

LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.124 Y 1.504 DEL
CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LOS ARTÍCULOS 11 DE LA LEY
HIPOTECARIA Y 59 DE SU REGLAMENTO

Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

de 5 de març de 2013

per

JOSEP JOAN PINTÓ RUIZ

Membre de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Contenido

LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.124 Y 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LOS ARTÍCULOS 11 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 59 DE SU REGLAMENTO. .. ¡Error! Marcador no definido.

LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.124 Y 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LOS ARTÍCULOS 11 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 59 DE SU REGLAMENTO 1

I – INTRODUCCIÓN..... 1

II – LA CAUSA 2

1. Principio informador 2

2. Extensión del tradicional concepto de causa 5

3. Trascendente importancia de la causa 7

4. Nubarrones..... 8

III – LA ELECCIÓN. EL REQUERIMIENTO 9

IV – EL LLAMADO INCUMPLIMIENTO. EL TRÁNSITO DEL INCUMPLIMIENTO DOLOSO A UNA PONDERACIÓN OBJETIVA APRECIANDO EL CARÁCTER ESENCIAL DEL INCUMPLIMIENTO..... 10

1. Lo que ocurre..... 10

2. La explicación..... 13

3. Conclusión 14

V – EL INCUMPLIMIENTO Y LA TARDANDA: MORA 14

VI – EL PRINCIPIO «PERICULUM EST EMPTORIS» LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA Y LA RESOLUCIÓN 15

1. Supuesto explicativo «*ad exemplum*»..... 16

VII – GÉNERO Y ESPECIE: ARTS. 1.124 Y 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL 18

1. En general	18
2. La especialidad del art. 1.504 consiste sustancialmente en la atribución de un privilegio al comprador	20
3. La teórica contrapartida del privilegio: el robustecimiento del derecho del vendedor.....	20
4. El supuesto de aplicación del precepto (1.504).....	21
5. Advertencia con respecto al pacto de condición resolutoria expresa o pacto comisorio	21
VIII – EL PRECIO APLAZADO, LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA, Y LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA REGISTRAL.....	22
1. La constancia de que existe en la compraventa de un inmueble determinado precio aplazado o parte del precio no satisfecho	22
2 – El requerimiento de resolución	24
IX – RESOLUCIÓN – RESILIACIÓN.....	26

LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.124 Y 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LOS ARTÍCULOS 11 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 59 DE SU REGLAMENTO

I - INTRODUCCIÓN

Los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil español, y el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, constituyen un todo regulador de algo tan común como el fenómeno del incumplimiento de las obligaciones recíprocas. La disfunción grave de que una parte cumpla y la otra no, ha generado, ya desde antiguo (piénsese ¹) en la «*condictio causa data causa non*

¹ El texto es el siguiente: “*Sed quum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem...*” (D. II, XIV, 7, 4)

Vid. MAINZ, *Curso de Derecho Romana*, Barcelona 1892, t. II, pág. 356: “Durante largo tiempo, con efecto, las cuatro especies conocidas con los nombres de *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*, daban únicamente una acción para hacer obtener la prestación a la cual el mutuario, el depositario y el acreedor pignoraticio se habían obligado a recibir el préstamo, el depósito o la cosa entregada a título de prenda. Si fuera de estos casos alguien había dado una cosa con la intención de obtener en cambio una prestación, la persona que la había recibido con la misma intención quedaba sin duda naturalmente obligada, pero estaba desprovista de sanción, de la protección eficaz del derecho de los Quirites; en otros términos, el acreedor no tenía acción alguna para perseguir la prestación que las partes habían intentado producir. No obstante hubiera sido evidentemente contrario a la equidad y también a toda idea de justicia permitir al deudor enriquecerse en perjuicio de la parte adversa conservando la cosa sin dar la prestación a la cual se había obligado. Por esto se admitió al acreedor a repetir a lo menos esta cosa, por medio de una *conditio*, designada por los términos característicos: *conditio ob causam datorum o causa data causa non secula*.”

Vid. también MAYNZ, ob, cit., t. II, pág. 363. Vid. VAN WETTER, trad. De Mechelena, *Curso elemental de Derecho Romano*, Madrid 1889, pág. 93; D. 19,5, *De proscriptis verbis actione*; Fr. 7 D, *De proscriptis verbis* 19, 5: “*Si tibi decem dedero ut Stichum mamumitias et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, autsi nihil interest, condictam tibi, ut decem reddas.*”. Veamos, por ejemplo:

D. Libro XIX, título I, 50:

“No consiente la buena fe (en realidad “la buena fe no puede sufrir: *bona fides non patitur*”), que cuando por beneficio de alguna ley el comprador hubiese dejado de deber el dinero de la cosa vendida, antes de que se le

secuta) un conjunto de resortes jurídicos que configuran la facultad del perjudicado de optar por deshacerse o desentenderse del contrato mediante su resolución ⁽²⁾ con especial atención a la concurrencia de aquellos requisitos que hacen posible tal resolución y sus consecuencias.

Una abundante jurisprudencia, complementa el contenido de esta regulación y la abundancia - ciertamente importante - de tal acerbo jurisprudencial más que obedecer a imperfecciones de la norma jurídica, obedece al fenómeno, ciertamente nada edificante, de la singular proliferación de incumplimientos a veces voluntarios o culpables, a veces extraños a la voluntad de los contratantes. Y también habrá que atender a los a veces inexistentes excesos reactivos consecuencia de su aprovechamiento desmedido y desviado de la facultad de resolver. Y también el mismo Derecho ha terciado definitivamente en la oscilación de un automatismo resolutorio tributario solo del requerimiento de resolución que la víctima dirige al incumplidor, o hacia el otro extremo que es la judicialización de la resolución, y de su publicidad.

Cada vez, una mayor precisión, ha lucido evolutivamente de la misma jurisprudencia.

II - LA CAUSA

1. Principio informador

Sobre el problema de la resolución por incumplimiento, gravita un principio que es, de verdad, informador. Y este principio se conoce con el nombre de «causa». No voy a insistir en el acierto o no de la adopción de este

entregue la cosa, fuera compelido el vendedor a entregársela y careciese (así) de su propia cosa”.

Es decir, que la buena fe no consiente, no es en fin honrado, que si uno ha de pagar el precio contra entrega de una cosa, y su contratante ha de entregar la cosa, contra entrega del precio, resulta que éste ha de entregar la cosa sin recibir el precio”.

El sinalagma está claro, y lleva a entender que viceversa ocurre lo mismo, si se pretendiera que el comprador ha de pagar el precio sin recibir la cosa.

Quizá con mayor técnica y explicitación en el libro II, también del Digesto, título XIV, ley 7.4 (ULPIANO) se lee:

“Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces, por la convención, no puede constituirse obligación”

² Vide arts. 1.124 y 1.504 del Código civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento.

término verbal, ni si esta expresión normativa, es o no suficientemente narrativa de sus propios contenido y función.

Pero, dejando aparte, esta «*questio nominis*», lo que sí quiero decir, es que sustancialmente no es normal ⁽³⁾, salvo en situaciones de beneficencia, compasión o caridad, que un ser humano, de natural egoísta, sacrifique una parte de su patrimonio, o asuma una carga obligacional, y se avenga a empobrecerse en beneficio de otro sin justificación alguna, sin recibir algo que para él valga más, o lo prefiera a lo que sacrifica ⁽⁴⁾.

³ Salvo cuando existe ánimo de liberalidad, nadie, absolutamente nadie, está dispuesto a pagar algo a cambio de nada, o hacer algo a cambio de nada, nadie está dispuesto a sacrificarse solo porque otra parte «se obligue» sino que, a cambio de que se cumpla. A cualquier persona cuerda que le digan “vende tu finca y transmite” (título y modo: art. 609 del Código civil) a cambio de poder exigir mediante un pleito que le condenen al comprador a pagar, dirá que no quiere hacer esta operación. Porque la causa de entregar la finca esta es que va a cobrar, no que podrá instar un pleito.

⁴ Vide Sentencia del 5 de junio de 1989 del TS. En el fondo la Sentencia no dice otra cosa que al no ser concebible que nadie acepte que se ha obligado a hacer o pagar incluso cuando con ello no se va a conseguir lo deseado, de tal modo que lo deseado es lo que le impulsó a pagar o a obligarse, se explica que si se frustra, cualquiera que sea la causa de ello, el contrato claudica, es decir se resuelve (o puede resolverse a petición de parte). Claro que esto mismo también puede producir, cuando ya se ve, ya se percibe que quien ha de cumplir, no está dispuesto a hacerlo, no le da la gana. Así, en este caso de voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pagado comporta la clara frustración del fin del contrato. Nadie contrata y paga o se obliga, para poder poner un pleito o pelearse, sino por razón de conseguir la contraprestación. Es fácil imaginar que si al contratar una parte dijera a la otra, “quiero que sepas que a mí no me da la gana de cumplir lo que me incumbe” el contrato ni siquiera se perfeccionaría, no se otorgaría.

Vide un atinado comentario a esta Sentencia de DIEZ PICAZO en la página 836, 837 del Tomo II de Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid, 2008.

Además del clásico texto: « *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem* » y el art. 1.261-3 y 1.275 del Código civil, la importante sentencia de 21 de julio de 2010 que dice en su Fundamento 2^a:

«Puede sostenerse que la causa no sólo ha de estar presente en el momento inicial de la formación del contrato sino que ha de acompañarle igualmente durante su ejecución y así la ausencia sobrevenida de causa permite al contratante afectado solicitar la modificación del contrato o incluso su resolución, lo que sucede especialmente cuando dos contratos están vinculados como aquí ocurre, pues la inoperancia de uno de ellos autoriza al contratante afectado a obtener la resolución del otro contrato, ya que ha desaparecido sobrevenidamente su causa. Esta es en definitiva la razón jurídica que determina la solución adoptada por la Audiencia al declarar la obligación del demandado de restituir al demandante las cantidades percibidas en razón a una causa que posteriormente ha desaparecido.»

No es concebible que, sin contrapartida alguien asuma un deber, constituyéndolo o bien entregue o haga algo. Y es ésta la razón, que justifica ⁽⁵⁾ la propia decisión de automenoscabarse, y que por tanto tal razón ha de tomarse jurídicamente en ponderada consideración ⁽⁶⁾.

La creencia actúa subjetivamente, pero objetivamente exige que la contrapartida sea REAL. Lo que es claro es que nadie se sacrifica si no es por causa de que va a recibir la contrapartida ⁽⁷⁾.

Vide una visión panorámica en DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Patrimonial II. Madrid 2008, pág. 836 y 837. En lo sustancial, añadiendo una brillante pormenorización y visión panorámica, coincide con el pensamiento de ROCA SASTRE En el tomo IV. Madrid 2010 puede verse, relacionado con ello, un estudio completo de la doctrina de los riesgos en la compraventa (págs. 111 a 119) siendo de destacar que en la pág. 119 de dicho tomo IV dice lo siguiente: «La doctrina tradicional de los riesgos en la compraventa y el art. 1452 CC, cualquiera que sea la interpretación que reciba, contemplan una imposibilidad sobrevenida de ejecución del contrato de compraventa con la pérdida o destrucción (*interitus rei*) de la cosa objeto del contrato. Quedan sin resolver los supuestos en que existe una imposibilidad de ejecución del contrato, que obedezca a causas distintas. El caso más llamativo es el que queda comprendido en el llamado “*factum principis*” o acto de autoridad (p. ej. la cosa es confiscada o expropiada, su comercio queda prohibido). En la tradición histórica, según explica M. Alonso Pérez (el riesgo en el contrato de compraventa, Madrid, 1972, pág. 220) estos casos quedaban excluidos de la regla *periculum est emptoris* y la misma debe ser, en nuestra opinión, la solución del Derecho moderno. Si la regla del art. 1542 es excepcional y de interpretación estricta, no es posible entender comprendidos en él supuestos que ahora nos ocupan. Por consiguiente, en ella, el comprador, puede ejercitar la excepción de incumplimiento contractual y, si hubiese pagado total o parcialmente el precio, obtener su restitución mediante la oportuna acción resolutoria.».

⁵ El derecho no es ajeno – al contrario es sensible a la razón en gracia de la cual una persona se grava en beneficio de otra. La incidencia del principio de legalidad y de aquel respeto a la ética que jamás debe olvidarse, provocan que la causa se tome en consideración a los efectos del art. 1.275 del Código civil, según el cual, si la causa es contraria a la ley o a la moral el contrato no produce efecto alguno.

⁶ Vide el citado art. 1.275 del Código civil e «*infra*» nota 7.

⁷ La exigencia de la causa, no es una cuestión meramente nominal. La causa ha de ser real, es decir, motora, capaz objetivamente de estimular la asunción de una obligación y la ejecución de una prestación conmutativa. No se trata de una verificación rigurosa de la equivalencia de las orientaciones, sino de que la causa ha de ser verosímil (a menos que se demuestra que existe otra verdadera y lícita) razonablemente posible. Por ejemplo, si yo vendo un edificio que vale varios millones de euros por un precio de un euro, ya se ve, que tal cosa no es verosímil, pues no hay nadie que quiera vender y despojarse de algo que vale millones a cambio de un euro. Esta causa es irrisoria.

2. Extensión del tradicional concepto de causa

A. Causa y motivo

Es clara la vieja distinción entre causa y motivo. El artículo 1.275 del Código civil dispone que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. Y añade que es ilícita la causa, cuando se opone a las leyes o a la moral. El Derecho no concibe ni justifica ni da vigor a la asunción de un deber o a la constitución de una obligación, sin que haya una causa eficiente que la justifique, un «porque» que lo explique. Cuando no hay causa no hay contrato. Y el artículo 1.274 dice con precisión que se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; Es claro pues que la causa es la recepción presente o futura de la contraprestación típica o convenida. En la compraventa (⁸) pues, se transfiere (con el concurso del modo: artículo 609) la propiedad, a cambio de la recepción del precio. Pero a lo mejor se quiere este precio, para hacer con su importe algo. Este deseo de tal quehacer es un motivo. Y en general el motivo es ya una causa más lejana, extraño a la propia causa, distinto de la abstracta contrapartida prevista o convenida, y que por ello no incide jurídicamente en el nacimiento y vida del contrato (⁹).

Pero ¡ah!, cuando los motivos son ilícitos o inmorales, en estos casos la ilegalidad, la inmoralidad contaminan o ensucian la causa estándar, penetrando en ella y convirtiéndola en inexistente: no hay

⁸ Aunque una muy extendida doctrina ha entendido por razones históricas y tradicionales que la venta se perfecciona y consume con la simple transmisión o transferencia de la posesión (el art. 1.445 del Código civil dice sólo «entregar» una cosa) y aunque se admita la compra-venta de cosa ajena, en realidad, puede venderse una cosa ajena como tal, si en el contrato de venta obligacional así se expresa, pues ha de entenderse que el comprador quiere la propiedad y estar a salvo, y de aquí las acciones de evicción y saneamiento. Si no se mencionara la ajenidad, se incurría en el vicio de «*aliud pro alio*», es decir, se vendería una cosa, diferente de la pactada. Aunque no es este el lugar para desenvolver este tema, vide arts. 1.502 y 1.503, arts. 1.480 a 1.483 del Código Civil y Sentencias del Tribunal Supremo 04-01-1989; 04-11-1192; 13-05-1995; 12-11-1994; 20-02-1995, 18-01-1995; 01-07-1995 y 17-09-1995.

⁹ Hay que tener en cuenta que, salvo las excepciones que «*infra*» se dirán la motivación externa constituirá «una realidad extranegocial» (STS 1.4.1998 [RJ 1912], 19.6.2009 [RJ 4449] y parecidamente, 21.7.2003 [RJ 5850] a la que «la seriedad de las convenciones» (STS 1.4.1982 [RJ 1930]) y «el principio de seguridad jurídica» impiden reconocer «belligerancias» (STS 4.1.1991 [RJ 106], que a su vez cita las de 30.9.1988 [RJ 6937] y 21.11.1988 [RJ 9038]).

entonces contrato (¹⁰). Así pues no hay contrato, cuando no hay causa, no hay contrato cuando ésta es ilícita o inmoral, y tampoco hay contrato (extensión) cuando esta causa aún abstracta, estándar y lícita, está contaminada por un motivo ilegal o inmoral.

Y esto no es todo. También el motivo penetra y tiñe la causa, cuando en el propio contrato se consigna el motivo claramente (ora motive a una parte, ora motive a la otra). En estos casos el motivo está «causalizado» y produce tales efectos (¹¹).

B. Causa y tiempo de su incidencia

La causa informa e incide en el contrato hasta su plena consumación. La causa no es solo un requisito estrictamente constitutivo

¹⁰ Así pues, la ilegalidad, o la inmoralidad del propósito específico, que mueve a contratar (que es diferente de la causa estándar correspondiente al tipo de contrato) si es sucia (inmoral o ilegal) convierte en sucia e inexistente a la causa. En este sentido véase ROCA SASTRE. Estudios de Derecho Privado. Madrid. 1948 y también SS del TS de 12 de abril de 1944, 2 de abril de 1941, 17 de marzo de 1956, 23 de noviembre de 1961 y 26 de enero de 1889, entre otras.

Sobre la ilicitud de la causa que comentamos aquí vide op. cit. de Roca Sastre “Estudios de Derecho Privado” Tomo I, pág. 67) lo siguiente: “Si atendemos al art. 1.275 del Código Civil, «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». Por consiguiente, los negocios jurídicos o declaraciones de voluntad con causa ilícita son actos jurídicos prohibidos o actos jurídicos inmorales. Como dicen PÉREZ y ALGUER, «como quiera que el motivo y el fin, con todo el cortejo de intenciones antecedentes y consiguientes al negocio, no forma parte del mismo, si no se elevan a contenido del acto, no viciarán éste, por regla general, pues, como enseña la jurisprudencia, los hechos que motivan el negocio, los motivos y el fin ulterior de aquél no pueden confundirse con la causa (sentencias de 13 de enero y 8 de marzo de 1902, 15 de enero de 1904, 23 de noviembre de 1920 y 24 de febrero y 22 de marzo de 1924), y, por tanto, el fin ilícito que los contratantes, o alguno de ellos, se propongan realizar podrá tener sus consecuencias, pero no es causa del contrato ni convierte en torpe e ilegal la verdadera cuando no afecte a la esencia de la misma (sentencia de 6 de mayo de 1902). Pero cuando el motivo o el fin afecta a la esencia de la causa – como dice esta sentencia –, o dan al negocio, conjuntamente considerado, un carácter inmoral, el negocio mismo será contrario a las buenas costumbres. En tal sentido – declaró la sentencia de 26 de enero de 1889 -, que la venta de armas para rebeldes versa sobre materia ilícita e incluso es un acto criminal.”.

La Ley General Tributaria (Ley 58/2003) en su art. 15.1, e el fondo, toma de la teoría de la causa una solución configurativa para detectar, el fraude de Ley, en materia fiscal.

Vide también, S. del TS de 13 de diciembre de 2000.

¹¹ Vide la, en este sentido, paradigmática Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1948. Vide sic. 8 de julio de 1983 también del Tribunal Supremo. Lo mismo Ss de 17-03-1956, 23-11-1961, 08-02-1977 y 17-11-1983, todas ellas del Tribunal Supremo.

que es necesario al perfeccionar el contrato y que después carece de incidencia. No es así. La causa debe persistir – repito – hasta la consumación. La jurisprudencia es pues clara ⁽¹²⁾.

3. Trascendente importancia de la causa

La causa, es un valiosísimo portillo que permite la verificación no solo de la legalidad, sino también de la misma ética, condicionando así la viabilidad de las relaciones jurídicas nacidas del principio de autonomía de la voluntad. Es un importante elemento de purificación del derecho de obligaciones.

La causa es una valiosísima fuente que permite describir la verdadera naturaleza de lo convenido. Yo pongo un ejemplo. Seis hermanas sujetas al derecho común instituidas herederas a partes iguales, se adjudicaron los bienes de la herencia (cada una de ellas) a partes iguales indivisas en comunidad romana 1/6 parte cada una de ellas. Los bienes eran rentables y se repartían las rentas. Una de ellas estaba casada y su esposo dijo que había que constituir una cadena de sociedades por razones fiscales. Una complicada cadena de holdings y además una sociedad era la tenedora de parte de las acciones de otra y así viceversa, etc., etc.. El resultado final fue que, en conjunto, una de aquellas ostentaba ½ de las fincas y la otra mitad quedaba repartida entre las 5 hermanas. Deshacer aquella complejidad, las constituciones de las diversas sociedades, las aportaciones, la contratación entre las sociedades, los trasvases, era prácticamente imposible. Las formalidades estaban cumplidas y la pulcritud aparente de aquella ingeniería financiera lucía. Pero una cosa era clara, ni quien asumió la mitad pudo expresar una causa consistente en una contrapartida, ni las que perdieron su mayor cuota recibieron contrapartida alguna. La falta de causa, provocó la nulidad. Si se hubiera perdido la perspectiva global y se pretendiera destruir acto por acto, la solución no habría llegado nunca.

La causa sirve para alcanzar la correcta interpretación del negocio jurídico y permite percibir, en los conjuntos de negocios si son un único negocio, negocios conexos o negocios aislados ⁽¹³⁾

¹² Insistimos en la importante sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2010, que al final del Fundamento segundo doce textualmente:

Puede sostenerse que la causa, no solo ha de estar presente en el momento inicial de la formación del contrato sino que ha de acompañarle igualmente durante su ejercicio y así la ausencia sobrevenida de causa permite al contratante afectado solicitar la modificación del contrato o incluso su resolución, lo que sucede especialmente cuando dos contratos están vinculados como aquí ocurre, pues la inoperancia de uno de ellos autoriza al contratante afectado a obtener la resolución ya que ha desaparecido sobrevenidamente su causa.

4. Nubarrones

Se vislumbra que en Europa va a prescindirse de la causa. Dícese que, en el fondo, sus efectos se conservan igualmente por el camino de la consideración de la prestación, y atendiendo en su globalidad al negocio jurídico de que se trate. Un luminoso artículo del profesor LUNA ⁽¹⁴⁾ trata con señalada altura científica y visión profética.

¹³ La causa provoca una singular penetración que permite constatar la relación entre contratos que aparece como formalmente diferentes, pero que esta conexión entre sí o en su complejidad ingenian un contrato con una finalidad perseguida y el motivo conformante. Y si los fines son ilícitos, al teñir así la causa, provocan de conformidad con el art. 1.275 la nulidad del complejo negocial.

¹⁴ Sobre esta cuestión remitimos al lector al enjundioso estudio (sumamente clarificador) del Dr. LUNA SERRANO “Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitoria del contrato”, publicado por Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2010, Vol. 2º, nº 2). Así en la pág. 143 (op. cit.) dice: “Por lo demás, si la concepción objetivista de la causa, ligada a la apreciación del *datum vel factum*, oscurecía la diferenciación entre la causa y el objeto del contrato, la acepción subjetivista de la causa – en la que es bien visible la influencia de las ideas yusnaturalistas que proclamaban, como derivación de la racionalidad humana, la relevancia de la voluntad – abocó a la reconducción de la causa al consentimiento, creando así mayor confusión. Vide “infra” nota 94.

Sobre estas bases tan elementalmente indicadas, se establece doctrinalmente, según es bien sabido, la interminable discusión teórica sobre el sentido, el significado y la relevancia de la causa, que quizá no venga a ser nada más, como se decía en las Partidas que la «razón» de ser de una determinada posición jurídica, de una obligación o de una pretensión, o bien la “justificación” de las mismas, pero a la que también se han buscado, para sortear los escollos que suponen las variadas concepciones indicadas, explicaciones modernas como la de suponer la causa, renovando su tradicional concepción objetivista, como la función económico-social que satisface el contrato, la de entenderla, en una fórmula pragmática, como el propósito práctico perseguido por los contratantes de alcanzar un determinado resultado empírico o bien, con la misma plausible intención de superar las excluyentes concepciones objetivista y subjetivista de la causa, la de concebirla como la función económico-individual que absorbe el contrato, con cuyas sugerencias, sin embargo, no se agotan los problemas, pues con estas propuestas surge ahora la cuestión de la no fácil diferenciación de la causa respecto del contenido del contrato.”.

El propio autor en su nota 16, expresa su sintonía con la opinión de DÍEZ PICAZO y GULLÓN, expuesta en su sistema de Derecho Civil II 9ª edición. Madrid. Ed. Tecnos 2001.

Más adelante el propio LUNA SERRANO y bajo el epígrafe “la superación de la idea de la inutilidad de la causa por las de su ocultación y sustitución” dice, en pág. 145 op. cit. “Todas las consideraciones que anteceden han llevado a muchos civilistas, según ya se ha indicado, a pensar en la inutilidad de la referencia legislativa a la causa y a la conveniencia de prescindir de su mención en la configuración legislativa definitoria del contrato.

III – LA ELECCIÓN. EL REQUERIMIENTO

1. Como el art. 1.124 permite elegir a la víctima del incumplimiento entre exigir el cumplimiento o bien exigir la resolución más la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos, es evidente que esta elección es necesario ejercerla, y por ello, ha de requerir el optante manifestando con claridad que quiere la resolución si es este el resorte que ha elegido.

2. El problema que se presente es el valor constitutivo que hay que dar al requerimiento, y en definitiva, si aquél basta por sí mismo, o si precisa el amparo de una resolución judicial o arbitral firme, o la conformidad del incumplidor.

3. Pues bien, el Tribunal Supremo ha pasado de entender que el requerimiento basta por sí mismo sin necesidad de acudir a juicio, a entender que basta pero cabe la verificación judicial de su corrección hasta reducirlo a un requisito que es necesario, pero que para su eficacia precisa bien de la conformidad – una sentencia dice «no oposición» del incumplidor – del infractor bien de una resolución judicial, terminando con una plena judicialización de la efectividad resolutoria ⁽¹⁵⁾.

¹⁵ Se ha venido hablando de la judiciliación de la resolución del negocio jurídico por incumplimiento analizando si la manifestación de la voluntad del perjudicado por el incumplimiento, consistente en comunicar que se opta no por exigir la ejecución de la contraprestación, sino por “resolver” el requerimiento es suficiente para producir este efecto, o por el contrario es necesaria la verificación judicial.

1º). Sí, como es evidente, (resulta de lo dispuesto en los arts. 1.124) la parte perjudicada por el incumplimiento puede optar entre exigir que se cumpla, o desentenderse, es decir, resolver el contrato, es conforme a dicha norma, y sobretodo conforme al más elemental sentido común que para que el perjudicado pueda ejercitar su derecho debe antes decidir y comunicar a la otra parte si escoge exigir el cumplimiento o resolver el contrato.

Por supuesto que el requerimiento de resolución dirigido y recibido por la otra parte, produce el efecto de resolver; pero claro está, produce este efecto si es conforme a Derecho; produce este efecto si está bien dirigido, si ha existido el incumplimiento esencial, y si el perjudicado no ha cometido antes en el contrato ilegalidades. Claro pues que el requerimiento es efectivo, pero siempre que el requerimiento responda a una situación de real aplicabilidad del art. 1.124 y de lo pactado al respecto.

Pero, ¿quién verifica si el requerimiento está bien hecho o el requerimiento está mal hecho? Y, claro está, si no hay conformidad del requerido, sólo el juez podrá verificar si el requerimiento está bien hecho y por ende es eficaz, o si ocurre lo contrario.

Si a ello unimos que la resolución habrá de acarrear el retorno de las cosas a su antiguo estado, es decir retrotransmitiéndose las recíprocas prestaciones, es evidente que por esto mismo si las partes no facilitan voluntariamente este retorno, o si una parte no las facilita, se hará necesaria la intervención de la autoridad judicial mediante el oportuno proceso

IV – EL LLAMADO INCUMPLIMIENTO. EL TRÁNSITO DEL INCUMPLIMIENTO DOLOSO A UNA PONDERACIÓN OBJETIVA APRECIANDO EL CARÁCTER ESENCIAL DEL INCUMPLIMIENTO

1. Lo que ocurre

La consideración vulgar – y quizá por esto decisiva – de que yo vendo para cobrar, o yo presto un servicio para cobrar, o en fin, yo pago para que me presten un servicio o para que me transmitan algo, es que si yo efectúo tal prestación a cambio de otra cosa equivalente (más o menos) no tiene ningún sentido que pueda sostenerse que yo tengo que hacer mi prestación y la contraprestación no se efectúe. Y, en consecuencia, lo que a mí me importa es que me presten lo equivalente, pero lo que yo no comprenderé nunca es que, si no hay culpa en la otra parte, yo tenga que realizar la prestación a cambio de

declarativo; y todo ello, a pesar de que, en el caso a que se refiere, del art. 59 del Rto. Hipotecario podría deducirse lo contrario, pero realmente – como veremos más adelante – no es así.

2º). Simplificando pues, el requerimiento es necesario, pero no suficiente para alcanzar su plena efectividad. Sólo es suficiente si hay asentimiento (S. T.S. de 16 de noviembre 1979, 14 de febrero de 2003 y 6 de octubre de 2000) pero si hay oposición – o no hay asentimiento – entonces la autoridad judicial, declarando bien hecho (si procede) al requerimiento y estimando la pretensión resolutoria, procederá – si es conforme a Derecho – a condenar a la ejecución de lo preciso para que la resolución del título (obligacional) mediante las oportunas retrotransmisiones, tenga el consiguiente alcance (real) e incluso hipotecario (vide nota 34 «*infra*»).

En resumen, que si hay conformidad, no se precisa del proceso, pero si no hay conformidad con la pretensión de resolver, entonces hay que acudir al proceso. Y aunque haya conformidad, si después pese a ella, la parte que se ha comprometido no retrotransmite o restituye, entonces también habrá que acudir al proceso.

Ésta es la realidad, y el grado de «judicialización».

3º). Vide aparte de resoluciones tan explícitas de al DGRN como la de 19 de Junio de 2007 y 10 de diciembre de 2010 (que exigen algo más que el simple requerimiento para tener por resuelto el contrato, y efectuada la retrotransmisión y consiguiente reinscripción en favor del enajenante): SS 16-Nov-1979, 25-Jun-1977 exigiendo el requerimiento para resolver (Vide “*infra*” nota 49.2 y Vicente Luis Montés Penadés en los Comentarios al Código Civil coordinados por ALBADALEJO Tomo XV, Vol. I págs. 1.17 y stgs.). Vide SS del TS ya citadas de 14 de febrero de 2003 y 6 de octubre de 2000. Aunque algunas sentencias sostienen que si hay oposición, ha de resolverse la cuestión judicialmente en realidad si se atiende, por ejemplo al texto de la citada sentencia de 14 de febrero de 2003, es categórica al decir que si no se acepta o asiente por el requerido la resolución hay que acudir a la vía judicial. Véase en el Código Hipotecario de García García (Comentario al art. 59 del Rto. Hipotecario) la abundante cita de jurisprudencia que allí existe.

nada. Por esto, el vulgo y todos siempre hemos creído que la culpabilidad no contaba.

No obstante, si examinamos la jurisprudencia pronto veremos que en un principio – todos lo recordaremos – para resolver el contrato por incumplimiento se exigía la famosa «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado»; después, en adelante ya se estableció que la resolución procedía tanto si mediaba esta voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado, como si de una manera definitiva e irremediable se frustrara la finalidad propia perseguida, y más adelante ya se llega a la perfección institucional, al exigir que el cumplimiento sea ESENCIAL. Y ésta es la clave.

Hemos de concluir que felizmente esta evolución ha alcanzado la perfección racional y además razonable. No se puede resolver por una minucia, pero lo que comporta es la trascendencia frustrante del incumplimiento o, sea o no sea culpable y por ende incluso en caso fortuito ⁽¹⁶⁾.

¹⁶ GARCÍA CANTERIO en “Los comentarios al CC” coordinados por ALBADALEJO. Tomo XIX pág. 430 dice: “No basta cualquier incumplimiento por parte del comprador de su obligación de pagar el precio, sino que la jurisprudencia ha declarado la necesidad de que haya existido una conducta culposa imputable al deudor (sentencia de 5 junio 1944), y una voluntad decididamente [por deliberadamente] rebelde al cumplimiento de la obligación de pago (sentencias de 6 junio 1949, 23 septiembre 1959, 2 enero 1961, 1 febrero 1967, 24 junio 1968, 13 mayo 1970, 5 julio 1971, 2 febrero 1972, 19 diciembre 1972, 8 febrero 1975, 25 junio 1977, 14 abril 1978, 11 junio 1979, 28 febrero 1981, 15 y 30 abril 1981, 30 octubre 1981, 15 abril 1982, 31 mayo 1982, 7 febrero 1983, 29 abril 1983, 19 enero 1984, 14 febrero 1985, 11 y 12 marzo 1985, 12 y 29 abril 1985). Sin embargo, un sector doctrinal admite también la resolución cuando se ha producido un hecho obstativo que de manera absoluta, irremediable y definitiva, impide el cumplimiento, con independencia de la culpa del comprador.”. El mismo autor en su nota 20 dice: «En tal sentido, Pintó, op. cit, págs. 438 y ss., a quien siguen Badenes, II2, pág. 892, y Mullerat, op. cit., págs. 501 y s. Rivero, pág. 82, nota 5, se limita a reproducir las opiniones de estos autores. Díez-Picazo, Fundamentos II, págs. 863 y s., se pregunta si la imposibilidad sobrevenida fortuita es causa de resolución, **llegando a una conclusión afirmativa en relación con la doctrina de los riesgos**».

Como dice DÍEZ PICAZO op. cit.: “Contempladas las cosas así, la cuestión es si la tan traída y llevada, manoseada y maltratada voluntad deliberadamente rebelde, que nunca tuvo sentido como exigencia de imputabilidad o culpabilidad en el incumplimiento, puede ser utilizada como un criterio que equipare el incumplimiento a los esenciales, de acuerdo con el modelo que nos sirve como punto de referencia. En mi opinión la respuesta ha de ser afirmativa, porque se trata de saber, básicamente en qué momento no se le puede pedir al lesionado por el incumplimiento más paciencia y en qué momento no tiene derecho a separarse del contrato organizando básicamente, si ello le conviene, la operación de sustitución. Efectivamente cuando existe una rebeldía deliberada todo se concita para

pensar en la inutilidad de las esperas, de las demandas o requerimientos. El único problema es que rebeldía deliberada es una exigencia demasiado fuerte y bastaría decir que como el Derecho inglés incumplimiento intencional que permite deducir la intención de no cumplir en el futuro."

Después, de esta atinada observación de DÍEZ PICAZO antes descrita, ya se ve que, en el fondo el célebre "deliberadamente rebelde" sirve para DETECTAR que la tardanza no es una simple tardanza, sino que es la expresión o afloración de una realidad: y ésta es que no se va a cumplir nunca.

En el enjundioso estudio de MONTÉS PENADÉS sobre el art. 1.124 incluido en los Comentarios al Código civil, coordinados por ALBADALEJO. Tomo XV, vol. 1ª. después de exponer en las notas 58 y 59 con cita de autores este carácter del "deliberadamente rebelde" en relación con el tratamiento de la mora, en la mencionada nota 59, al final, concluye: "Examinada esta posición, hasta cierto punto ecléctica, y que es confirmada por la sentencia de 2 enero 1951, entre muchas otras citadas, se advierte, que, prácticamente, el Tribunal Supremo no da otro valor a la culpabilidad que el meramente indicarlo que nosotros le atribuimos, aunque lo declare así.

Y ello es tan cierto que, si bien se mira, si el Tribunal Supremo atiende al elemento culpabilidad es para distinguir el mero retraso voluntario o justificado, y que, por tanto, implica voluntad y efectividad posterior de cumplimiento y en consecuencia ausencia de culpa, de la actividad culposa y decidida, de no cumplir, que implica carencia de esta voluntad y, en definitiva, no retraso, sino incumplimiento."

El mismo Montés, y con respecto a la expresión "voluntad deliberadamente rebelde" (Cap. XVIII de su trabajo, páfo. 2º) dice: "En la jurisprudencia encontramos reiteradas manifestaciones respecto de que esa voluntad deliberadamente rebelde justifica la resolución, porque implica una falta de respeto a la palabra dada (incumplimiento de la regla fundamental *pacta sunt servanda*), a lo que se añade que la equidad impone en tal caso la resolución. Anteriormente hemos visto cuál era, a nuestro juicio, el verdadero fundamento de la resolución.

Estimo que la conducta que nuestra jurisprudencia califica como voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento ratifica exactamente nuestra idea sobre la ratio de la norma contenida en el artículo 1.124, en cuanto es indicio vehemente de las dificultades que encontrará el acreedor para obtener la contraprestación después de haber ejecutado la que le correspondía.". Y a continuación añade y en su nota dice: "ALVAREZ VIGARAY, 175, y sentencias del Tribunal Supremo allí citadas (sentencias de 5 julio 1941, 29 enero 1944, 10 marzo 1949, 9 marzo 1950, 22 marzo 1955, 2 enero 1961, 25 marzo y 23 noviembre 1964, 30 abril y 11 junio 1969, 18 noviembre 1970, 5 julio 1971, 25 noviembre 1974, 25 noviembre 1976, 1 y 25 febrero y 14 abril 1978, 5 junio y 16 noviembre 1979, 28 febrero y 15 abril 1981 y 4 mayo 1982). Ahora: 28 febrero 1980 (R. A., 536), 28 febrero 1980 (R. A., 1.015), 11 diciembre 1980 (R. A., 4.745), 28 febrero 1981 (R. A., 636), 3 abril 1981 (R. A., 1.479), 9 abril 1981 (R. A., 1.527), 30 abril 1981 (R. A., 1.784), 14 mayo 1981 (R. A., 2.051), 20 junio 1981 (R. A., 2.622), 12 diciembre 1981 (R. A., 5.154), 27 marzo 1982 (R. A., 1.507), 8 mayo 1982 (R. A., 2.561), 14 mayo 1982, 17 mayo 1982 (R. A., 2.577), 11 octubre 1982 (R. A., 5.551), 8 noviembre 1982 (R. A., 6.533), 10 noviembre 1982, 16 febrero 1983 (R. A., 1.037), 7 marzo 1983, 6 junio 1983 (R. A., 3.449), 17 diciembre 1986 (R. A., 7.674), 10 noviembre 1983 (R. A.,

2. La explicación

La voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo pactado, ciertamente que era una detección clara de que al final no se cumpliría la prestación, y que como ya era claro que no se quería cumplir, no nos hallamos en una situación de simple demora, o de un simple retrasillo. Así pues, esta voluntad deliberadamente rebelde, comportaba ya la existencia de un incumplimiento claro (¹⁷).

En el segundo paso, la frustración del fin ya abre el portillo final, haciendo bien patente aquello que es relevante (¹⁸).

Al final el Tribunal Supremo alcanza la plena precisión, cuando exige que el cumplimiento sea esencial (¹⁹).

6.069), 17 enero 1984 (R. A., 349), 18 febrero 1984 (R. A., 692), 11 octubre 1984 (R. A., 4.775), 14 febrero 1985 (R. A., 554), 25 junio 1985 (R. A., 3.314), 5 noviembre 1985 (R. A., 5.512), 28 febrero 1986 (R. A., 862) y 4 marzo 1986 (R. A., 1.098), entre otras.”.

Finalmente, la cuestión queda definitivamente fijada con la Sentencia del TS de 6 de septiembre de 2010 que – repito de nuevo – dice: «En la actualidad la doctrina de esta Sala acerca del incumplimiento resolutorio no exige esta deliberada y rebelde voluntad, sino que en base a criterios más objetivos, se entiende que en este caso se produce un incumplimiento esencial, que impide al acreedor obtener aquello buscado con la conclusión del contrato que en la compraventa es el precio. Por tanto, debe concluirse que este incumplimiento se produjo, puesto que consta probado que el precio aun no se ha pagado, ni tan solo se ha consignado, de modo que se han cumplido los requisitos exigidos por esta Sala para la efectividad de la resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 1504 CC (LEG 1889, 27).».

¹⁷ Era ya un incumplimiento esencial porque si el que había de cumplir, está en posición de liberada rebeldía frente el cumplimiento, es bien claro que no cumpliría. Si yo vendo y me doy cuenta de que el comprador muestra claramente que no va a pagar, estoy frente a un incumplimiento esencial porque no pagara.

¹⁸ Cuando de manera definitiva es palpable que ya se ha frustrado el fin práctico perseguido, es también muy evidente que no se ha cumplido no se ha ejecutado la contraprestación y por esta razón cuando la jurisprudencia ve en esta situación una clara causa de resolución es porque así se patentiza claramente la existencia del incumplimiento.

¹⁹ Esencial es decir, sustancial pleno suficiente frustrantemente frustrante de la finalidad perseguida. Esencial, en oposición a un cumplimiento trivial, parcial, insignificante. Vide S. del T.S. de 6 de septiembre de 2010. Vide «supra» nota 16 final.

3. Conclusión

Para que proceda la resolución no es necesario que medie culpabilidad. La resolubilidad NO ES UNA SANCIÓN, sino un remedio o resorte que evita que un contrato quede sin causa contraprestación.

V – EL INCUMPLIMIENTO Y LA TARDANDA: MORA

La precisión del adjetivo «esencial» es evidente y suficiente y supera las distinciones de la mora que resuelve y de la mora que no resuelve. Una mera tardanza es un retraso, y no es esencial, por lo tanto, la simple tardanza no atribuye a la víctima de ello, la facultad de resolver. Pero si el retraso es, por ejemplo, tan nimio como alcanzar solo 24 horas, si se trata del deber de entregar un vestido de primera comunión a una niña, entonces una tardanza de 24 horas, 24 horas posteriores a la recepción de la eucaristía es un incumplimiento ESENCIAL porque la prestación tardía no es un restrasillo, es y comporta la ausencia de prestación. El vestido del día posterior ya no es nada, ni nada vale. El cumplimiento es ESENCIAL para desencadenar el nacimiento de la facultad de resolver.

VI – EL PRINCIPIO «PERICULUM EST EMPTORIS» ⁽²⁰⁾ LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA Y LA RESOLUCIÓN

²⁰ Esta regla tradicional estuvo tan difundida y gozó de tan intenso predicamento como mal interpretada.

La regla “*periculum est emptoris*” ha sido tradicionalmente fundada en diversos textos del Digesto. Sic. Dig. Libro XVIII, título VI, 7, traducción García del Corral, tomo I. Barna. 1889, pág. 924: «7. PAULO. Comentarios a Sabino, libro V. Lo que después de la compra acreció al fundo por aluvión o pereció, cede en beneficio o pérdida del comprador; porque también si todo un campo hubiese sido después de su compra ocupado por el río, el riesgo sería del comprador, y así por consiguiente debe ser de él el beneficio». Igualmente, en 8. del mismo título y libro, trad. ídem: «8. El mismo; Comentarios al Edicto, libro XXXIII. Es necesario saber, cuándo se haya perfeccionado la compra; pues entonces sabremos de quién sea el riesgo, porque perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador». E igualmente, en 11: «... por lo cual, si el vendedor hubiese puesto en la custodia de la casa aquella diligencia que deben poner los hombres cuidadosos y diligentes, si hubiese sucedido alguna cosa, nada le incumbirá a él.» ídem el famosísimo texto de las Instituciones de Justiniano (inst. 3, 23, 3) traducción que leemos en el interesantísimo – ya clásico – trabajo de ALFONSO DE COSSIO, «Los riesgos en la Compra-Venta» R. D. P. 1944, pág. 363 y su nota 6, y que reza así: «una vez contraída la venta, es decir, si el contrato se hace sin mediar escrito, desde que se conviene el precio, *el riesgo* de la cosa vendida incumbe inmediatamente al comprador y esto, aunque la cosa no le haya sido entregada todavía». (El texto íntegro y completo puede hallarse en: García del Corral, op. cit., pág. 113. El texto es diáfano y precioso). Como dice COSSIO, en lug. citado, pág. 364 «El principio, tal y como se contiene en la compilación justiniana, es acogido por nuestro Derecho histórico. Así la ley 17, título X del libro III del Fuero Real, dispone que “*si algún home vendiere casa o cavallo, o otra cosa qualquier; e si después que la vendida fuere cumplida, la casa ardere, o cayere, o el cavallo se muriere, u otro daño qualquier le viniere ante que lo haya recebido el comprador, el daño sea de aquel que la compró y el pro otrosi, si en alguna cosa mejorar la cosa vendida: y esto sea si el vendedor no alargó de dar la cosa vendida o si no se perdió por su culpa, o si no fizo Pleyto, que si se perdiese o si se dañase, que el daño fuere suyo y no del comprador: ca en estas tres cosas el vendedor debe haber el daño e no el comprador: pero si algún pro y viniere, sea del comprador*” ». En el mismo sentido, si bien con mayor claridad, se expresa la ley 23 título V, Part. V: «*Cumplese la vendida en dos maneras: la una se face en escrito; la otra sin él: cuando se face sin escrito, aviniéndose comprador e vendedor, uno de la cosa, otro del precio, dende en adelante, el daño que viniese de la cosa, es del comprador. Eso mismo decimos cuando se face por escrito; luego que la carta es acabada e firmada con testigos, dende adelante es el daño del comprador, maguer la cosa non sea pasada al su poder.*» Vide también SOTO NIETO: “El caso fortuito y la fuerza mayor”, Barcelona, 1965, pág. 151 y ss. La S del TS de 6 de octubre de 1965. Pero a pesar de todo, esta doctrina ha merecido, como ha dicho CASTÁN (“Derecho Civil Español Común y Foral”, tomo IV, Madrid 1962, pág. 90) «un juicio crítico desfavorable de la mayoría de los autores; este sistema destruye el juego normal de los contratos bilaterales». Y CASTÁN, con evidente visión incluso profética, tenía razón..

1. Supuesto explicativo «*ad exemplum*»

Yo, solicito del Sr. Presidente y del pleno de la Academia que me vendan un incunable de muchísimo valor. Les ofrezco un precio equivalente. El Presidente me dice “de acuerdo, pero mañana me pagarás el precio, y yo te entregaré el incunable”. Yo digo que de acuerdo. De madrugada un incendio convierte el incunable en cenizas. Yo voy, a la mañana siguiente a buscar el incunable y a pagarlo. El ujier me dice, tras haber sido asesorado “Mire Vd. el incunable ha perecido, y de Vd. es el riesgo. Pero entrégueme el dinero porque el precio no ha perecido”. Seguro que no será así. Pero si se admite tal como se viene, al menos se venía sosteniendo, esto es la consecuencia de un principio francamente admitido: Es la doctrina de los riesgos, que se inclina por el mantenimiento del «*periculum est emptoris*».

Pues bien, esto no es así. Tras muchísima polémica, simplificando, esta verdadera anomalía no puede mantenerse por los siguientes argumentos:

1º - Los argumentos «pro-doctrina» principales más invocados

Se invoca el primer inciso del art. 1.095 del Código civil en cuanto dice que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla» y como el que está a las “maduras”, también está a las “duras” si goza de lo más, sufre de lo menos.

2º - Más específicamente se invoca el art. 1.452 según el cual «el daño o provecho de la cosa convenida se regirá por lo dispuesto en los arts. 1.096 y 1.182».

El primero dice, aparte de que el que tiene derecho a la entrega puede compeler a que se entregue, dice que si el obligado (léase el vendedor) ha incurrido en mora o culpa será de su cuenta (vendedor) los casos fortuitos hasta que se realice la entrega. Se dice que si el vendedor ha de sufrir el riesgo cuando es culpable, es claro que cuando no es culpable no ha de sufrirlo, y por lo tanto quien ha de sufrirlo es el comprador, y apoya este decir el art. 1.182 que dice que quedará extinguida la obligación de entregar, cuando ésta perece sin culpa del deudor, con lo que quien la sufre es el comprador que es el acreedor de la entrega.

Todos estos argumentos se deshacen si se considera.

Nosotros mantenemos una posición crítica con respecto a esta doctrina, y además sometemos que en todo caso, está mal interpretada, dándole una extensión de la que carece.

3º - Argumentación contraria oportuna

1) El art. 1.452 es un precepto que está incluido en el Código civil dentro y como regulación de compraventa, y se refiere a esta situación especial. Y esta regulación especial no puede extenderse a otros supuestos distintos (art. 4ª Código civil). Y ¿cuál es el objeto de dicha regulación especial? Pues, el daño o provecho de la cosa vendida, cosa que es muy distinta del pericimimiento

Si la cosa, ha desaparecido CLARO que no puede entregarse y el vendedor – como dice el art. 1.182 no la puedo obtener.

En cambio, si la cosa se ha estropeado algo o si ha mejorado el comprador tras la tradición ⁽²¹⁾ la hace suya tal como está, mejor o peor.

2) Pero la argumentación a nuestro entender más seria y dominante es aquella que con toda lógica defiende que la consecuencia que atrae el «*periculum*» para el comprador, es que éste, como la cosa se ha perdido, ha perecido, no existe, se queda sin ella, y sufre las consecuencias que comportan para el deudor-vendedor la liberación de entregarla y de entregar su «*id quod interest*» o equivalente.

Pero, nadie dice ni existe fundamento alguno para añadir a esta pérdida la barbaridad de que, encima que no haber recibido la cosa, debe pagar el precio, aquel precio que se obligó a pagar a cambio de recibir la cosa ⁽²²⁾.

²¹ El problema de los riesgos en la compraventa, contempla el menoscabo o pericimimiento fortuito, no culpable, en el periodo que media entre la perfección del contrato (constitución de la obligación de entregar la cosa y pagar el precio) y la tradición (que comporta ya la transmisión dominical – art. 609 del CC). Después de efectuada la tradición, claro está que todo lo que sobreviene afecta al dueño como tal dueño, no como comprador. Pero la discusión versa acerca de lo que ocurre si vendida la casa, pero aun no entregada, parece o se menoscaba. ¿Quién corre el riesgo, quién lo sufre?

²² Nótese; Si la cosa vendida sufre un determinado menoscabo fortuito, claro que el comprador, al recibirla, la recibe con tal menoscabo y lo sufre. Pero si la cosa se pierde, es claro que ineludiblemente sufre la carga de no poderla recibir y consecuentemente padece el riesgo de la pérdida. Pero, está es la trascendencia del riesgo. Pues al no recibir la cosa, él puede resolver el contrato y no pagar el precio.

Y, por encima de toda la literatura jurídica que se ha derramado, sepamos que es el mismo legislador el que acoge este argumento. En efecto: el art. 1.124 del Código civil (que precisamente regula la resolución) dice literalmente lo siguiente en favor del comprador. Dice que el perjudicado «También podrá pedir la resolución, aún cuando después de haber optado por el cumplimiento, CUANDO ÉSTE RESULTARE IMPOSIBLE».

3) Después de este inciso del art. 1.124 que acabamos de mencionar, se produce una concordancia con las consecuencias del principio informador (causa) antes mencionado. Nunca hay que presumir que exista contratante alguno que esté dispuesto a obligarse a hacer o pagar algo, sin la contraprestación. E imaginarnos que a un lego le preguntarais si le parece bien esto del «*periculum est emptoris*». Bastante “*periculum*” tiene con quedarse sin la cosa (²³).

VII – GÉNERO Y ESPECIE: ARTS. 1.124 Y 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL

1. En general

El art. 1.124 regula la facultad que tiene el perjudicado ante el incumplimiento de la obligación recíproca (contraprestación) de optar, bien por la resolución, bien por el incumplimiento con más la indemnización de los daños y perjuicios.

Ni por un momento cabe duda que el incumplimiento de la obligación de pagar el precio, a cambio de recibir el bien inmueble, es un caso especial o singular incardinable dentro del supuesto general que regula el art. 1.124.

Al ser el art. 1.124 un precepto de carácter general (respecto a las obligaciones recíprocas) por su naturaleza general y atrayente, nutre y suple el art. 1.504 en todo menos en la corrección que el propio artículo comporta de tal modo, que en el ámbito especial de la compraventa de bienes inmuebles, el art. 1.124 provoca que los requisitos que a su tenor han de concurrir para que proceda la resolución deben alcanzar las características generales que exige el art. 1.124,

En fin, que si deviene un caso fortuito, el hecho de que el deudor no cumpla, no entregue, por caso fortuito, ello a nuestro juicio, no enerva el derecho del perjudicado a proceder a la resolución del contrato.

²³ Vide nota anterior.

como tales requisitos generales y se exigen también conjuntamente los requisitos específicos del art. 1.504 ⁽²⁴⁾.

Por esto la jurisprudencia sostiene que, aún en el caso de aplicación del art. 1.504 el incumplimiento deber ser esencial ⁽²⁵⁾.

²⁴ Expresamos esto, porque tiene decisiva y pragmática importancia el que, los requisitos exigidos para la aplicación del art. 1.124, son también exigidos para aplicar el art. 1.504. Ello ha permitido tanto al T.S. como a los Tribunales de instancia flexibilizar y complementar el art. 1.504 del CC en su incidencia en los casos concretos. Una frecuente desviación fruto de la codicia humana (tan frecuente que incluso Díez Picazo, como veremos, alude a ella op. cit. Pág. 830) hace que un comprador que ha pagado todos los plazos del precio aplazado todos ellos nutridos, quedando pendientes sólo el último pequeño cuantitativamente, nimio, se encuentre con que transcurridos unos días del último vencimiento, recibe un requerimiento de resolución y comoquiera que el art. 1.504 C.C. para la compraventa de inmuebles dispone que después de recibido el requerimiento el Juez no podrá conceder nuevo plazo, habría, tomando el art. 1.504 “*ad pedem litterae*” que declarar tal resolución. Pues bien, he visto muchas intentonas pero ninguna de ellas ha conseguido que la desvergüenza triunfara. El argumento fácilmente empleado para evitar el desafuero es el de aplicar al art. 1.504 las exigencias de viabilidad de la resolución ex art. 1.124 (vide nota anterior) y entre ellas, la de que el incumplimiento sea esencial (en el sentido de la S. de 6 de septiembre de 2010) es decir no nimio, insignificante. Y el último plazo es en relación con la totalidad del precio, una insignificancia, y esta insignificancia (cuya demora a lo mejor ha sido ladinamente inducida) es impotente para provocar la resolución (Sic. S. T.S. 30 de abril de 1996). La extensión, en fin, de los requisitos exigidos para resolver ex art. 1.124 a la resolución del art. 1.504 permite siempre enriquecer este último precepto en aras de una más perfecta y equitativa justicia del caso.

Transcribamos finalmente el decir de DÍEZ PICAZO quien en su citado Tomo II, pág. 831 dice lo siguiente: “Por ejemplo, el demandante trata de recuperar la cosa vendida y pagada en su casi totalidad para aprovecharse de una revalorización que entre tanto tal cosa ha experimentado en el mercado. En estos supuestos y en otros parecidos es posible aplicar la idea de la *exceptio doli* o del abuso del derecho de resolución”. Otro argumento más al servicio de la equidad.

²⁵ La importante sentencia del TS de 6 de septiembre de 2010 proporciona una visión panorámica del tratamiento jurisprudencial del art. 1.124 del CC, y en ella se consolida la doctrina de que el art. 1.124 ampara la resolución por decisión del perjudicado no sólo cuando el incumplimiento se debe a una voluntad deliberadamente rebelde del obligado sino que prescindiendo de ello se atiende a una realidad objetiva, bastando que el incumplimiento fáctico sufrido, comporte la frustración del fin del contrato. En ella, categóricamente, se afirma: “En la actualidad la doctrina de esta Sala acerca del incumplimiento resolutorio no exige esta deliberada y rebelde voluntad, sino que en base a criterios más objetivos, se entiende que en este caso se produce un incumplimiento ESENCIAL, que impide al acreedor obtener aquello buscado con la conclusión del contrato que en la compraventa es el precio. Por tanto, debe concluirse que este incumplimiento se produjo, puesto que consta probado que el precio aun no se ha pagado, ni tan solo se ha

2. La especialidad del art. 1.504 consiste sustancialmente en la atribución de un privilegio al comprador

El privilegio, sustancialmente consiste en que por grave que sea el incumplimiento existente aún después de vencido el plazo, el vendedor víctima no puede oponerse a que tardíamente le pague el comprador, aún fuera de plazo, pues solo después de que el vendedor haya practicado el requerimiento (que ha de ser de resolución practicado por acta notarial o judicialmente) nace la resolubilidad, pudiendo hasta este momento purgar su demora y estando operativo el contrato. Así pues, en la compraventa de bienes inmuebles, pese a la gravedad del incumplimiento, de ningún modo existe la posibilidad de resolver a instancia del vendedor-víctima, si (además de haber vencido el plazo) no precede el requerimiento de resolución. Yo no he penetrado en la «*mens legislatoris*» pero en la práctica, esto constituye un estímulo a la normalidad contractual y al principio de conservación del contrato.

3. La teórica contrapartida del privilegio: el robustecimiento del derecho del vendedor

a) El final del art. 1.504 no puede ser más taxativo y contundente pues dice: «hecho el requerimiento el juez (teóricamente, digo) no podrá concederle (al comprador) nuevo término», en contraste, con el art. 1.124 (que es norma general como hemos visto) que en cambio dispone «El Tribunal decretará la resolución que se reclame a no haber causas jurídicas que le autoricen para señalar plazo». El art. 1.124 pues, también restringe la concesión de plazo, pero está muy lejos de la contundencia y absolutividad propia del citado inciso del art. 1.504.

b) Pero hemos dicho «teóricamente» porque en la realidad este no señalar plazo que significa que debe acogerse la resolución ineludiblemente luego de «hecho el requerimiento» no opera con esta anunciada absolutividad. Hemos constatado con frecuencia un fenómeno ciertamente feo. Precio aplazado con plazos iniciales bastante sustanciosos, en tanto que los últimos o el último son, en relación a los otros, propiamente insignificantes. Aparentes relaciones fluidas entre vendedor y comprador: «No te preocupes si tienes alguna dificultad para esto están los amigos» dice el vendedor. Un buen día, satisfecho ya casi todo salvo el último o unos pocos últimos plazos pendientes, éstos no se satisfacen puntualmente. Deviene el requerimiento (la finca por lo que sea ha aumentado de valor, a lo mejor por razones urbanísticas) de

consignado, de modo que se han cumplido los requisitos exigidos por esta Sala para la efectividad de la resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 1504 CC.

resolución y, según el art. 1.504 el Juez no puede concederle al comprador un nuevo plazo y ha de decretar la resolución.

Pero no es así. Jamás pasa tal cosa. ¿Y el argumento?: Suele ser el siguiente. Comoquiera que el art. 1.504 es un caso particular de la regulación general del art. 1.124 no puede decretarse la resolución si no existe el consiguiente incumplimiento. Pero como no genera la resolución cualquier incumplimiento sino que solamente el incumplimiento esencial ⁽²⁶⁾ no hay incumplimiento, y desaparece el supuesto de aplicación del precepto. La obligación de pagar el precio ha de ser «esencialmente» incumplida. Y si se paga casi todo no está «esencialmente» incumplida.

4. El supuesto de aplicación del precepto (1.504)

El art. 1.504 se aplica a la compraventa de bienes inmuebles, tanto si está inmatriculados en el Registro de la Propiedad, como si no lo están, se aplica tanto si existe una condición resolutoria expresa escrita como si ésta no existe.

Y se aplica igualmente aunque exista un pacto expreso, por el que se excluya su aplicación, de tal modo que ha de entenderse que la exigencia de este requerimiento para resolver no es renunciabile.

Así pues, el comprador goza de este privilegio, tanto si existe pactada condición resolutoria como si no existe, como si, en fin, se pacta una resolubilidad automática.

5. Advertencia con respecto al pacto de condición resolutoria expresa o pacto comisorio

Es peligroso pactar que el impago provoca la resolución automáticamente, suprimiendo el derecho de la víctima a optar por pedir el cumplimiento o pedir la resolución pues si se suprime el derecho a optar o se el «*si volet*» de los textos romanos, se deja el contrato al arbitrio puro del comprador, pues éste puede por solo su decisión de no pagar y el consecuente hecho de no pagar, conseguir la resolución y por ende la desaparición del contrato, y sabido es que es contrario a derecho que el contrato quede a la decisión de una sola de las partes ⁽²⁷⁾. Aunque pocas veces, se han dado casos en que este exceso verbal ha causado la declaración de nulidad del contrato.

²⁶ Vide «*supra*» nota 24.

²⁷ Vide la categórica disposición del art. 1.256, respondiendo al mismo espíritu el art. 1.115 del Código civil. Por esto si el deudor del precio, está obligado por un contrato en donde se dice que el impago de aquel produce automáticamente y de pleno derecho la resolución del contrato, es claro que si él solo decide no pagar por su sola decisión se resuelve (por nulo:

VIII – EL PRECIO APLAZADO, LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA, Y LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA REGISTRAL

1. La constancia de que existe en la compraventa de un inmueble determinado precio aplazado o parte del precio no satisfecho

Aunque en una compraventa determinada, aún perfecciona en escritura pública e inscrito el dominio a favor del comprador exista la simple mención de la existencia de precio aplazado si esta finca hace tránsito por cualquier otro título legítimo en virtud de negocio jurídico efectuado por el comprador a favor de un tercero, este tercero ⁽²⁸⁾ y los sucesivos terceros, jamás estarán afectados ni les perjudicará aquella resolución que optando por ella mediante el idóneo requerimiento que efectúe el vendedor. Tales adquirentes, estarán protegidos por su condición de terceros hipotecarios del art. 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que hayan inscrito su derecho guardando el principio de tracto sucesivo ⁽²⁹⁾.

Claro que la exigencia de buena fe (desconocimiento insalvable) que efectúa el art. 34, podría conducir a pensar que la mención podría hacer ver al subadquiriente y siguientes que el contrato podría resolverse. Pero es ocioso e

art. 1.115) el contrato, dependiendo todo ello de su sola voluntad. Por esto los juristas romanos, ya efectuaron la oportuna advertencia salvadora. En realidad es la víctima el acreedor que puede pedir el cumplimiento o «*si volet*» si él quiere resolver el contrato. Pues la resolución automática depende solo del inculpador si es automática. (Vide Digesto Libro XVIII, título III, 3). Vide sic. art. 1.115 Código Civil.

²⁸ Nos referimos naturalmente al tercero del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Pero hay que tener cuidado, en este caso dado que el art. 34 dispone la desprotección (en el sentido de no protección) del tercero que parece de buena fe, es decir, que conoce la realidad jurídica material, máxime si ésta deviene en conocimiento del adquirente por la publicidad registral. Pero en este caso, aunque del título dominical del vendedor inscrito se desprenda que el precio no está pagado, hay que advertir que existe una norma especial cual es la del art. 11 de la Ley Hipotecaria, que contundentemente expresa, que la simple mención del precio aplazado no es oponible a terceros, si tal precio aplazado no está amparado bien por una garantía hipotecaria inscrita, bien por constar inscrita el otorgamiento de una condición resolutoria explícita. Y decimos esto, porque como vemos el tercero si no existe la hipoteca o la condición resolutoria explícita escrita, está incólume y no le afecta el aplazamiento del precio. La finca, ni él, responden de su pago.

²⁹ Insisto, aunque sean terceros y estos para ser protegidos deben tener buena fe (en el sentido del desconocimiento del defecto discordancia) como dispone el mismo art. 34 de la Ley Hipotecaria, aquí, nunca quedará afectado por pretensión resolutoria alguna del vendedor (que dispuso en favor del causante particular del tercero) ya que, para que ello sea oponible a terceros requiere el cumplimiento y constancia registral de lo que se expresa en la nota anterior, o sea, condición resolutoria explícita, o hipoteca (inscritas).

inútil entretenerse en esta elucubración. El art. 11 de la Ley Hipotecaria ⁽³⁰⁾ es taxativo, claro y contundente: «la mención del precio aplazado, conforme al artículo anterior no surtirá efecto en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita».

Por esto, el precio aplazado y la facultad de resolver solo afectara a los siguientes adquirentes mediante la resolución, si el derecho de crédito así aplazado no está amparado por uno de estos dos gravámenes sobre la finca vendida: O bien la hipoteca en garantía de dicho precio, o bien el pacto expreso de que la falta de pago provoca la resolución «*si volet*» el vendedor.

Está pues claro que el vendedor, que ha concedido un aplazamiento de pago, si quiere, en caso de que no le paguen, resolver el contrato y recuperar la finca, si esta finca ya ha sido transmitida por el comprador, solo podrá resolver eficazmente, bien mediante la previa constancia registral del pacto de condición resolutoria expresa, bien, si ejecuta la hipoteca, cobrando el importe resultante de la ejecución o adjudicándose la finca por el valor correspondiente ⁽³¹⁾.

Y en verdad, atendido lo que después se dirá siempre es más recomendable servirse de la garantía hipotecaria, que no de la condición resolutoria.

³⁰ Vide las dos notas inmediatamente anteriores.

³¹ Aun pese al mal ambiente que existe hoy respecto a la ejecución hipotecaria, sobre todo si termina con la adjudicación del bien hipotecado en favor del acreedor (máxime si aún queda saldo suficiente en favor del acreedor) y consiguiente lanzamiento del dueño gravado expulsándole de su finca; pese a todo ello, es más corto fácil y sencillo, entrar directamente en un juicio ejecutivo, es decir, en un proceso de ejecución: Vide art. 129 de la Ley Hipotecaria (acción hipotecaria ejercitable directamente sobre los bienes hipotecados) que remite a su vez a lo dispuesto en el título IV del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Vide sic, capítulo V de dicho título). Antes de la promulgación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria era de regulación autosuficiente y los procedimientos para hacer valer la hipoteca estaban clara y diáfananamente dispuestos por la propia Ley (y su Reglamento). Ahora (no precisamente para simplificar y facilitar la singularidad eficacia del proceso) se remite a la LEC, que concentra todos los procedimientos, estuviera como estaba, plenamente contenido en la Ley Hipotecaria que por algo se llama «Ley hipotecaria». No es bueno complicar.

De todas formas el sufrido abogado ha de comprender que un proceso de ejecución hipotecaria (que es una ejecución) consume muchísimo menos tiempo que un proceso declarativo de resolución que luego de terminado (tiempo largo) solo dispensa la plenitud y realidad de la pretensión si se insta después el proceso de ejecución. Y efectivamente dos es más que uno. Y además el cauce de oposición del trámite de ejecución es estrechísimo y por ello más privilegiado para el acreedor.

2 – El requerimiento de resolución

a) En general

Ya se comprende que el requerimiento de resolución es necesario, pues el vendedor a quien no le pagan puede optar entre pedir el cumplimiento o proceder a la resolución. Y claro está, como no tiene ambos derechos sino uno solo de ellos, para ejercitarlos es menester que ⁽³²⁾ manifieste el sentido de su opción.

Al principio se declaró jurisprudencialmente que el requerimiento producía sus efectos «sin necesidad de acudir a juicio», después se dijo que aunque era así, en juicio había de decidirse si el efecto retenido por el requerimiento era conforme a derecho o si el requerimiento era correcto, terminando la evolución jurisprudencial afirmándose que, es preciso el requerimiento, pero para hacer efectiva la resolución hace falta bien la conformidad bien una resolución jurisdiccional ejecutoria ⁽³³⁾.

b) El requerimiento, la resolución y su aparente automática constancia registral

La lectura del art. 59 del Reglamento Hipotecario produce al que desea proceder a la resolución por incumplimiento amparable por un pacto expreso resolutorio inscrito una gran ilusión: que fácil y sencillo es el procedimiento.

En efecto, aquel vendedor que sufra el impago del precio, garantizado con pacto resolutorio expreso debidamente publicado por el Registro en el folio correspondiente a la finca vendida, puede conseguir que se «reinscriba» la finca a su favor. Bastará que se «haga constar la

³² Aunque este requerimiento que ahora analizamos es aquél que pretende la resolución de una compraventa de inmuebles, guardando las especialidades que aquí se expresan, en todo lo demás ha de estarse a lo dicho «supra» en el capítulo III de este modesto estudio.

³³ Remitimos al capítulo III antes citado y a la nota anterior. De todas formas si se trata del interés justo del comprador es más prudente, no ya no dar la conformidad sino que dentro del plazo notarial institucional para contestar, se intervenga en el requerimiento manifestando de forma expresa la oposición o disconformidad a la resolución.

Digo esto porque aparte de que yo creo que la efectividad del requerimiento solo se alcanza con la conformidad o la resolución judicial, es mejor y más seguro explicitar la disconformidad. Solo una sentencia, que yo conozca, da eficacia resolutoria si no hay oposición. Y – repito – aunque no creo que este criterio esté consolidado, por si las moscas, es más prudente – insisto- manifestar ya «ab initio» la disconformidad.

notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor» de quedar resuelta la venta y se acompañe el título del vendedor (³⁴).

Es decir según aparenta el art. 59 si el vendedor rectamente amparado por una cláusula en la que expresamente se pacte la resolución de pleno derecho por el impago del precio puede conseguir la finca se inscriba de nuevo a favor del vendedor, con solo pedirlo al Registrador acompañando el requerimiento de resolución y la escritura de propiedad que amparaba al vendedor.

Mas, no es así. Rotundamente este precepto no se aplica, ni se consigue el efecto que dispone, de ninguna manera. Ningún Registrador reinscribe a favor del vendedor según el mandato del art. 59. Y los recursos ante la Dirección General de Registros y el Notariado y procesos ante la jurisdicción ordinaria, siempre han confirmado estas calificaciones registrales. No sólo se ha exigido la conformidad del comprador a tal resolución – o la resolución judicial – sino que además exige que conste la devolución del precio recibido, que si existen letras de cambio, se acredite que se han utilizado o se aporten, etc., etc. (³⁵).

³⁴ El texto reglamentario no puede ser más atractivo y falsamente confortante para el vendedor que pretenda resolver: En efecto. El precepto establece la posibilidad de que el Registrador retroinscriba, es decir, practique una nueva inscripción de dominio de la finca vendida, otra vez en favor del vendedor con un trámite tan simple y sencillo como el siguiente: presentando al Registro el requerimiento notarial dirigido por el vendedor insatisfecho al comprador notificándole la resolución de la venta, acompañando además el título que amparaba al vendedor (el título de dominio en favor del vendedor) y tras tal presentación el Registrador reinscribe, otra vez, el dominio en favor del vendedor, todo ello en el folio correspondiente a la finca vendida.

Cuántos pueden caer en el error de imaginarse que esto – que es lo que dice el art. 59 del Reglamento hipotecario aplicable a las ventas en las que existe el pacto explícito de dar a la falta de pago, pleno derecho, el efecto resolutorio – ocurre así, sin más. Pero no es así, como hemos visto se requiere para recuperar el dominio, y para que esta recuperación luzca publicada en el Registro, apareciendo de nuevo como titular dominical el vendedor, para conseguir esto – repito – hace falta, bien la explícita conformidad del comprador, bien la consiguiente sentencia ejecutoria que decrete la resolución o la disponga que está bien hecha.

Así pues, esta atractiva simplificación es sólo un espejismo.

Y cuando algo parezca tan extraordinario un consejo: Verifica la jurisprudencia.

Luego de recomendar el estudio de la jurisprudencia y de las múltiples resoluciones de la DGRN, no está de más examinar el art. 82 de la Ley Hipotecaria, cuyo espíritu, en el fondo, no está muy lejos de la complementación jurisprudencial.

³⁵ Además de la nota anterior «supra» núm. 31 véase la abundante jurisprudencia y relación de resoluciones de la DGRN que aparecen en el Código de Legislación Hipotecaria y del

Por todo ello, en suma dos consejos: Es más práctico ir directamente a la acción especial hipotecaria – hoy ejecutiva ⁽³⁶⁾ – que al declarativo, solicitando la resolución y consiguiente condena a restituir.

Y si se es el requerido, hacer constar, contestando el requerimiento, la disconformidad.

En suma que el art. 59 parece ante la fuerte judicialización.

IX – RESOLUCIÓN – RESILIACIÓN

En un contrato de tracto-único, (como por ejemplo la compraventa) si se opera la resolución, como el contrato se convierte en ineficaz, desaparece, «no hay venta» y es natural que el vendedor tenga que restituir el precio, y el

Registro Mercantil, cuarta edición, págs. 406 y sgtes. (GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Hipotecaria*. Madrid, 2004. Ed. Civitas) de cuya lectura no puede prescindir el estudioso de estos temas.

Señalamos empero como más significativas algunas de las Sentencias o Resoluciones allí mencionadas: Por ejemplo la resolución de la DGRN de 19 de julio de 1994 dice: “la reinscripción a favor del vendedor exige no sólo los requisitos del artículo 59 RH, sino que el vendedor haya cumplido sus obligaciones y también el consentimiento o allanamiento del comprador, o en su defecto la resolución judicial”. Poco después continua diciendo «La Sentencia de 6 de octubre de 2000 entiende que la resolución no puede ser declarada judicialmente sin el ejercicio de la acción, cuya exigencia sólo es eludible cuando se da una resolución convencional, pero de existir resistencia por alguno de los contratantes es precisa la postulación procesal mediante la demanda o reconvencción, no viendo idónea la vía de excepción». Cita también dos resoluciones de la DGRN de 16 y 17 de Septiembre de 1987 que exigen para la inscripción de la finca nuevamente a favor del vendedor que éste oponga a la disposición del comprador todas las letras de cambio no vencidas para evitar así una doble ejecución.

Finalmente, alude GARCÍA GARCÍA en lug. citado, a la clara exigencia de que se consignent todas las cantidades a devolver sin que tal devolución puede ser excusada por compensación con importe alguno de cláusulas penales y cita, entre otras muchas las resoluciones de la DGRN las citadas de 16 y 17 septiembre de 1987. 19 de enero de 1988, y 2 y 4 de febrero de 1988, así como la Resolución de 8 de mayo de 2003.

La conclusión pragmática es clara. El automatismo que parece aflorar del art. 59 del reglamento es, en la realidad, inexistente. Y la razón que informa las mencionadas SS del TS y las resoluciones de la DGRN es evidente y justificativa de una interpretación correctiva, clara teniendo en cuenta el institucional carácter complementado de la jurisprudencia, y el ordenamiento jurídico en su conjunto, al amparo, en fin, de los arts. 1º y 3º del Código civil.

³⁶ Vide art. 129 de la Ley Hipotecaria que remite para el procedimiento de ejecución al título IV del libro III, capítulo V. Vide «supra» nota 31.

comprador tenga que retrotransmitir el fondo. Esto es consecuencia ineludible de la desaparición (resolución) del contrato (³⁷).

Pero si, por ejemplo, lo que se resuelve es un contrato de arrendamiento que consiste en la cesión temporal de un uso, contra el pago de sucesivos pagos correspondientes a periodos temporales preestablecidos (alquileres), la resolución comporta la desaparición, la extinción del contrato, también conduce ineludiblemente a la restitución. Y esta restitución comporta la devolución de las rentas percibidas, y la devolución del uso que se disfrutó. Pero, ¿cómo va a devolverse un uso, del que ya se ha disfrutado, en el tiempo pasado? Y lo pasado, irremediamente pasado está.

TRAVIESAS dice que esta situación (en los contratos, no de tracto único sino de tracto sucesivo) es una resolución sólo para el futuro y la llama RESILIACIÓN (³⁸).

³⁷ En general, la resolución produce los consiguientes efectos destructivos del contrato «*ex tunc*» (efecto retroactivo) que se pulveriza desde el principio, generándose consecuentemente el deber de restitución de las recíprocas prestaciones ya efectuadas por una u otra parte, o la liberación de prestar aquellas aún no cumplidas. Vide al efecto lo que dice DIEZ PICAZO en sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* Tomo II op. cit. pág. 872. En dicho lugar se dice lo siguiente: «La doctrina tradicional ha entendido que la resolución se produce con efectos retroactivos y alcanza, por consiguiente, a los negocios que pudiera haber realizado el demandado frente a quien la resolución se pronuncia. En especial, a los actos dispositivos y los de constitución de derechos sobre el bien objeto de restitución. De acuerdo con esta idea, se aplica la máxima según la cual, una vez resuelto el derecho, quedan igualmente resueltos los derechos, que sobre aquél se hubieran podido constituir (*resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*) ».

Seguidamente muestra el autor ciertos recelos frente a tal doctrina, en cuanto que sostiene que su radicalidad puede fallar o ser inoportuna. Pero más adelante, tal como veremos en la nota siguiente, al concretar estos recelos viene a coincidir sensiblemente con la doctrina de TRAVIESAS y con lo que aquí practicamos, siguiéndole en el fondo a aquél.

³⁸ DIEZ PICAZO, con la claridad que le caracteriza, define su posición y explicita sus recelos diciendo en la pág. 873 op. citada: «Nosotros creemos que, en términos generales, la regla de la retroactividad de los efectos resolutorios puede aplicarse cuando se trata de relaciones obligatorias de cambio con efectos instantáneos, pero que no puede aplicarse cuando afecta a relaciones duraderas, que total o parcialmente se encontraban consumadas (p. ej., arrendamiento, suministro, contratos de agencia y de concesión mercantil) . La resolución, en estos casos, extingue el vínculo obligatorio con puros efectos *ex nunc* e impone entre las partes los consiguientes deberes de liquidación de la situación.

La STS de 11 de junio de 1991 indica que «los arts. 1124 y 1504 CC no se eluden entre sí, sino que se complementan en el sentido de que la regla general para toda clase de obligaciones recíprocas, contenida en el primero, hace aplicación de modo específico y concreto en el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, de forma que, declarada la resolución, se ha de volver a un estado jurídico

Y uno piensa que tuvo razón, y que la actual modernidad confirma esta razón. Situémonos en el presente y en el actual desahucio por falta de pago. El desahucio por falta de pago, es la expresión procesal, de un caso particular del art. 1.124 del CC. No puede exigirse, según este precepto, el cumplimiento y a la vez la resolución. O se pide que se condene al deudor a cumplir, o por el contrario se resuelva el contrato pero no se pueden pedir ambas cosas.

Pues, ¿qué ocurre hoy? Pues que en el ejercicio del desahucio por falta de pago de las rentas, se pide (y se obtiene) la resolución y además el pago de las rentas atrasadas.

Y es sencillo, la resiliación actúa para el futuro pero el uso ya disfrutado, que no puede devolverse, ha de pagarse y este pago exigido, puede entenderse como el equivalente estimado y convenido del disfrute del uso cedido que así se restituye ⁽³⁹⁾. El efecto resolutorio afecta al tiempo futuro que resta por transcurrir. Para el futuro si se resuelve ni hay disfrute ni hay renta.

preexistente, retomando el anterior estado, con reintegro por cada contratante de las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, o lo que es lo mismo, los efectos se producen *ex tunc*, sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los arts. 1295 y 1298 CC y a las disposiciones de la LH».

Es así manifiesta la coincidencia en el fondo muestra con la doctrina de TRAVIESAS «*Obligaciones recíprocas*» se publicó en la Revista de Derecho Privado, año 1929, pág. 273. Allí por lo que aquí respecta TRAVIESAS dice lo siguiente (pág. 327): «No es dudoso que la resolución decretada, conforme al art. 1.124 del Código civil, opera retroactivamente *ex tunc*». Más adelante remacha con claridad afirmando: “Por la resolución se restaura la situación jurídica anterior al momento de la perfección del contrato”. Y finalmente diáfano precisa: “Ocurre esto, dice, v. gr., CAPITANT, en los contratos de tracto sucesivo. Hay propiamente **resiliación** (resolución para lo futuro), no resolución. En tanto que las partes han cumplido sus obligaciones, el contrato ha funcionado de manera normal, ha producido sus efectos regulares y no puede tratarse de borrarlo. Habría imposibilidad material de hacerlo.».

³⁹ Así pues, en los contratos de tracto único (como en la compraventa o la permuta por ejemplo) la resolución del art. 1.124 destruye el contrato (vide Civ. 1.123), pero en los de tracto sucesivo (como el arrendamiento) la resolución opera «*ex unc*» solo para el futuro sin que el desahucio por falta de pago (caso particular del art. 1.124) al permitir la reclamación de las rentas atrasadas y a la vez la resolución infringe el mandato de que ha de pedirse ora la resolución, ora el cumplimiento, no ambas cosas a la vez. Nótese que el art. 40.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 dispuso lo siguiente: «El arrendador en los supuestos de resolución del contrato por falta de pago podrá ejercer acumuladas y simultáneamente la acción de resolución del contrato y la reclamación de las cantidades adeudadas». La nueva Ley de Enjuiciamiento civil, al regular este procedimiento que se incardina en el juicio verbal (art. 250.2), no altera esta posibilidad de pedir el desahucio y el pago de las rentas atrasadas a la vez, pues el art. 438.3 ^{3º} permite

Sea cual sea la justificación, lo que “de facto” ocurre es que la resiliación actúa no «*ex tunc*» sino «*ex nunc*» (⁴⁰). Y entendemos por «resiliación» la resolución de los contratos de tracto sucesivo. Así pues la resiliación rompe el vínculo pero solo para el futuro. En este futuro ni el arrendatario puede disfrutar del objeto arrendado, ni tiene –es natural - la obligación de pagar el alquiler. Pero como el pasado es indestructible (⁴¹) e irrestituible, sólo provoca en la práctica efectos hacia el futuro.

José Juan Pintó Ruiz
Doctor en Derecho - Abogado

expresamente la acumulación de la acción del desahucio por falta de pago y de reclamación de las rentas atrasadas.

Esto no contradice – insisto – la disyuntiva del art. 1.124: «o la resolución o el cumplimiento». Como la «resiliación» actúa solo «*ex nunc*» para el futuro, al pedirse la resolución se pide para el futuro y por ello las rentas atrasadas han de pagarse pues corresponden a un periodo que el contrato estuvo vigente. El arrendatario disfrutó de la finca, y la contrapartida: rentas, debía pagarse. Pero la resolución actúa solo para el futuro, y por esto lo que no puede hacer el arrendador, es desahuciarle y pedirle las rentas futuras hasta el vencimiento contractual.

Si se contempla la misma realidad, prescindiendo de la doctrina de Traviesas – y en el fondo de DÍEZ PICAZO también – la conclusión será la misma.

La resolución provocaría – así contempladas las cosas – la destrucción del contrato. Para el futuro no se disfrutaría por el arrendatario del local, ni tendría éste obligación de pagar las rentas. Y para el pasado habría que estar al afecto restitutorio. Pero qué ocurre: Pues que como el disfrute ya ha acaecido, el disfrute no puede restituirse (porque es imposible) y ha de restituirse por el equivalente estimado que son las rentas correspondientes a este disfrute, que es lo que dispone en el fondo el art. 1.120 del Código civil.

⁴⁰Vide nota anterior.

⁴¹ Vide «supra» nota 39.