. Weidmann, Heidelberg, reedición de 1988. La traducción de este texto corresponde a *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA-GARRIDO y BURILLO, Tomo I «Constituciones Preliminares y Libros 1-19», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968, págs. 675 y ss.

iniciar todo proceso resolutorio por impago del precio, exista o no pacto comisorio⁷. Entendemos, pese a la postura tradicional de la doctrina y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que este requerimiento no es una mera notificación de la voluntad resolutoria del vendedor que impide todo pago posterior⁸, sino un verdadero requerimiento de pago al comprador⁹. Para nosotros, el requerimiento del art. 1.504 C.c. es una *intimación* al pago, que coincide con la figura del art. 1.100 del Código, y que, como tal, provoca la constitución en mora del *emptor* y las consecuencias propias de este estado: el pago de intereses moratorios y la *perpetuatio obligationis*¹⁰.

⁷ El art. 1.656 del Código civil francés también establece este requisito del requerimiento en la resolución de compraventas de bienes inmuebles, existiendo pacto comisorio: «S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles, que, faute du payement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une **sommation**; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai.»

⁸ Tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria española han seguido en este punto la tesis de MANRESA en sus *Comentarios al Código Civil Español*, y entienden que el requerimiento es una notificación al comprador de que se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla. Como autores cabe citar a MARTÍNEZ SARRIÓN, *Repercusiones prácticas de escrituras notariales*, «Revista de Derecho Privado», 1964, páginas 183 y ss., MULLERAT BALMAÑA, *EL pacto comisorio en las compraventas de inmuebles*, «Anuario de Derecho Civil», 1971, págs. 507 y 508 y JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1.504 del Código Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 37 a 49. Las sentencias del Tribunal Supremo sobre el particular son innumerables, basta citar aquí algunas de las más recientes como la de 7 de octubre de 1991 (RA 6892), 18 de octubre de 1994 (RA 7486) o la de 26 de diciembre de 1996 (RA 9279).

⁹ Esta teoría según la cual el requerimiento del art. 1.504 C.c. es una intimación al pago cuenta con algunos apoyos doctrinales. Así, BADÍA SALILLAS, *En torno al artículo 1.504 del Código Civil: Requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor*, en «Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero», Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 44 a 47, MAGARIÑOS BLANCO, *Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía de precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles*, «RCDI», n.º 608, 1992, páginas 130 y ss. y ROVIRA JAÉN, *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995. La jurisprudencia, si bien no acepta formalmente al requerimiento como intimación al pago, sí ha admitido en alguna sentencia, como en la de 31 de diciembre de 1993 (RA 9925), el pago posterior a la formulación del requerimiento.

¹⁰ De entre los distintos argumentos que permiten sostener esta tesis, destacamos los siguientes:

1) El art.1.433 del Proyecto de 1851, precedente del actual art. 1.504 C.c., exigía expresamente la «puesta en demora por un requerimiento» y GARCÍA GOYENA en su comentario resalta que este artículo no es más que la aplicación del art. 1.007 del Proyecto, relativo a la *mora debitoris* y antecedente del vigente art. 1.100 C.c.

2) El art. 1.656 del *Code Napoléon* también hace referencia a la mora mediante requerimiento en materia de resolución de bienes inmuebles: «mis en demeure par une sommation».

3) La analogía con los arts. 1.649 y 1.650 C.c., relativos al censo enfiteútico, en los que se hace referencia a un requerimiento de pago.

4) Entender que el requerimiento del art. 1.504 es una mera notificación resolutoria que obsta a todo pago posterior implica una resolución automática y un retorno a la *Lex commissoria* romana, vulnerando por lo tanto la etiología del 1.504 C.c. y, por ende, la prohibición de pacto comisorio en nuestro Código Civil.

El art. 1.504 C.c. diseña por lo tanto un *iter resolutorio* que podemos definir como *técnico*, al aludir, a través de la figura del requerimiento, a los conceptos de mora e incumplimiento; *garantista*, ya que aumenta las posibilidades de pago del comprador, y *cogente*, no siendo posible deroarlo por pacto.

Esta *voluntas legislatoris* contraria a la resolución automática ha provocado que el pacto comisorio resulte prácticamente ineficaz. El artículo 1.504 C.c. hace ciertamente referencia al pacto de la *Lex Commissoria* pero precisamente para desvirtuarlo, para negarle toda eficacia en el tráfico jurídico¹¹. Cabe afirmar, por lo tanto, que en materia de venta de bienes inmuebles el pacto comisorio no está expresamente prohibido pero, al establecerse un régimen único e imperativo de resolución, el pacto deviene inútil.

Ha sido precisamente la Ley Hipotecaria la que ha otorgado a la llamada *cláusula resolutoria expresa* en la compraventa de bienes inmuebles una razón de ser. El art. 11 LH permite que mediante la inscripción de la condición en el Registro de la Propiedad, surta efectos, en perjuicio de tercero, la expresión del aplazamiento de pago¹². De este modo, actualmente, la resolución de una venta inmobiliaria sólo adopta carácter real y es oponible frente a terceros mediante la inscripción del pacto comisorio¹³.

Podría pensarse que la norma hipotecaria ha hecho revivir al pacto comisorio que tan anestesiado se encontraba en el Código Civil. Mas, ésta es tan sólo una mera imagen. El art. 11 LH no contradice el artículo 1.504 C.c. El precepto registral no legitima la resolución automática propia de la *Lex commissoria* romana, ni tampoco deroga el régimen legal resolutorio impuesto en el Código. La virtualidad del art. 11 LH se circunscribe a la esfera tabular y a la oponibilidad frente a terceros de una resolución realizada, eso sí, conforme a las prescripciones del Código.

¹¹ Este «contradictorio» proceder jurídico-legal (admitir una figura para, seguidamente, vaciarla de contenido) se aprecia en la Ley 486 de la Compilación Navarra. En ella se permite expresamente que las partes establezcan el pacto comisorio como pacto de resolución automática por impago del precio, si bien, precisa la ley que la resolución «sólo tendrá lugar una vez cumplido el término de un mes y un día, o el plazo mayor que se haya pactado, a contar del requerimiento fehaciente que el vendedor hiciere al comprador exigiendo el cumplimiento de la obligación».

¹² Este precepto introducido en la Reforma de 1944 puso fin al sistema vigente hasta entonces en el que toda resolución se daba en perjuicio de tercero por la mera constancia en el Registro del aplazamiento del pago y con independencia de la existencia o no de pacto comisorio.

¹³ Sobre los aspectos técnico-registrales de la inscripción de este pacto léase el artículo de GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco, *Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado*, «RCDI», n.º 613, noviembre-diciembre, 1992, págs. 2463 a 2494.

Tampoco resulta operativo el pacto comisorio en la compraventa de bienes muebles. El artículo 1.505 del Código Civil —a diferencia del 1.504 en sede de bienes inmuebles— decreta una resolución *ipso iure* de la venta de bien mueble cuando el comprador no realiza puntualmente el pago¹⁴. Sin embargo esta resolución tiene una estricta base legal y no convencional. El régimen resolutorio por incumplimiento de la obligación de pago viene impuesto, de nuevo, *ex lege*, dejando escaso margen a la autonomía de la voluntad¹⁵.

2. El comiso en el censo enfiteútico

Los artículos 1.648, 1.649 y 1.650 del C.c. parecen también estar emparentados con el pacto comisorio. En ellos se regula la figura del *comiso* en el censo enfiteútico. El comiso es aquel derecho del censalista o dueño directo, consistente en recobrar el dominio útil, y así consolidar la plena propiedad de la finca, en determinadas hipótesis de incumplimiento por el enfiteuta de sus deberes, como es la falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos¹⁶.

Existe un evidente parentesco entre el *comiso* del censo enfiteútico y el *pacto comisorio* de la compraventa. No sólo a nivel etimológico, sino también a nivel funcional. Ambos permiten la resolución de la relación jurídica por incumplimiento. El mecanismo resolutorio es, en efecto, muy similar: se otorga un derecho a una de las partes (vendedor, en un caso, y censalista en el otro) para volver al *statu quo ante* por la falta de pago de la otra parte (del precio en la compraventa, o de la pensión, en la enfiteusis)¹⁷.

¹⁴ Art. 1.505 C.c.: «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.»

¹⁵ El art. 1.505 C.c. sólo prevé el denominado «pacto de gracia» que corresponde a la ampliación del término de pago.

¹⁶ ALBADALEJO: *Derecho Civil III*, «Derecho de Bienes», Volumen segundo «Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad», Séptima edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, págs. 190 y ss.

¹⁷ El comiso en el censo enfiteútico tiene, eso sí, un ámbito más amplio que el pacto de la *Lex Commissoria* pues no se reduce a la hipótesis de falta de pago, sino que contempla las de incumplimiento de las condiciones contractuales y la de deterioro de la finca. Dice el artículo 1648 C.c.: «Caerá en comiso la finca, y el dueño directo podrá reclamar su devolución: 1.º Por falta de pago de pensión durante tres años consecutivos. 2.º Si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato o deteriora gravemente la finca.»

Por otra parte, existen similitudes en su regulación legal. El Código exige, tanto para la resolución de la compraventa, como para la petición del comiso, la formulación de un *requerimiento previo* ya sea judicial o extrajudicial¹⁸. De nuevo aparece aquí esa *voluntas legislatoris* contraria al automatismo en la resolución, estableciéndose *ex lege* el *iter* resolutorio. Tanto los artículos 1.648 y siguientes, como el art. 1.504 C.c. tienen un innegable carácter tuitivo: tratan de facilitar al deudor incumplidor la posibilidad de redimir su pena, ampliando para ello sus posibilidades de pago¹⁹.

Cabe concluir, por lo tanto, que el legislador decimonónico ha querido no sólo en las compraventas inmobiliarias sino también en los censos, reducir la fuerza que el pacto comisorio tenía en Derecho Romano, para evitar así que las partes pacten resoluciones *ipso iure* y puedan apropiarse automáticamente de bienes ajenos.

3. El pacto comisorio en los contratos de garantía

A. Prohibición del pacto comisorio

El pacto comisorio en los contratos de garantía ha sido definido como aquella cláusula, adjunta al contrato de prenda, anticresis o hipoteca, por la cual, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor, *sic et simpliciter*, es autorizado a apropiarse completa y definitivamente de la cosa mueble o inmueble objeto del contrato de garantía²⁰.

El Código Civil, en sus artículos 1.859 y 1.884, prohíbe este tipo de pactos en los contratos de prenda, hipoteca y anticresis²¹.

¹⁸ Según el art. 1.649 C.c.: «En el caso primero del artículo anterior, para que el dueño directo pueda pedir el comiso, deberá requerir de pago al enfiteuta judicialmente o por medio de Notario; y, si no paga dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, quedará expedito el derecho de aquél.»

¹⁹ Esta idea de redención como liberación del deudor a través del pago extemporáneo es explícita en el caso del censo enfiteútico. En los artículos 1.650 y 1.651 C.c. se regula la figura de la *redención del censo* en los siguientes términos: art. 1.650. «Podrá el enfiteuta librarse del comiso en todo caso, redimiendo el censo y pagando las pensiones vencidas dentro de los treinta días siguientes al requerimiento de pago o al emplazamiento de la demanda (...); art. 1.651. «La redención del censo enfiteútico consistirá en la entrega en metálico, y de una vez, al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación a menos que haya sido estipulada.»

²⁰ MAS ALCARAZ: *El pacto comisorio*, en «Estudios de Derecho Privado» dirigidos por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág.58.

²¹ El art. 1.859 C.c. establece la regla de la no apropiabilidad de lo entregado en prenda o hipoteca: «El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni dis-

B. Origen de la prohibición y evolución histórica de la figura

Se ha de remontar al Derecho romano posclásico para encontrar el origen de esta prohibición. En los Derechos quirritario y clásico el pacto era lícito y frecuente en la práctica²². Fue el Emperador Constantino quien, en su Constitución del año 320, prohibió el pacto de «*Lex Commissoria*» por el cual el deudor renunciaba, eventualmente, a reclamar la devolución de la cosa que quedaba en propiedad del acreedor como vendida por el valor de la deuda, pues a menudo se utilizaba esta cláusula para encubrir intereses ilegales bajo el excedente de precio respecto a la cuantía real de la deuda²³. Constantino sancionó así legalmente lo que

poner de ellas.» Por su parte el art. 1.884 C.c., relativo a la anticresis, alude expresamente a la nulidad del pacto comisorio: «El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.»

La supresión en el art. 1.859 de la frase «*aunque así se hubiere estipulado*» que contenía el art. 1.775 del Proyecto de 1.851 hizo vacilar, en un primer momento, a la doctrina española sobre si la prohibición del artículo era de carácter imperativo o dispositivo, es decir, si cabía o no pacto en contrario. Hoy no parecen existir dudas y tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el art. 1.859 es un precepto cogente, inderogable por la voluntad de las partes. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, BUSTOS PUECHE, *Teoría general sobre los derechos reales de garantía con especial atención al pacto comisorio*, «ADC», II, 1990, página 560. Por su parte el profesor ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, Vol. Segundo, Octava edición, Bosch editor, Barcelona, 1994, pág. 244, atribuye la supresión de esta frase a un lamentable olvido del legislador.

²² SCHULZ: *Derecho Romano Clásico*, traducido por SANTA CRUZ TEIGEIRO, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, en la pág. 396 recuerda que «La *lex commissoria* fue aplicable durante todo el período clásico, a pesar de lo muy rigurosa que resultaba para el deudor». IRURZÚN GOICOA, op. cit., pág.32, contempla dos razones que abonan la licitud del pacto en el derecho romano clásico, «...una ética, y otra, jurídica. A la moral, más bien utilitaria de la época, no repugnaba que la prenda, de valor muy superior al importe del débito, pasase, incumplido éste, en plena propiedad al acreedor, perdiendo el deudor la hyperocha (diferencia de valor existente entre el precio justo de la cosa y el importe del crédito garantizado). Jurídicamente, de un lado, se consideraba que el deudor era libre de aceptar o no el pacto, pero si lo consentía, quedaba vinculado a él, sin que pudiese investigarse las condiciones de libertad o de necesidad en que se hallase. Por otra parte, la licitud quedaba abonada por su entronque con la fiducia».

²³ D'ORS: *Derecho Privado Romano*, Octava edición revisada, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, pág. 468. Codex Theodosianus 3, 2, 1. Dicha prohibición fue recogida en el Código de Justiniano (8, 34, 3): «El Emperador CONSTANTINO, Augusto, al pueblo. Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados los hechos presentes, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron. Dada en Sárdica a 2 de las Calendas de Febrero, bajo el sexto consulado de CONSTANTINO, Augusto, y el de CONSTANTINO, César. [320]». Fuente: GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Segunda Parte. Código*, Tomo II, Barcelona, 1895, págs. 352 y ss.

ya resultaba de la conciencia religiosa y moral imperante en aquella época, fuertemente influenciada por el cristianismo²⁴. Justiniano, sin embargo, toleró el *pacto marciano*, eso es pacto comisorio reducido al «justo precio» de la cosa pignorada²⁵.

La proscripción del pacto comisorio perduró en el Derecho intermedio²⁶ y fue recogida por los modernos Códigos civiles europeos²⁷. El Proyecto de Código civil español de 1851 estableció en su art. 1.775 «El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella aunque así se hubiese estipulado...» e hizo extensible esta disposición a la hipoteca en el art. 1.806. El Código civil de 1889, fiel a esta tradición histórica, mostró su repugnancia por la figura.

A la luz de lo expuesto, se puede afirmar, como señala MAS ALCARAZ²⁸, que la historia del pacto comisorio en los contratos de garantía es «la historia de su prohibición».

C. Fundamento de la prohibición en los contratos de garantía

Esta constante histórica, contraria al pacto comisorio en el ámbito de los derechos reales de garantía, ha sido justificada por diversas teorías doctrinales²⁹. Para algunos autores, el fundamento radica en **razones**

²⁴ IRURZÚN GOICOA, op.cit., pág. 33.

²⁵ Digesto 20, 1, 16, 9: «Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonio Caracala. (Marcian., ad form. hypoth.)». Fuente: *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968. El nombre de este pacto se debe a que así se denominaba el jurisconsulto a quien iba dirigida la consulta contenida en el texto citado del Digesto.

²⁶ Partida V, Título XIII, Ley 12: «(...) E por ende dezimos, que si algun ome empeñas-se su cosa a otro, atal pleyto, diziendo assi, si vos non quitare este peño, fasta tal dia, otorgo que sea vuestro den a delante, por esto que me prestaes, o que sea vuestro comprado, que a tal pleyto como este non deue valer. Ca si atal postura valiesse, non querrian los omes rescebir de otra guisa los peños, e vernia por ende muy grande daño a la tierra, porque quando algunos estuviessen muy cuitados, empeñarían las cosas, por quanto quier que les diesse, sobre ellas, e perder las yan, por tal postura como esta. (...)».

²⁷ El art. 2.078 párrafo 2.º del *Code Napoléon* sólo hace referencia al pacto comisorio en la prenda: «*Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle*». El BGB alemán prohíbe el pacto comisorio tanto respecto a la hipoteca (§ 1.149), como respecto a la prenda (§ 1.229). El Código italiano de 1942 también proscribió el pacto en el art. 1.963 relativo a la anticresis, y en el art. 2.744 respecto a la hipoteca y a la prenda.

²⁸ MAS ALCARAZ, *El pacto comisorio*, op.cit., pág.58.

²⁹ Tanto MAS ALCARAZ como IRURZÚN GOICOA, en sus respectivos trabajos, citados en notas anteriores, realizan una sistematización de las distintas teorías formuladas, principal-

estrictamente económicas y concretamente en el principio de «no enriquecimiento injusto»: se trata de evitar que el acreedor se apropie de un bien cuyo valor es, casi siempre, netamente superior al del crédito garantizado, beneficiándose así de la llamada *hyperocha*³⁰. Otros en cambio, inciden en la **vertiente procesal** del problema. El pacto comisorio está proscrito porque desnaturaliza las formas de garantía previstas en la ley y porque, al permitir la apropiación privada del bien, desvirtúa el principio que confiere al Estado poder exclusivo en materia de ejecución. Según esta corriente doctrinal, si el acreedor quiere realizar su derecho ha de someterse a un procedimiento previsto por la ley, siendo inválida toda forma de ejecución privada de la obligación. En definitiva la prohibición del pacto comisorio no es más que la manifestación del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor³¹. Un nuevo elemento en favor del fundamento procesal de la proscripción comisorio lo aporta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 (ponente: Sr. Almagro Nosete). En ella se deroga el ar-

mente por autores italianos, respecto a la *ratio* de la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía. En síntesis, las diversas razones propuestas, son: a) Tutelar jurídicamente al deudor de su sujeción a los abusos y coacción del acreedor. b) Tutelar económicamente al deudor, evitando que éste se vea privado de la *hyperocha* (diferencia de valor entre la cosa que pierde el deudor y el importe de su obligación). c) Tutelar a los acreedores, pues el pacto disminuye la solvencia del deudor y puede perjudicar a aquéllos. d) Evitar un enriquecimiento injusto del acreedor, que coincide con el valor de la *hyperocha*. e) Por constituir un negocio inmoral, contrario a las buenas costumbres. f) Por no desnaturalizar determinadas formas de garantía (prenda, hipoteca y anticresis) que la ley considera como más perfectas.

³⁰ Así, por ejemplo, FELIÚ REY, en su monografía *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 66 a 88 —en la que realiza un análisis exhaustivo y crítico de la diversas teorías formuladas tanto por la doctrina española como por la italiana, en torno al fundamento de la prohibición del pacto comisorio— entiende que el origen de la proscripción está ligado a la prohibición del mutuo retribuido y a la represión de la usura. Con el tiempo, dado que la usura tuvo una regulación expresa, la prohibición encontró su fundamento en los principios de *proporcionalidad*, *tutela de la parte contratante más débil* y *no enriquecimiento injusto*, y, más recientemente en la noción de *protección del interés general*.

³¹ Esta es la postura mantenida por BUSTOS PUECHE, *Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio*, «ADC», 1990, II, pág. 563 y ss. ÁVILA NAVARRO en *Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria*, «RCDI», n.º 625, noviembre-diciembre, 1994, pág. 2611, también considera que el pacto comisorio está prohibido por ser «contrario al orden público, en cuanto pretende eludir las normas procesales de ejecución de los derechos reales de garantía, todas ellas de carácter imperativo y de orden público». En Italia, como defensor de la teoría procesalista, cabe citar a ENRIETTI, *Patto commissorio ex intervallo*, «Rivista di Diritto Privato», I, 1939, página 32. Para este autor el pacto comisorio «e un patto quindi che tende a derogare a due principi fondamentali del nostro ordinamento processuale civile, e, como e noto, tale ordinamento appartiene al diritto pubblico in quanto regola un'attività pubblica (...) Il patto è nullo perchè con esso il debitore si sottomette ad una esecuzione privata, cioè senza l'intervento degli organi dello Stato.»

título 129.2 de la Ley Hipotecaria, relativo al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, por constituir un precedente de defensa privada y ser contrario a la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción estatal (art. 117.3 Constitución Española)³².

D. Extensión de la prohibición

Son varios los autores que se han planteado la extensión de la prohibición contenida en los arts. 1.859 y 1.884 del Código Civil a supuestos controvertidos de pacto comisorio³³.

Así, se consideran proscritos tanto el *pacto comisorio con el fiador*, aquella convención estipulada entre fiador y deudor por la cual éste se obliga, para el caso de incumplir su obligación, a transferir a aquél la propiedad de la cosa dada en garantía, en pago del crédito satisfecho por el fiador, como el *pacto comisorio impropio* por el cual se atribuye al acreedor no pagado el derecho de apropiarse de una cosa determinada del deudor, distinta de la que está sujeta en garantía.

Por contra el denominado *pacto marciano*³⁴ en el que deudor y acreedor convienen que si al vencimiento de la obligación el primero no paga, la propiedad de la cosa sujeta en garantía pasa al acreedor *previa justa estimación*, sí es admitido por la mayoría de la doctrina, pues se garantiza la conmutatividad y equilibrio de las prestaciones³⁵.

³² F. J. CUARTO: «(...)Tampoco puede sostenerse —como continúa diciendo el preámbulo de dicha disposición (RD 290/1992 de 27 Mar.) que “la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado” pues este precedente de autoejecución se asemeja a la defensa privada justamente proscrita por la intervención de los Tribunales de Justicia. Este “derecho privado” que pugna con los principios de las sociedades de civilización desarrollada, no puede mezclarse con el “derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada”, que, así dicho, sin matizaciones, puede confundirse con el prohibido pacto comisorio (...)».

³³ Analizan estos supuestos MAS, IRURZÚN y BUSTOS PUECHE en las obras citadas anteriormente, págs. 71 y ss., 44 y ss. y 564 y ss., respectivamente.

³⁴ Ver nota n.º 25.

³⁵ La doctrina actual se muestra en general abierta al pacto marciano siempre y cuando se establezcan medios objetivos y seguros de evaluación del valor de la cosa, como puede ser la utilización de peritos: DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS en *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 5.ª edición, 4.ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 499 y ss., ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, Vol. Segundo, op. cit., pág. 246, FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, op. cit., pág. 90 a 95. Existen otros autores, sin embargo, que son contrarios a la admisión de la figura. BUSTOS PUECHE, por ejemplo, opina, en *Teoría General sobre los derechos reales de garantía con especial atención al pacto comisorio*, op. cit., pág. 566 y ss., «la inobservancia del procedimiento legal establecido para ejecutar las garantías reales tiñe de ilicitud cualquier modalidad de pacto comisorio en sentido propio».

Mayor controversia plantea el *pacto comisorio «ex intervallo»*, eso es, aquél convenido con posterioridad a la concesión del crédito pero antes de su vencimiento. Por lo que respeta al derecho comparado, en Italia, Suiza y Portugal está proscrito³⁶. El BGB alemán lo admite en cierto modo, siempre y cuando se estipule con posterioridad al vencimiento del crédito³⁷. En España la falta de una disposición prohibitiva expresa sobre esta concreta figura ha generado la existencia de posiciones doctrinales enfrentadas. Mientras algunos autores admiten el pacto comisorio *ex intervallo*, incluso convenido antes del incumplimiento³⁸, otros lo rechazan por las mismas razones que fundamentan la proscripción del pacto comisorio en general³⁹. Cabe retener aquí la postura de FELIÚ REY consistente en que tal pacto sea admitido *ad casum* siempre y cuando no se vulnere el principio de proporcionalidad entre el valor de lo entregado y lo adeudado, y se respeten los intereses de los terceros⁴⁰.

Más problemático resulta determinar si existe o no violación de la prohibición del pacto comisorio en los supuestos de pacto comisorio oculto, así, por ejemplo, en la *compraventa con fin de garantía*. Se trata de aquella compraventa con pacto de retro que encubre y garantiza un mutuo. El supuesto tipo es el siguiente: el prestatario «vende» al prestamista su finca por el importe exacto de la cantidad recibida a título de mutuo, reservándose el «derecho» a retraerla en un plazo determinado que coincide con el vencimiento del préstamo. Si el vendedor-prestata-

³⁶ Ya ENRIETTI en 1939, op. cit., concluía en su artículo la necesaria nulidad de este pacto, de igual modo que el estipulado *«in continenti»* y por las mismas razones. La postura de este autor, respecto al pacto *ex intervallo* es la que acoge el apartado último del art. 2.744 del «Codice Civile» italiano de 1942, precepto relativo al *Divietto del patto commissorio*: «Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno». También recogen esta prohibición el art. 894 del Código de Obligaciones suizo y el art. 694 del Código Civil portugués de 1966.

³⁷ La interpretación conjunta de los párrafos 1228 y 1229 del BGB alemán, permite deducir la admisibilidad de la figura en ese ordenamiento.

³⁸ GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil*, T. XXIII, Edersa, Madrid, 1979, página 371. ALBALADEJO, op. cit., pág. 247, admite sin lugar a dudas el pacto comisorio convenido tras el incumplimiento de la obligación. Más cauto se muestra, sin embargo, respecto a la validez del pacto celebrado antes del incumplimiento, pues, si bien esgrime argumentos a favor de ella, contempla también algunas razones para su prohibición como es el riesgo de simulación (que los documentos estén otorgados realmente a la vez pero con distintas fechas).

³⁹ Díez PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, op. cit., pág. 500, consideran que aunque el deudor al pactarlo haya dejado de estar en una situación angustiosa, el pacto resulta perjudicial para los demás acreedores. También rechazan el pacto comisorio *ex intervallo* IRURZUN, op. cit., pág. 63 y MAS ALCARAZ, op. cit., pág. 63.

⁴⁰ FELIÚ REY, MANUEL IGNACIO: *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, op. cit., págs. 103 a 105.

rio incumple su obligación de devolver la cantidad recibida, el comprador-prestamista adquiere definitivamente la cosa, cuyo valor es siempre muy superior al importe del préstamo. De esta forma, el acreedor hace suya la cosa ofrecida en garantía, al margen del procedimiento legal de realización de las garantías. Este es el resultado que precisamente se quiere evitar con la prohibición del pacto comisorio en los arts. 1.859 y 1.884 C.c. Sin embargo, la doctrina española ha considerado tradicionalmente que la venta con fin de garantía, tan frecuente en la práctica, no violaba la prohibición del comiso al estar ésta limitada al ámbito de los derechos de garantía típicos⁴¹. No obstante algunos autores han levantado sus voces en contra de la licitud de este negocio, bien por considerar que oculta un pacto comisorio, bien por estimarlo como un negocio simulado⁴².

La jurisprudencia se ha planteado la licitud de la denominada *opción en garantía*, eso es, la constitución sobre un bien inmueble de una garantía que consista en atribuir al acreedor la facultad de adquirirlo (derecho de opción) en el caso de que el deudor no cumpla a su tiempo con la obligación garantizada, estableciéndose como precio de la compra la cantidad debida. La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado contraria a la inscripción de esta figura al alcanzarle la prohibición de pacto comisorio⁴³.

⁴¹ SAPENA TOMÁS, *Actualidad de la «fiducia cum creditore»*, «Revista de Derecho Notarial», XVII-XVIII, julio-septiembre 1957, págs.125-212.

⁴² MAS ALCARAZ, op. cit., pág. 78, ya recomendó configurar el derecho del acreedor (comprador) en caso de impago de su crédito en el plazo convenido no como un derecho de apropiación definitiva, sino como un derecho de realización del valor de la finca vendida destinando el precio obtenido al pago de su crédito y restituyendo el sobrante al deudor. Al reconducir la figura, en fase de ejecución, al cauce de las garantías típicas se evita todo pacto comisorio. BUSTOS PUECHE, op. cit., pág. 570 cree que la compraventa con fin de garantía, más que un supuesto de pacto comisorio oculto, es un caso de simulación relativa al faltar la causa de la compraventa. En un sentido similar se pronuncia la DGRN en su Resolución de 18 de octubre de 1994:«Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado».

⁴³ Así las RDGRN de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 5 de mayo y 22 de mayo de 1992. FELIÚ REY, en *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, advierte que la Jurisprudencia prohibitiva de la DGRN contrasta con la del Tribunal Supremo, que en varias sentencias, al tratar de la opción en garantía, elude toda referencia al pacto comisorio y parece admitir ese tipo de opción si no se da un desequilibrio económico entre las partes. Esta diversidad de criterios se debe, según el autor, a la distinta función que realizan Registradores y Jueces. Sin embargo, FELIÚ, op. cit., pág. 160, se muestra partidario de admitir la opción en garantía, tanto en el estadio de su calificación registral como en el de aplicación del Derecho al caso concreto, cuando se garantice el principio de proporcionalidad de las prestaciones, eso es, cuando se trate de un pacto mar-

Un supuesto de rigurosa actualidad que también es susceptible de encubrir un pacto comisorio es el del *lease-back*⁴⁴. Esta figura consiste en una inicial venta por parte del futuro arrendatario financiero, necesidad de financiación, a la empresa de *leasing* de un bien, por precio inferior al del valor de mercado. Posteriormente se formaliza el contrato de *leasing*⁴⁵ entre la empresa de *leasing* y el arrendatario financiero. Si se pacta que el incumplimiento del arrendatario da lugar a la resolución, reteniendo la empresa arrendadora la propiedad del bien, estamos claramente ante una figura comisorio⁴⁶.

II. HACIA UNA POSIBLE UNIDAD CONCEPTUAL

1. Aproximación etimológica

Conviene detenerse un momento en el origen de las dos palabras por las que se denomina la institución objeto de este estudio. Ambas tienen raíz latina y están fuertemente vinculadas al Derecho romano.

«Pacto» proviene de la palabra *pactum*. En su sentido originario y técnico, *pactum* es el acuerdo encaminado a eliminar total o parcialmente la acción. En relación sustancial con la *transactio*, *pactum* significa la renuncia, gratuitamente o mediante compensación a la persecución judicial de un derecho. Sin embargo, en el lenguaje común, *pactum* equivalía a un acuerdo caracterizado por su eficacia procesal negativa. El *nudum pactum*, incapaz de producir acción se contraponía así a la *stipulatio*. A menudo los juristas daban el nombre de *pactum* a cláusulas acce-

⁴⁴ FELIÚ REY, *Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de lease-back o leasing de retorno*, «Actualidad Civil», 1994, n.º 23, págs. 429 a 435. Sobre el leasing inmobiliario ver PETIT SEGURA, *El leasing inmobiliario*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 1990, GARCÍA SOLÉ, *Problemática actual del leasing inmobiliario*, «Actualidad Civil», n.º 8, 1994, páginas 133 a 157.

⁴⁵ El Leasing o Arrendamiento financiero es definido en la Disposición Adicional séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988 como «Aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de Arrendamiento Financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario.»

⁴⁶ ÁVILA NAVARRO, op. cit., pág. 2614, refiriéndose a la figura del *lease back* comenta: «En el fondo todo se produce como un préstamo de la empresa al arrendatario, transmisión de la finca en garantía, y adquisición definitiva de la finca por el prestamista ante el incumplimiento del prestatario.»

sorias encaminadas a modificar el contenido normal de una relación obligatoria⁴⁷. No se ha de olvidar, empero, que en Roma el pacto comisorio como institución jurídica recibió el nombre de *Lex commissoria* y no el de *pactum*. Pero, como advierte MAYNZ⁴⁸, *lex* es en esta locución sinónimo de *pactum* y significa una convención establecida entre las partes y, por consiguiente, obligatoria entre ellas.

«Comisorio» viene de «*committere*». Este verbo tenía diversas acepciones⁴⁹. La doctrina coincide en interpretarlo en el sentido de «*incurrir en una pena, en una pérdida, en virtud de un acto indebidamente hecho o dejado de hacer*»⁵⁰. Éste es sin duda el significado del comiso en derecho romano fiscal. En virtud del comiso el Fisco y los Publicianos adquirirían de pleno derecho los objetos que se intentaban pasar u ocultar sin el pago de los impuestos correspondientes⁵¹. El *commissum* era, en definitiva, la pena que se imponía al delito de fraude.

2. Aproximación histórica

Con el nombre de *Lex commissoria* se hacía referencia tanto al pacto agregado a la compraventa por el cual se tenía por no celebrado el contrato cuando el comprador deja de pagar el precio dentro del tiempo señalado⁵², como al convenio que otorgaba al acreedor la facultad de cobrarse con la cosa pignorada en el caso de no ser pagada la deuda⁵³.

⁴⁷ IGLESIAS en *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 12.ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1993, páginas 403 a 405.

⁴⁸ MAYNZ: *Derecho Romano*, Tomo II, traducido por Antonio JOSÉ POU Y ORDINAS, JAIME MOLINAS Editor, Barcelona, 1887, pág. 403.

⁴⁹ GAFFIOT: *Dictionnaire abrégé Latin-Français illustré*, Librairie Hachette, Paris, 1936. En la voz *committere* se señalan, en síntesis, las siguientes acepciones (la traducción del francés es propia de la autora): 1- unir, 2- comparar, 3- ejecutar, empezar, 4-hacerse culpable de, cometer un crimen, 5- dejar realizar algo, 6- abandonar.

⁵⁰ En este sentido se manifiesta MAYNZ, op. cit., pág.403, y le siguen RUIZ MARTÍNEZ en *Precio aplazado*, «RCDI», n.º 245, octubre 1948, pág. 608 y MÜLLERAT BALMAÑA en *El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles*, «ADC», 1971, pág. 482.

⁵¹ RUIZ MARTÍNEZ, *Precio Aplazado*, op. cit., pág.608.

⁵² Digesto 18, 3, 2, «si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit».

⁵³ BURDESE en su monografía *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Ed. Giappichelli, Torino, 1949, pág. 10, advierte de la escasez de referencias sobre la *Lex commissoria* en el ámbito de las garantías reales: «La compilazione giustiniana non reca tracce dirette della lex commissoria nell'ambito delle garanzie reali per la duplice ragione che l'istituto fiduciario è scomparso nel mondo bizantino, mentre vige il divieto sancito da Costantino nei confronti dal patto commissorio pignorativo. Al di fuori del Corpus iuris l'unico accenno alla commissoria fiduciaria è costituito dalla rubrica delle Pauli Sententiae II, 13 (De lege commissoria), posta a metà di una sintetica trattazione della fiducia cum creditore: questa circostanza fornisce già una prova, per quanto assai tenue data la scarsa

Esta doble utilización de la *lex commissoria* ha confundido a los romanistas. ARNALDO BISCARDI en un estudio de los años sesenta⁵⁴ se planteó la posibilidad de que las dos *Lex commissoria* fueran en realidad la aplicación, en distintos ámbitos, de un mismo instituto. Según él, esta estipulación contractual fue denominada *commissoria* porque se trataba de una cláusula que adquiriría eficacia y devenía ejecutiva, o bien porque suponía una sanción al incumplimiento contractual y por lo tanto su aplicación dependía del presupuesto de un acto ilícito del comprador (*commissum*)⁵⁵. Sin embargo, del análisis comparativo del pacto comisorio en el ámbito de la compraventa y en el de las garantías, se deduce que resulta más convincente contemplar la *lex commissoria* como una sanción.

Por su parte BURDESE apunta un posible denominador común en el origen de los dos pactos comisorios: ambos se manifiestan como un condicionamiento suspensivo de la obligación de restituir, supeditada, al pago del precio, en la compraventa, o al cumplimiento del débito en la fiducia⁵⁶. Sin embargo, como señala el propio autor, la jurisprudencia romana, a partir del siglo II, cambió su concepción de la *lex commissoria* en la compraventa: ésta dejó de considerarse como una condición suspensiva y pasó a contemplarse como un pacto de resolución anexo a una compraventa pura⁵⁷. Utilizando una terminología actual podría decirse que la *lex commissoria* acabó siendo interpretada como una condición resolutoria y no como una condición suspensiva⁵⁸. Esta distinción no está exenta de consecuencias prácticas. En efecto, como señala BISCARDI⁵⁹, si

attendibilità delle rubriche paoline, della stretta connessione, sussistente ancora in epoca avanzata, tra il patto commissorio, ed il negozio fiduciario a scopo pignotativo».

⁵⁴ BISCARDI: *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, en «Studi in onore di Emilio Betti», vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1962, págs. 575 a 589. «Sicché val forse la pena di verificare se, ad onta della communis opinio, divenuta ormai traslaticia, le due leges commissoriae, di cui parla —senza metterle in relazione— la dottrina, non siano per avventura applicazioni di un medesimo istituto».

⁵⁵ BISCARDI: op. cit., pág. 576.

⁵⁶ BURDESE: op. cit., pág. 12.

⁵⁷ BISCARDI: op. cit., pág. 577, hace referencia también a esta dualidad de concepciones y cita a los defensores de las distintas teorías: «Nella definizione della *lex commissoria* —come pure delle altre clausole accessorie della compravendita con finalità analoghe (in diem addictio, pactum displicentiae, etc.)— la giurisprudenza classica oscilla, nonostante qualche giustificabilissima incertezza dogmatica, fra i due poli dell'emptio conditionalis e dell'emptio pura con patto annesso di risoluzione. [...] La prima tesi corrisponde al pensiero di Sabino (D. 41, 4, 2, 2-3) ed è la più antica; la seconda, affacciata forse per la prima volta dal proculiano Nerazio Prisco (D. 18,3, 5; cfr. D. eod. 4, 1), sembra sia quella che prevalse: »et magis est —scrive Ulpiano nel 1.28 ad Sabinum, D. 18, 3, 1— ut sub conditione resolvitur emptio quam sub conditione contrahi videatur».

⁵⁸ En derecho romano la condición propiamente dicha era la suspensiva, siendo desconocido el término de condición resolutoria.

⁵⁹ BISCARDI: op. cit., pág. 578.

la compraventa está sometida a condición suspensiva el comprador no posee la cosa *ad usucapionem*, no hace suyos los frutos y no soporta el riesgo de la cosa comprada. Por contra, si se considera al pacto comisorio como condición resolutoria el comprador comienza a usucapir por título *pro emptore* desde el momento en que entra en la posesión de la cosa, hace suyos los frutos y debe pagar el precio aunque la cosa perezca.

Como puede advertir el lector, la cuestión relativa al origen o fundamento común en el Derecho romano de la *Lex commissoria* en la compraventa y en los derechos reales de garantía permanece todavía en una nebulosa⁶⁰. La escasez de disposiciones relativas a esta figura en el ámbito de la prenda y de la fiducia y la disparidad de tesis respecto a la naturaleza del pacto comisorio en la compraventa no hacen más que aumentar los múltiples interrogantes respecto a esta institución.

Del estudio realizado en este apartado tan sólo cabe deducir dos puntos comunes entre los dos pactos comisorios: ambos son considerados como una **sanción** del incumplimiento y ambos tienen una **naturaleza condicional** (ora suspensiva, ora resolutoria) pues su aplicación se sujeta a la verificación de un determinado hecho.

3. Aproximación teleológica

Mediante esta expresión nos referimos al análisis de la *voluntas legislatoris* en los distintos preceptos del Código Civil en los que se hace alusión al pacto comisorio. De lo expuesto en el apartado en el que se trataron las diversas manifestaciones del pacto comisorio en nuestro Código, cabe concluir que existe una voluntad constante por parte del legislador, más o menos expresa, de desvirtuar tal pacto tanto en las compraventas, como en los censos, como en los contratos de garantía. En unos casos lo hace decretando su nulidad (en sede de garantías reales), en otros, restándole su eficacia (compraventa de inmuebles y censo enfiteútico), al impedir todo automatismo.

¿Cuál es la *ratio* que justifica ese rechazo general del Código a toda manifestación del pacto comisorio? De las teorías citadas entorno al

⁶⁰ IRURZÚN GOICOA, op. cit., pág. 3, expone su perplejidad: «No se comprende bien, por tanto, cómo dos figuras tan distintas pudieron ser denominadas con el mismo apelativo: pacto comisorio. Es cierto que en ambos casos se trata de arbitrar un remedio para el caso de incumplimiento, de «violación de pacto», pero el remedio tiene diversa finalidad y actúa a través de un mecanismo distinto en cada caso. La tradición histórica nos brinda una explicación que hoy no creemos convincente, que es la de configurarlas como manifestaciones de una venta condicional.»

fundamento de la prohibición del pacto comisorio en los contratos de garantía, aquélla que se centraba en el aspecto económico, eso es, en la injusta apropiación de la *hyperocha*, no es de recibo como fundamento general de la proscripción comisorio en el Código pues no permite justificar la erradicación del pacto en otros ámbitos como son la compraventa y los censos. En efecto cuando el vendedor se apropia del bien vendido ante la falta de pago del comprador no se plantea ningún desequilibrio prestacional, antes bien, el equilibrio es restablecido mediante la devolución de lo entregado.

El fundamento genérico de la inoperatividad del pacto reside, a nuestro entender, en razones estrictamente procesales y casi, podría decirse, de orden público. La ley exige, a la hora de la ejecución de garantías —y el pacto comisorio es una de ellas⁶¹— el seguimiento de unas formalidades procedimentales. Así, por ejemplo, la formulación de un requerimiento en la resolución de ventas de inmuebles y en el comiso de los censos, o, en el caso de los contratos de garantía, la realización de valor realizada conforme a las prescripciones legales. El rigor formalista de la ley no es, sin embargo, un fin en sí mismo, sino un medio para evitar aquello que el legislador rechaza: la autotutela privada y la realización arbitraria del propio derecho⁶².

4. Aproximación conforme a la realidad socio-jurídica actual.

La animadversión del Código Civil hacia la figura del pacto comisorio —por ser un pacto de apropiación de bienes que burla los requisitos procedimentales y que permite la autotutela privada perjudicando la posición del deudor— puede apreciarse en el contexto socio-jurídico actual.

Por una parte, la Constitución de 1978, en su art. 24, otorga al «Derecho al Proceso» la categoría de Derecho Fundamental pues se entiende que el respeto de las formalidades procedimentales constituye, *per se*, una garantía para los particulares. Por otra parte, las leyes civiles post-

⁶¹ En efecto, el pacto comisorio constituye una garantía: para el acreedor prendario o hipotecario la de ver satisfecho su crédito, y para el vendedor en la compraventa y el dueño directo en el censo enfiteútico la de recuperar el bien entregado.

⁶² Esta interpretación de la proscripción comisorio encuentra un nuevo apoyo en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 (Ponente: Sr. ALMAGRO NOSETTE) por la que se deroga el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Ver nota n.º 32.

constitucionales se caracterizan por una ferviente protección del consumidor y por la proscripción de todo abuso contractual⁶³. Así, la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, estableció la prohibición de las *cláusulas abusivas*, concepto que ha sido desarrollado en la reciente Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación⁶⁴.

El legislador penal actual también se muestra contrario a la realización arbitraria del propio derecho y a la actuación fuera de las vías legales y lo considera delito cuando se emplea violencia, intimidación o fuerza en las cosas⁶⁵.

III. CONSIDERACIÓN FINAL: LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

El pacto comisorio rechazado por nuestro ordenamiento puede definirse como aquella convención en virtud de la cual se permite a una de las partes apropiarse, automáticamente y sin someterse al juicio de ningún tercero y a ninguna formalidad legal, de un bien de la otra como sanción al incumplimiento de su obligación.

Este pacto, que proviene del Derecho romano donde desarrolló una importante función de garantía para el vendedor en la compraventa y

⁶³ Esta tendencia protectora de las leyes actuales responde al mandato de la Constitución Española de 1978 cuyo art. 51.1 establece: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.» Sobre la relación entre la Constitución española y la legislación protectora del consumidor, HERNÁNDEZ MORENO y MOLL DE ALBA, *Evolución del Derecho del Consumo en España*, Actas del Congreso «La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo», Salerno-Fisciano, 1994.

⁶⁴ El art. 8 de la Ley 7/1998 declara la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas. En la Disposición Adicional Primera de esta ley se modifica la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Se introduce, entre otras modificaciones, el art. 10 bis en el que se definen las cláusulas abusivas como «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» y también se añade una Disposición adicional primera en la que se establece un listado abierto de cláusulas abusivas.

⁶⁵ Art. 455 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal: *De la realización arbitraria del propio derecho*. El Código penal vigente también castiga la *Apropiación indebida* en los arts. 252 a 254. El supuesto que más interesa a este estudio es el previsto en el art. 252: «Serán castigados (...) los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido (...)».

para el acreedor en la fiducia, recibe un trato desfavorable en el sistema jurídico actual. Por una parte, el Código Civil rechaza implícita o explícitamente toda manifestación del pacto comisorio en las relaciones jurídicas, prohibiéndolo en el art. 1.859 y 1.884 y desvirtuándolo en el artículo 1.504. Por otra parte, las modernas leyes civiles son contrarias a la etiología del pacto comisorio en su sentido romano. En la actualidad, el legislador no está tan preocupado en proteger a los vendedores y a los acreedores —que ya disponen de instrumentos legales de garantía— sino precisamente en defender los intereses del protagonista de nuestra vida moderna, el *consumidor*, al ser considerado la parte más débil en las operaciones contractuales que, en nuestra época, se suelen realizar «*en masa*».

El fundamento de la prohibición del pacto comisorio radica en el rechazo del legislador a la autotutela privada y a la realización arbitraria del propio derecho. En efecto, en un Estado de Derecho, el respeto de las formalidades de los procedimientos establecidos por la ley constituye una de las mejores garantías para el deudor.

A la vista de este régimen legal, cabe concluir que la prohibición del pacto comisorio en nuestro ordenamiento jurídico no corresponde tanto a una única norma jurídica, como a un principio general del derecho que se induce de las distintas disposiciones analizadas en este estudio⁶⁶. Tal principio podría formularse como el principio de *no apropiación automática de los bienes*, o bien como el de *no autotutela privada*.

Considerar la prohibición del pacto comisorio como un principio general del derecho, ofrece dos ventajas relevantes a la hora de su aplicación: la generalidad y la relatividad. Los principios, a diferencia de las normas, carecen de determinación fáctica, y, por lo tanto, resultan aplicables a distintos supuestos. De este modo se explica, que la prohibición del pacto comisorio, concebida como un principio, no se limite al ámbito de las garantías reales sino que afecte a todas las manifestaciones de

⁶⁶ La diferencia entre normas o reglas de derecho y principios es un tema que ha interesado particularmente a los teóricos del Derecho, motivados, a menudo, por la superación del positivismo jurídico. Sobre esta materia, ver singularmente las obras de DWORKIN, *Los derechos en serio*, (1977), trad. de Guastavino, 2.ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, páginas 73 a 80; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de GARZÓN, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, 1995. Para un análisis crítico de la distinción entre reglas y principios en España ver: PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992 y *Diez argumentos a propósito de los principios*, «Jueces para la Democracia», n.º 26, 1996, págs. 41 a 49, CARRASCO PERERA, *La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica*, «Revista de Derecho Privado», diciembre, 1996, págs. 899 y ss.

pacto comisorio. Por otra parte, los principios se caracterizan por la noción de «peso» o de «importancia»: ante una colisión de principios, es preferido aquél que el intérprete del derecho considere que tiene mayor peso según las circunstancias del caso concreto. Por eso, el principio de *no apropiación automática de los bienes* no tiene un valor absoluto, sino que puede colisionar con otros principios como el de economía procesal o el de agilidad del tráfico y ser relegado en favor de éstos últimos. Este razonamiento permite justificar la aceptación en la práctica jurídica de algunos supuestos de opción en garantía o de dación en pago en los que la posible infracción de la prohibición comisorio se salva por la utilidad y eficacia de estas figuras en el tráfico jurídico.

Quizás se considere que concebir la prohibición del pacto comisorio como principio de nuestro ordenamiento, supone otorgar un papel excesivamente preponderante al intérprete pues, en cierto modo, se legitima su función creadora del derecho⁶⁷. Mas, esto, siempre y cuando se adopten las debidas precauciones y se evite todo abuso de poder, no ha de suponer ningún peligro sino más bien una ayuda para la solución de los complejos casos que ofrece la realidad jurídica que a menudo, pese a la *inflación normativa* de la que somos víctimas, no encuentran regulación legal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, Volumen segundo «Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad», Octava edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- ALEXY, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, (1986), trad. de GARZÓN, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ÁVILA NAVARRO, PEDRO: *Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria*, «RCDI», n.º 625, noviembre-diciembre, 1994, páginas 2581 a 2617.
- BADÍA SALILLAS, ÁNGEL: *En torno al artículo 1.504 del Código Civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor*, «Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero», Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 41 a 66.
- BISCARDI, ARNOLDO: *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, «Studi in onore di Emilio Betti», Vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1962, págs. 575 a 589.

⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, *Diez argumentos a propósito de los principios*, op. cit., pág. 42: «Los principios generales del Derecho, al igual que el muy cercano argumento analógico, constituyen, pues, un caso de creación de Derecho en sede interpretativa.»

- BORDESE, ALBERTO: *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Ed. Giappichelli, Torino, 1949.
- BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: *Teoría general sobre los derechos reales de garantía con especial atención al pacto comisorio*, «Anuario de Derecho Civil», II, 1990, págs. 539 a 572.
- CAPITANT, HENRI: *De la cause des obligations*, Dalloz, Paris, 1924, págs. 110 y ss.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL: *La accesión invertida: un modelo de argumentación jurídica*, «Revista de Derecho Privado», diciembre, 1996, págs. 886 y ss.
- DÍEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 5.ª edición, 4.ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- D'ORS, ÁLVARO: *Derecho Privado Romano*, Octava edición revisada, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.
- D'ORS, ÁLVARO junto con HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA-GARRIDO y BURILLO: *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, «Constituciones Preliminares y Libros 1-19», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.
- DWORKIN, RONALD: *Los derechos en serio*, (1977), trad. M. Guastavino, 2.ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.
- ENRIETTI: *Patto commissorio ex intervallo*, «Rivista di Diritto Privato», I, 1939, páginas 21 y ss.
- FELIÚ REY, MANUEL IGNACIO: *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- *Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de lease-back o leasing de retorno*, «Actualidad Civil», 1994, n.º 23, págs. 429 a 435.
- GAFFIOT, FÉLIX: *Dictionnaire abrégé Latin-Français illustré*, Librairie Hachette, Paris, 1936.
- GARCÍA DEL CORRAL, ILDEFONSO: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Segunda Parte. Código*, Tomo II, Barcelona, 1895.
- GARCÍA SOLÉ, FERNANDO: *Problemática actual del leasing inmobiliario*, «Actualidad Civil», n.º 8, 1994, págs. 133 a 157.
- GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER: *Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado*, «RCDI», n.º 613, noviembre-diciembre, 1992, páginas 2463 a 2494.
- GUILARTE ZAPATERO, VICENTE: *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXIII, Edersa, Madrid, 1979, págs. 371 y ss.
- HERNÁNDEZ MORENO, ALFONSO y MOLL DE ALBA, CHANTAL: *Evolución del Derecho del Consumo en España*, Actas del Congreso «La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo», Salerno-Fisciano, 1994.
- IGLESIAS, JUAN: *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 12.ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1993.
- IRURZÚN GOICOA, DOMINGO: *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio*, en «Estudios de Derecho Privado», dirigidos por A. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1.504 del Código Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- LATORRE, ÁNGEL: *Iniciación a la lectura del Digesto*, Ed. Dirosa, Barcelona, 1978.
- MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO: *Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía de precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles*, «RCDI», n.º 608, 1992, págs. 63 a 144.
- MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo X, 5.ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1950.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, ÁNGEL: *Repercusiones prácticas de escrituras notariales*, «Revista de Derecho Privado», 1964, págs. 183 y ss.
- MAS ALCARAZ, CELESTINO: *El pacto comisorio*, en «Estudios de Derecho Privado», dirigidos por A. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.
- MAYNZ, CARLOS: *Derecho Romano*, Tomo II, traducido por ANTONIO JOSÉ POU Y ORDINAS, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1887.
- MOMMSEN, THEODORUS y KRUEGER, PAULUS: *Corpus Iuris Civilis, Volumen Primum, Institutiones, Digesta*, 16.ª edición de KUNKEL, Ed. Weidmann, Heidelberg, reedición de 1988.
- MULLERAT BALMAÑA, RAMÓN: *El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles*, «Anuario de Derecho Civil», 1971, págs. 481 a 529.
- PETIT SEGURA, MIQUEL ÁNGEL: *El leasing inmobiliario*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, 1990.
- PINTÓ RUIZ, JOSÉ JUAN: *En torno a la llamada condición resolutoria tácita*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1953, julio-agosto, págs. 291 y ss.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS: *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- *Diez argumentos a propósito de los principios*, «Jueces para la Democracia», n.º 26, 1996, págs. 41 a 49.
- ROVIRA JAÉN, FRANCISCO JOSÉ: *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- RUIZ MARTÍNEZ, FRANCISCO: *Precio aplazado*, «RCDI», n.º 245, octubre 1948, páginas 601 a 617.
- SAPENA TOMÁS, J.: *Actualidad de la «fiducia cum creditore»*, «Revista de Derecho Notarial», XVII-XVIII, julio-septiembre, 1957, págs. 125 a 212.
- SCHULZ, FRITZ: *Derecho Romano Clásico*, traducido por JOSÉ SANTA CRUZ TEIGEIRO, Ed. Bosch, Barcelona, 1960.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Ed. Trotta, Madrid, 1995.