

El pacto de reserva de dominio

ROSA M.^a PÉREZ CANET
Universidad de Navarra

I. EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: GENERALIDADES. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO Y PACTO COMISORIO: PROBLEMÁTICA

El pacto de reserva de dominio es una convención de garantía del precio en la compraventa. Esta función de garantía también la desempeñan otros dos pactos, nacidos igualmente del convenio entre las partes: pacto de reserva de hipoteca y pacto comisorio.

Consiste este pacto (expreso) en establecer la no transmisión de la propiedad objeto de la compraventa, hasta que no se realice el pago total del precio aplazado. La propiedad no es transmitida al comprador por virtud de la tradición, sino que queda en poder del vendedor como garantía de la realización plena de la obligación fundamental del comprador (pago del precio, que al ser aplazado, supone el de todas las cuotas del mismo).

En cuanto a su naturaleza, este pacto, aunque pueda parecer excepción a los principios técnicos de la compraventa, no lo es. Respeta el carácter comutativo y bilateral de este contrato. Con el pacto, existen dos obligacio-

nes recíprocas para el vendedor y comprador y ambos conocen desde la formación del contrato, los beneficios o ventajas y sacrificios que de él se derivarán. Estos principios se mantienen en el momento de la conclusión del contrato (determinación de ambas prestaciones por parte de comprador -pago del precio total fijado- y vendedor -cosa a entregar-) o sinalagma genético y en el de ejecución del mismo (ejecución de ambas prestaciones) o sinalagma funcional.

La STS II-VII-83, recoge esto y además proclama que el "pactum reservati domini" es excepción a la simultaneidad en la realización de las dos atribuciones patrimoniales en la compraventa; efectivamente, el vendedor entrega la cosa pero con reserva de su dominio, hasta que el comprador cumpla totalmente con el pago de todas las cuotas del precio aplazado.

Este pacto se utiliza principalmente en compraventa de bienes muebles, regulados por la ley 17-VII-65, que también lo contempla; no tanto para las de inmuebles. En éstas se utiliza la garantía hipotecaria. Hemos de hacer notar la falta de regulación a este respecto.

La ley 17-VII-65 regula los contratos relativos a la venta de bienes

inmuebles a plazos y otros que tengan como fin el mismo de la venta a plazos; también los pactos de reserva de dominio establecidos para los mismos. Lógico es que estos se prevean porque siendo ventaja para el comprador la posibilidad del pago del precio aplazado, corresponde al vendedor garantía para que éste sea total, habiendo entregado previamente la cosa objeto de la venta. Señalar que la ley prevé un "Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer", a cargo de los Registros mercantiles.

Este pacto ha sido admitido por nuestra legislación. Es lícito y así lo declara la jurisprudencia. Concretamente, la STS II-VII-83, recoge las razones por las que puede considerarse como tal: en primer lugar, el comprador se beneficia del pago aplazado del precio, siendo mero tenedor de la cosa objeto de la compraventa, adquiriendo su propiedad con el pago total del precio (hasta la última cuota); mientras no se produzca la entrega del precio aplazado al vendedor, éste "se reserva su dominio" y en esto consiste la garantía que se deriva de este pacto; esto es perfectamente acorde con la moral y con el derecho; en segundo lugar, el incumplimiento del pacto da lugar a sanciones penales previstas por nuestra legislación. Si el pacto es cumplido, es decir, se produce la total ejecución de la prestación del comprador, quedando satisfecho el vendedor, el primero adquiere la propiedad de la cosa y el segundo deja de ser el titular, el "dominus". Este pacto envuelve una condición suspensiva (hecho futuro e incierto que los interesados ignoren, del que se hace depender el nacimiento de una obligación, art. 1113, 1114 c.c.) no referida a la perfección, sino a la consumación de la venta (ya hemos visto que este pacto es excepción a la simultaneidad de las atribuciones patrimoniales: se produce el acuerdo de voluntades acerca de cosa y precio del contrato, ejecutando el vendedor su prestación entregando la cosa, sólo su posesión y reservándose el dominio, a la espera de la ejecución de la del deu-

dor -entrega TOTAL del precio aplazado-). La adquisición del derecho real de propiedad sobre la cosa por el comprador, dependerá de la realización de la condición suspensiva, no referida al nacimiento de las obligaciones mismas de la compraventa, sino a la consumación de ésta y entrega del dominio (pago del precio estipulado, aplazado).

Por la teoría general de las obligaciones, sabemos que la condición suspensiva realizada tiene efectos retroactivos, es decir, que se sitúan en el momento de realización del acto del que surgió la obligación (art. 1120 c.c.).

En caso de incumplimiento, el comprador deberá restituir la cosa al acreedor y se plantea la liquidación de la gestión posesoria (si han habido mejoras, pérdidas o deterioros de la cosa mientras estuvo pendiente condición art. 1122 c.c.). Esto bien entendido que el comprador tenía la posesión de la cosa que, por el incumplimiento de su obligación, deberá restituir al vendedor (que nunca dejó de ser su propietario).

Efecto del incumplimiento será la resolución de la compraventa, ya sea por condición resolutoria implícita (art. 1124 c.c.: la compraventa, recordemos, es un contrato sinalagmático donde la causa de una prestación es la contraprestación) o por condición resolutoria expresa (art. 1504 para los bienes inmuebles). Esta última puede añadirse a la compraventa más pacto de reserva de dominio, en virtud de otro pacto (comisorio). Así pues, entran en juego aquí los preceptos relativos a la resolución: art. 1124, 1501.1 -pago de intereses por el tiempo entre la entrega de la cosa y pago del precio, por estipulación establecida por las partes-, art. 1503 -supuesto en el que no habiendo incumplimiento, que si se produjera daría lugar a la aplicación del 1124, el comportamiento del deudor inspira temor al vendedor de perder cosa y precio-, ejem.: caer en insolvencia aquél, destruir la finca..., -art. 1504, art. 1505- caso de resolución establecido para bienes muebles, de pleno derecho a favor del vendedor como en el 1504,

pero sin requerimiento por la variabilidad del valor de éstos en el mercado.

Hemos comprobado cómo en una misma venta pueden coincidir el pacto de reserva de dominio y el comisorio. Añadidos a este contrato ambos dan lugar a ventas en garantía y los efectos ante el incumplimiento de la obligación del deudor son la resolución, que tiene por regla general el art. 1124 y especial para compraventa de inmuebles el art. 1504.

José Ángel Martínez Sanchiz hace un estudio del pacto comisorio del 1504, en el que nos hemos basado para extraer determinadas conclusiones.

El pacto comisorio es aquél por el que si no se paga precio en el término estipulado, se resuelve la venta. En el art. 1504, previo requerimiento en la venta de bienes inmuebles; en el art. 1505, de bienes muebles, no se necesita ningún requisito.

Actualmente, se plantea la oportunidad de este pacto. Beltrán de Heredia entiende que este requerimiento previo exigido por el 1504 ("requerido judicial o por acta notarial") es dilación innecesaria.

En el 1504 se excluye la resolución automática (caso del 1124) aunque ésta se haya pactado, en el 1504. Sin requerimiento, no hay resolución. Posteriormente a éste, los tribunales no pueden fijar nuevos plazos para que el demandado cumpla su obligación.

Requisitos para que pueda actuar la acción resolutoria del 1124 y 1504: requisito subjetivo o voluntad deliberadamente rebelde del comprador y cumplimiento del vendedor de sus obligaciones (si no, la otra parte podría interponer la excepción de "non adimpletus contractus").

El requisito subjetivo, de muy importante estudio porque es motivo de CASACIÓN, por infracción del 1124, puede ser desglosado en dos (Diez Picazo):

– voluntad deliberadamente rebelde del deudor (puede no considerarse como causa de resolución cuando fue respuesta a una prórroga tácita o mora accipiendi por parte del vendedor –acreedor– o suspensión prevista en el art. 1502 c.c.), o, (alternativamente),

– hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo o irreformable lo impida, o imposibilidad sobrevenida.

Es decir, imposibilidad de la prestación dolosa, culposa (del deudor) o fortuita (que pertenece al ámbito del 1124). En este punto el autor se pregunta por qué se otorga como alternativa a una voluntad deliberadamente rebelde, un caso fortuito. Según algunos, ello se debe a que son dos supuestos distintos: en el primero se mira a la voluntad y en el segundo a la imposibilidad sobrevenida. Díez Picazo apunta que no hay contradicción, sino simplemente que el espíritu del 1124 es el de protección al perjudicado (él verá frustrado el fin del negocio a causa del incumplimiento de la otra parte) y no da sanción al incumplidor.

Albaladejo, por su parte, contempla la existencia de dos supuestos: si hay prestación, habrá que probar si existió voluntad deliberadamente rebelde para aplicar el art. 1124; si no la hay, se aplicará directamente la resolución. El juez determinará esto.

¿Cuáles son las diferencias entre el 1124 - 1504 c.c.? en el primero, el juez tiene mayor campo de investigación. Aparte de averiguar la existencia o no del requisito subjetivo, si hay o no prestación, además averiguará la existencia de causas que justifiquen la suspensión de la resolución (como recoge el 1124.3: causas justificativas como la prórroga tácita o mora accipiendi del acreedor). En el 1124, ante un incumplimiento, el juez podrá señalar nuevo plazo, si existen causas justificativas para ello, no si existe voluntad deliberadamente rebelde que haya llevado el incumplimiento.

En el 1504 (para la venta de bienes inmuebles), aunque existe pacto comisorio, se podrá pagar hasta que exista requerimiento, aunque ya haya pasado el momento de hacerlo. Hasta aquí es más benévolo que el 1124 (que exige autorización del juez), pero una vez hecho el requerimiento, no es posible señalar nuevos plazos, ni apreciar causas justificativas.

Con respecto al 1124, no es correcto hablar de "condición resolutoria tácita". Conforme a su origen francés, lo que se sobreentendía eran cláusulas (hipotecas...) de precario referidas al vendedor y no la condición resolutoria.

Por tanto, ambos preceptos atienden a las mismas causas impeditivas de la resolución (prórrogas tácitas, mora accipiendi, suspensión del 1502; no hay incumplimiento del obligado a pagar el precio), pero en el 1504 han de apreciarse antes del requerimiento.

En torno al requisito subjetivo -voluntad deliberadamente rebelde- y la existencia de estas causas justificativas, dentro de la relación entre norma general (art. 1124) y otra especial (1504), han surgido a lo largo del tiempo tres líneas jurisprudenciales:

1.- Aplicación extensiva del 1124 -norma general- al 1504 -norma especial- (se consideran las mismas causas impeditivas). En esta línea, se deniega la resolución en base a la existencia de causas impeditivas de verdadero y propio incumplimiento (por voluntad deliberadamente rebelde; se produce la fusión del verdadero incumplimiento y la voluntad deliberadamente rebelde o incumplimiento cualificado).

Así, se señala que en el art. 1504 existe un pacto resolutorio EXPRESO. Se entiende como elemento unificador del 1504 y 1124 la existencia de verdadero y propio incumplimiento como causa de resolución.

Se señalan como causas impeditivas de ese verdadero y propio incumpli-

miento: prórroga tácita o aquiescencia del vendedor ante un pago posterior a la fecha fijada. El mero retraso, no siempre supondrá frustración del fin económico del negocio y por tanto, verdadero y propio incumplimiento; ofrecimiento del pago por parte del deudor, no seguido de consignación (art. 1176 c.c.) que tiene como efectos, eliminar la "mora solvendi" y constituir en "mora accipiendi" al acreedor. Así se cierra la vía al 1124.

2.- Línea diametralmente opuesta a la anterior y coincidente en el tiempo: en virtud de pacto expreso, "lo especial -art. 1504- prevalece sobre lo general -art. 1124-". La aplicación del 1504 es preferente.

Diferencia entre ambos es la necesidad de requerimiento del 1504, que cierra la facultad a los tribunales de conceder nuevo plazo (que sí se recoge en el 1124.3).

Esta línea no aprecia la voluntad deliberadamente rebelde como causa de incumplimiento.

3.- Parte de la primera línea expuesta pero se bifurca en dos: entiende como causa de resolución la voluntad deliberadamente rebelde y se entiende que el 1124 es norma general pero que cede su puesto a la especial del 1504; otra intenta averiguar, sin éxito el VERDADERO sentido del requisito subjetivo. Determinadas sentencias reconocen que su contenido no ha sido fijado, llegándose a concluir el que antes se entendería como alternativo, en una sola figura (hecho obstativo incluido aquí). También se entiende dentro de este contenido un incumplimiento que suponga el de la prestación principal del deudor del pago.

El autor se queja de la existencia de un requisito carente de unidad de contenido y que da vía libre al arbitrio judicial. Así, en ocasiones pone como alternativa a la voluntad deliberadamente rebelde, una mera pasividad ("por acción u omisión desobediencia las téc-

nicas de la compraventa". STS 5-marzo-86), en ocasiones entiende sobreentendida la voluntad deliberadamente rebelde en el impago, se considera que la carga de la prueba de este requisito subjetivo recae en el comprador.

Parece que la jurisprudencia tienda a la 2.^a línea de las anteriormente citadas, con una apreciación en casación menos literal del requisito subjetivo, como causa de incumplimiento y de aplicación del 1124, que puede abarcar: mera inactividad o pasividad del deudor, frustración por su conducta del fin económico del contrato, o que con ello se obligue al acreedor a acudir a la vía judicial, para, por su inactividad, obtener el cumplimiento. Esto se aprecia en la STS 22-octubre-85, que decreta la aplicación del 1504 (por existencia de requerimiento notarial y no se requiere nuevo plazo —diferencia con el 1124,3—), por incumplimiento del comprador que actuó con pasividad.

Parece que se vuelve a la idea de un verdadero incumplimiento (sin connotaciones dolosas derivadas de una "voluntad deliberadamente rebelde") como fundamento de la aplicación del 1124 y 1504.

¿Qué ocurre cuando el requerido se opone al requerimiento?. La oposición de las partes deberá salvarse entre los tribunales que decretarán la violación (Dirección General de los Registros 29-XII-1982). Si no, no habrá forma de dar cumplimiento a la resolución contractual (que se refiere a la resolución EXTRAJUDICIAL del 1124 y no pacto comisorio expreso del 1504). El requerimiento será requisito previo para la interposición de la demanda ante los tribunales que conocerán de la controversia.

Es posible la aplicación de la resolución unilateral extrajudicial del 1124, en el 1504 si no existe pacto resolutorio expreso, que recoge así dos supuestos: 1.- pacto resolutorio expreso y 2.- resolución unilateral (más previo requerimiento). Este es nuevo punto de contacto entre el 1124 y el 1504 c.c.

Esta resolución unilateral supone: si no hay oposición del comprador, opera la resolución; si hay oposición, se SUSPENDE la resolución que surtirá sus efectos desde que fue decretada por el vendedor si el tribunal que conoce el caso, lo estima procedente (entendiendo que YA existe incumplimiento cuando el tribunal conoce el caso).

La resolución unilateral extrajudicial es llevada a cabo por la parte cumplidora de la relación contractual establecida ante el incumplimiento de la otra. Ante su oposición se acudirá a los tribunales que decretarán si está bien hecha la resolución unilateral.

¿Qué ocurre si la oposición del comprador se produce cuando existe pacto resolutorio expreso?. Ante el pacto, no puede prevalecer su oposición (que interviene en él) posterior y no procede la suspensión de la resolución ante la intervención de los tribunales. Si no, caeríamos en la prohibición del arbitrio del 1256 c.c. La oposición del comprador necesita del arbitrio judicial pues, para que ésta salga adelante, sin caer en el 1256, ha de demostrar que cumplió su obligación y que no ha lugar a resolución. En este caso, el requerimiento tiene como resultado que desencadene la EFICACIA resolutoria del pacto, que contenía plazo de cumplimiento de la obligación del comprador que resultó incumplida. Recordemos que el pacto comisorio es garantía del vendedor; que asegura así el pago del precio total aplazado.

En este caso de oposición, interponiendo éste demanda (con anotación preventiva), tendrá lugar la reserva de puesto al vendedor o reinscripción a favor de éste de la titularidad del objeto de la venta aplazada (con la resolución volvemos al origen, en caso de dominio, art. 1120 c.c.). La demanda estará sujeta a un plazo de caducidad de 180 días (conforme a los art. 45.2 y 48 L.H.).

Ante el incumplimiento, se produce la resolución. La CONSIGNACIÓN es requisito para proceder a la reinscrip-

ción en el Registro. Presupone éste que no exista cláusula penal (como la de caducidad, de la que más tarde hablaremos), y nace para cancelar derechos inscritos a favor de terceros.

Peligro de abuso del vendedor, que puede unilateralmente no devolver la parte de precio ya pagada (cláusula de caducidad), en concepto de indemnización, perjudicando a terceros.

El art. 175.6 del Reglamento Hipotecario, le faculta para deducir determinadas cuotas de lo recibido en determinados casos y consignar el resto en establecimiento bancario o caja oficial.

El peligro de abuso se siente principalmente en la venta aplazada con pacto comisorio, donde el vendedor puede facultativamente resolverla por incumplimiento. Habrá que actuar conforme al art. 175.6 R.H. porque en caso de existir cláusula penal, atenerse a lo dispuesto en el 1154 c.c. en cuanto a la facultad moderadora de los tribunales frente a este posible abuso, la Dirección general de los Registros apunta como requisito previo a la inscripción en favor del vendedor, la consignación, ya existan o no terceros y sin deducir cantidad alguna en concepto de cláusula penal.

Autores como Izurzun afirman que:

– requisito para la inscripción: notificación –estos documentos tienen fuerza para cancelar todo gravamen o asiento de transmisión dominal posteriores a la resolución– título aportado por el vendedor,

– consignación en establecimiento bancario o caja oficial,

– precio no es devuelto si hay cláusula penal.

Otros como Roca Sastre, entienden que la consignación es igual a cancelación de gravámenes o cargas posteriores a la resolución.

R. Achados se muestra severo con el comprador que incumplió y establece para él cancelación automática de gravámenes; no así en caso de terceros. Incluso sólo establece para el primero posibilidad de ofrecimiento de pago y no de consignación. Entiende que ésta por parte del vendedor ha de realizarse “cuando haya algo que devolver”, supuesto que no se cumple con la existencia de la cláusula penal o cuando el comprador no paga ningún plazo.

Es decir, parece que los autores se inclinan por entender que el vendedor puede deducir la cláusula penal de la consignación.

¿La cláusula penal, es deducible o no de la consignación?. Algunos opinan que la consignación sólo debe operar a efectos de cancelar derechos de terceros inscritos posteriormente.

Se advierte que hay espacio temporal entre resolución y reinscripción en el Registro, manteniéndose entre tanto titularidad en teoría ya resuelta, que es la del incumplidor. Es como si el Registro comprobara el cumplimiento de las obligaciones de los contratantes.

Análisis del art. 175.6: – condición resolutoria inscrita antes de la venta;

– se refiere a los terceros y adquieren el dominio o derechos reales por compraventa a título oneroso;

– debe de consignar;

– se refiere a cancelación de cargas o gravámenes posteriores. La consignación tiene por fundamento la creación de un fondo para que los terceros afectados por la cancelación queden compensados. No es su fundamento una subrogación real que supone la pervivencia de una relación, realmente extinguida por efecto de resolución.

En la L.H. del 1861 se prohibió la hipoteca de bienes sujetos a condición resolutoria, salvo consentimiento del titular de la hipoteca y que la voluntad

del hipotecante depende sólo del cumplimiento de la condición. Respondía ante el acreedor, ante el incumplimiento de su obligación: extinción del pacto comisorio.

La admisión actual se debe a que el vendedor readquiere la cosa libre de cargas y de la existencia de fondo de una cantidad inmovilizada para los terceros afectados por el incumplimiento del comprador. Así se elimina el riesgo creado en la compraventa aplazada por la facultad dispositiva concedida al comprador y su incumplimiento.

Problema de si son deducibles o no las cantidades de la cláusula penal del "quantum" restituible. Una forma de estar seguros de que la cláusula penal fue estipulada realmente por ambos contratantes y conociendo su alcance es cargar con su prueba al vendedor que deberá pedir judicialmente la recuperación de la misma (peligro de mutar esto en una posibilidad del comprador de renunciar a la consignación (análogamente a la posibilidad de renunciar a la evicción art. 1477 c.c.). Esta posibilidad es factible estando seguro el comprador de lo que supone la cláusula penal, de la cantidad deducible de la consignación y de los riesgos a los que se expone. Determinación de la cantidad exigible también podrá ser aplicada a estos terceros que adquieran con posterioridad. Esta determinación de la cantidad exigible pactada entre comprador y vendedor, afectará a terceros, requiriéndose su aceptación si dicho acuerdo fuera posterior a su existencia como tales.

También pueden evitarse los abusos procesales por la existencia de la cláusula penal por renuncia "ex intervallo" (ejem.: rescisión por cesión ultra dimidium en Cataluña).

Carácter abusivo pueden tener ciertas cláusulas que acompañan al pacto, que benefician al vendedor. Así, la denominada cláusula de caducidad por la que el comprador que no cumpla con su prestación, perderá las cuotas ya pa-

gadas del precio aplazado. En Alemania, se entienden mulas, lo que no obsta al pago por parte del comprador de una determinada cantidad por el uso de la cosa; en España, se entiende ésta como cláusula con función de pena convencional (accesoria a la obligación principal de pagar las cuotas totales del precio aplazado que "estimula" a su cumplimiento) sometida a apreciación judicial (art. 1154 c.c.), teniendo presente que la obligación principal ha sido "parcialmente" incumplida (se han pagado algunas cuotas del precio total aplazado).

El problema del incumplimiento parcial de la obligación del comprador de abono del precio aplazado, se contempla en el ámbito de la venta de bienes muebles a plazos por la ley 17-VII-65. En ella se prevé la facultad del vendedor para pedir la resolución del contrato (las partes se restituirán las prestaciones, pero el vendedor podrá, en concepto de indemnización, deducir el 10 por 100 de las cantidades ya cobradas más otra cantidad del desembolso inicial en concepto de depreciación comercial de la cosa) o el abono de los plazos pendientes cuando faltaren los dos últimos o el último de los pactados para el pago del precio.

En este pacto, el vendedor se "reserva" la propiedad de la cosa, teniendo el comprador su posesión. Por ello, el propietario está legitimado para interponer acción de tercera de dominio cuando los acreedores del comprador traben embargo sobre la cosa para cobrarse sus créditos.

Como el precio aún no se ha abonado totalmente, la cosa sigue siendo de propiedad del vendedor, no del comprador (en virtud del pacto, la tradición no transmite la propiedad al comprador, sólo su posesión). Este será propietario cuando cumpla su obligación y pague el precio convenido.

Para proteger la buena fe de los acreedores, pues, sólo "aparentemente" puede parecer que el comprador es verdadero propietario, se requerirá pu-

blicidad del pacto y de su fecha que asegure que el precio todavía no ha sido satisfecho por completo en los plazos convenidos. La STS 28-II-86, contempla el caso de embargo practicado por la Magistratura n.º 1 de Zaragoza por deudas de Salvador R.B. a la seguridad social. El embargo se practicó sobre bien afectado por el pacto de reserva de dominio añadido a una compraventa, siendo Salvador R.B. el comprador, y no habiendo éste pagado el precio total estipulado. Legitimados estaban los cesionarios a ejercer la tercería de dominio contra el embargante. El vendedor había cedido sus derechos a varios cesionarios. Al estar la compraventa de cosa mueble (en este caso, una máquina Slotter) pendiente de pago, la propiedad la tenían los cesionarios (vendedor) y no el comprador (deudor). Se estimó que procedía el embargo, rechazando los motivos de la parte demandada (primer motivo: infracción de la ley —pero no se entiende por tal el art. 1692 de la Ley Adjetiva Civil); segundo motivo: supuestos de otras sentencias —pero eran distintos al presente).

Con respecto a los terceros subadquirentes, el pacto no surte efectos. Se protege a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, por reventa mercantil. Distinto sería que su adquisición fuera a título gratuito, estando tercero y comprador de acuerdo en el fraude.

II. PROHIBICIÓN DE LA USURA Y DEL PACTO COMISORIO DE LOS ARTÍCULOS 1859 Y 1884 C.C.

El pacto de reserva de dominio, garantiza el pago del precio al vendedor. Así también otro como el pacto comisorio. En ocasiones, la compraventa con pacto de reserva de dominio puede envolver un préstamo disfrazado, que puede ser usurario. Se plantea el problema de averiguar si esta construcción es:

— negocio fiduciario

— negocio simulado

— negocio fraudulento (puede infringir la ley de Azcárate que persigue la usura).

Por otro lado se plantea en las ventas en garantía (es decir, aquellas en que la propia venta funciona como garantía de devolución de su crédito — “préstamo disfrazado”—), la posible infracción de la prohibición del pacto comisorio (art. 1859, 1878 c.c.). Puede entonces ser negocio fraudulento cuando intente darse “un rodeo a la ley”, es decir, evitar la prohibición del pacto comisorio.

Vamos a ver el primer problema.

La venta con pacto de reserva de dominio puede actuar con función de garantía de la devolución del préstamo. Esta construcción puede ser válida si la entendemos como negocio fiduciario. La jurisprudencia admite su validez y eficacia siempre que tenga causa lícita; no debe envolver un fraude a la ley (sería el caso de utilizar la venta con pacto de reserva de dominio como “rodeo” a la prohibición de la reserva recogida en la ley de Azcárate de 1908).

El negocio fiduciario es aquél con causa única (de garantía) y producto de la combinación de dos negocios. Roca Sastre entendía como positivo el negocio de disposición por el que el fiduciante transmite la propiedad de la cosa o derecho al fiduciario; y como negativo un negocio obligacional, por el que el fiduciario, sujeto al “pactum fiduciare”, se obliga a actuar como comisionista, mandante, depositario, y a transmitir al fiduciante la propiedad de lo adquirido, una vez cumplido el fin buscado por las partes, y entre tanto a conservar, custodiar, retener.

Roca Sastre lo define como “negocio jurídico de disposición más pacto por el que el adquirente asume obligación de actuar de tal modo que no merme el fin perseguido por las partes”.

Seguimos la teoría del doble efecto: efecto real – efecto personal de ambos contratos (de disposición y obligacional), independientes pero yuxtapuestos.

El negocio fiduciario puede adoptar la forma de fiducia “cum amico” y “cum creditore”. Aquí nos interesa esta última, concluida en provecho del fiduciario o adquirente. Con esta figura se rompe la confianza, base del negocio fiduciario, en el sentido de que éste por

lo general se concluye en interés del fiduciante o tercero beneficiado (fiducia “cum amico”).

En la fiducia “cum creditore”, nos encontramos con un único negocio, que utiliza la venta como medio para conseguir un fin: la garantía.

Así, el fiduciante transmite la propiedad de una cosa al difuciario, actuando ésta como garantía de la devolución de un préstamo.

Venta con pacto de reserva de dominio	
V	C
fiduciario (propiedad FORMAL: frente a terceros. Necesidad de proteger a los terceros de buena fe e inscritos)	fiduciante (propiedad REAL) Si no paga el “precio aplazado” de la venta, el vendedor “seguirá siendo propietario” y se “resolverá la venta”. (efectos externos).
préstamo	acreedor deudor

Efectivamente, en nuestro caso nos encontraríamos con la siguiente estructura:

El comprador, en virtud del pacto de reserva de dominio, sólo tiene la posesión de la cosa objeto de la venta; el vendedor se reserva el dominio hasta que el primero le satisfaga el precio total. Esto a efectos externos, porque el comprador es realmente propietario de la cosa, y a la vez deudor de un crédito prestado por el vendedor, prestatario o acreedor. Para garantizarle su devolución, utiliza la venta con pacto de reserva de dominio a tal fin. Si paga el “precio total aplazado” (que generalmente coincidirá con el crédito más los intereses), “adquirirá la propiedad de la cosa de la que sólo es poseedor” (realmente seguirá siendo propietario, habiendo cumplido con el pago del crédito, llevando a buen término el fin de garantía de la compraventa), si no paga, se “resolverá la venta” (realmente, el, a efectos externos, vendedor, se convertirá en verdadero propietario, real y no formal, de la cosa).

Regelsberger observó que la naturaleza jurídica del negocio fiduciario supone que “las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico cuyos efectos exceden de aquel fin”, como es en nuestro caso en el que una deuda se garantiza con la transmisión de la propiedad de una cosa.

Hemos dicho que por este negocio positivo o de disposición, el fiduciante transmitía la propiedad al fiduciario (que en virtud de pacto interno entre ellos, se obligaba a restituirla una vez cumplido el fin pretendido por las partes o la obligación asegurada –devolución del préstamo–).

El vendedor es propietario frente a terceros, “erga omnes”. El comprador sólo poseedor pues no ha cumplido con su obligación de pagar el precio total aplazado (efectos externos). El contrato real o positivo es independiente del negativo u obligacional, pero ambos se dirigen a un solo fin: la garantía. El fiduciario sometido como el fiduciante al pactum fiduciae (verdadero lími-

te intrínseco para las partes), si lo contraviene, resistiéndose a la ulterior transmisión de la propiedad a éste, deberá restituirla (devolución "in natura"), o si ello es imposible, indemnizar daños y perjuicios (devolución en equivalente).

¿Por qué no puede entenderse que esta estructura es negocio simulado?

Porque las partes QUIEREN esta convención compleja formada por dos contratos independientes pero yuxtapuestos cuyo fin único es la garantía. El negocio fiduciario está amparado en el art. 1255 c.c., dentro de la libertad de contratación. La prueba de este negocio se dirigirá a la búsqueda de la interpretación de las partes (por medio de las reglas de interpretación) y a la calificación del negocio según su naturaleza. Se ha entendido que no hay simulación absoluta cuando a la escritura pública que formaliza el contrato de disposición se una un documento que la modifique, pues éste lo que hace es fijar sus términos, complementarla.

¿Qué ocurriría si la venta con pacto de reserva de dominio envolviera un préstamo disfrazado que tuviera el carácter de usurario?. Estaríamos en el caso de un negocio fraudulento en el que utilizando el "disfraz" de la compraventa más pacto lícito, se estaría dando un rodeo a la ley. La ley prohíbe la reserva. El fraude a la ley viene recogido en el art. 6.4 c.c. Así, pues, la ley de Azcárate de 23-VII-1908, tendrá su debida aplicación.

Los préstamos disfrazado o disimulados, como opina Albaladejo, se recogen en el art. 1 de esta ley y no en el 9 como algunos opinan.

Art. 1: "son nulos: 1.º: Los préstamos en que se estipula un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulten leoninas, habiendo motivo para estimar que han sido adoptados por el prestatario a causa de su

situación angustiva, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales.

2.º: Los contratos en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera sean su entidad y circunstancias".

Este artículo primero ha dado lugar a una jurisprudencia abundante y vacilante. Parece que el Tribunal Supremo se decante por la postura tradicional, que entendía que éste englobaba los supuestos de préstamos usurarios:

— préstamos con interés superior al normal del dinero y desproporcionados al caso concreto según el Reglamento vigente de las Casas de Préstamos y establecimientos similares de 12-IV-1909, el interés máximo a cobrar es del 12 por 100 anual de lo prestado).

— préstamos que por sus condiciones abusivas hayan de suponer que el prestatario las adoptó por su situación angustiva, inexperiencia o limitado por sus facultades mentales.

— préstamos en los que se reciba mayor cantidad que la entregada.

Según esta postura, simplemente con la existencia de un interés superior al normal, ya se considera que el préstamo es usurario. En cambio, otra corriente jurisprudencial entendía que el art. 1 recogía dos supuestos coincidentes en sus números uno y dos. El requisito para apreciar el préstamo usurario en el n.º 2 era la suma prestada. En el resto, el interés superior al normal, condiciones angustiosas, de deficiencia mental y leoninas. Entendía que en el caso del n.º 1, se podía pensar que a pesar de todo, el prestatario consintió voluntariamente, por lo que no se apreciaría la nulidad del préstamo. Esto evidentemente menoscaba la eficacia de la ley y su fin: pugna contra la usura.

Esta ley se aplica tanto a contratos civiles como mercantiles (con fin de lucro, no es igual a libertad sin límites).

La ley prevé una acción de nulidad en favor del contratante perjudicado (no entendida esta acción como ejercitable por todos los ciudadanos) y en contratos pendientes de extinción o de total cumplimiento.

Su nulidad no es convalidable sino absoluta, radical. Todo préstamo usurario que va contra ley, es nulo.

La declaración de nulidad supone que el prestatario sólo abonará el importe del crédito recibido exento de interés usurarios; el prestamista de la cantidad ya recibida (parte del crédito total), devolverá lo que exceda por ser usurario.

Además la ley prevé para el prestatista sanciones disciplinarias, penales e imposición de costas (orden procesal).

Otro problema, ya apuntado, que pueden plantear las ventas en garantía como la venta con pacto de reserva de dominio, que envuelve un préstamo, es que puedan infringir prohibición del pacto comisorio que se recoge en los art. 1854 para la prenda e hipoteca y art. 1884 para la anticresis.

Así pues las opciones en garantía y ventas en garantía, son vías de elusión de una norma imperativa y de orden público (el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda). Lo hecho contra ella es nulo con nulidad absoluta.

Los art. 1859-1884 c.c., ambos recogen la prohibición al pacto comisorio, pacto distinto al recogido en el art. 1504, y que prohíbe al acreedor la facultad de adquirir para sí como bien del deudor que ha incumplido su obligación. De esto es excepción el art. 1504. A efectos de incumplimiento, ya sabemos que la cláusula resolutoria del 1504, se aplica al pacto de reserva de dominio.

Las figuras que contemplan el 1859 - 1884 y 1504 son distintas.

Punto en común: ser remedio ante un incumplimiento pero sus fines son distintos.

Diferencia: en el pacto comisorio del 1859, no coincide con la idea de resolución que supondría devolver la cosa al deudor con lo que, ¿cómo hablar de garantía?, se quiere evitar con el pacto una desproporción entre la obligación del deudor que la ha incumplido y el bien dado éste en garantía.

El pacto prohibido lleva a prohibición de realización de la garantía.

Hablemos de la prohibición general del comiso. Supuestos en los que se aplica la prohibición principalmente: opciones y ventas en garantía (compraventa con pacto de reserva de dominio).

Supuestos previstos en el C.C.: garantía real (sobre inmuebles o muebles) con o sin desplazamientos de la posesión. El art. 1859 (para la hipoteca se prohíbe el pacto comisorio) y también para la anticresis (art. 1884). También en otros supuestos recogidos específicamente por normas imperativas la prohibición del pacto evita el fraude al que se podía llegar, sometiéndose el deudor en manos del acreedor, teniendo que aceptar una valoración inferior a la real de sus bienes dados en garantía, para conseguir más plazo en su crédito.

¿Qué inconvenientes pueden tener los contratos de garantía real, -hipoteca, prenda y anticresis-, para buscar vías de elusión pacto comisorio?.

Estos contratos garantía, tienen por objeto afectar una cosa o valor al cumplimiento de una obligación principal, constituyendo sobre él un derecho real accesorio de la obligación asegurada (en la hipoteca aunque puede ésta derivar de un negocio jurídico cualquiera, generalmente, derivará de un contrato de préstamo; en el contrato de prenda, igualmente, su accesoriedad podrá ser respecto a cualquier acto jurídico del que se deriven obligaciones).

Por medio de la opción en garantía o venta en garantía (admitidos por el

Tribunal Supremo como lícito por el 1255, bajo la construcción de negocios fiduciarios, el fiduciario puede adquirir la propiedad de la cosa entregada en garantía, sin constituir un derecho real de garantía, ni enfrentarse al problema de los "subasteros" (la realización del valor si el deudor no paga la pactado). La Dirección General de los Registros, lo que prohíbe el pacto comisorio de los art. 1839 - 1884, es adquisición de lo dado en garantía de un modo prohibido.

La mayoría de los supuestos en que se contempla el pacto (oculto para conseguir la inscripción registral sin problemas) es en las opciones de venta en garantía y ventas en garantía, la propia venta actúa como tal. Para combatir esto, existe un Registro de inmuebles que recoge derechos pendientes de realización.

No conviene por perseguir el pacto, acabar con la función de garantía que cumplen determinados bienes: como establece el art. 1884, el acreedor podrá pedir el pago de la deuda o venta del inmueble (garantía) en las formas previstas en la L.c.c. Por ello, hay algunos que entienden que debe ser interpretado flexiblemente el pacto comisorio para no impedir el crédito.

El Tribunal Supremo dice que la opción y venta en garantía (entendida como fiducia "cum creditore") están englobadas en el art. 1255 y no implican oposición a normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 c.c.). Son lícitas y no se oponen al pacto comisorio.

La Dirección General de los Registros da interpretación extensiva a la prohibición, intentando combatir toda venta que pueda envolver un pacto comisorio. Empero el Tribunal Supremo viene entendiendo que debe distinguirse lo que es convenir una venta, del pacto comisorio.

Puig Brutau señala que existe peligro de no fijarse en la existencia de pactos comisórios disimulados bajo

compraventas. Los tribunales pueden combatir esto, examinando la naturaleza de las relaciones jurídicas; la Dirección acudiendo a los actos inscritos y a su función de garantía o atribución patrimonial o de ambas cosas.

Sistema que propone para evitar el incumplimiento del pacto comisorio es dar valor a la cosa, deslindando las funciones de garantía o de atribución patrimonial que cumple.

Propone el autor el siguiente criterio quedándose en la CAUSA:

– si existe atribución patrimonial más garantía:

a) ver si la transmisión patrimonial se produjo por incumplimiento del deudor que no pagó su deuda: habrá comiso.

b) impago de la deuda forma presupuesto de la venta; no hay comiso.

Convenir una venta es distinto al pacto comisorio.

– si no existe tal atribución, no hay comiso, evidentemente.

Alude a criterios interpretativos (como la regla subsidiaria del 1289.2 c.c.). También alude a la voluntad verdadera de las partes: en ocasiones el objeto de la venta se ve como garantía, no se quiere la transmisión patrimonial. La fase de ejecución de la garantía plantea el problema del comiso.

Parece que habrá que fijarse en la "causa fiduciae" (fin de garantía del negocio fiduciario).

La garantía puede actuar como derecho de retención con limitada eficacia real del fiduciante; en el art. 1858, para la prenda e hipoteca, pero las partes pueden pactar junto al derecho de retención, la realización del valor que actuará como consolidación patrimonial "ipso iure".

Así debe entenderse la prohibición del comiso y de ahí al encontrar procedimiento lícitos de realización del valor. El pacto, por tanto, no envuelve prohibición al contrato, sino a la realización automática del derecho adquirido.

En el c.c. se prevén como procedimientos de realización del valor en la venta en garantía: art. 1872 (cabe pacto por el carácter imperativo del art. 234 Registro Hipotecario) y 1884.2, a falta de pago.

Puede también escogerse un procedimiento objetivo de valoración que elude el judicial, con consentimiento del deudor se otorgue escritura de venta, que no tiene por qué entenderse viciado. Se diferencia la apropiación indebida de la cosa hipotecada, a falta de pago de un préstamo, de que el deudor haga promesa de venta al acreedor. El deudor, puede vender al primero. Incluso, poniendo por precio de la venta la cuantía de la deuda hipotecada, esta venta es válida. Este procedimiento objetivo NO implica APROPIACIÓN

INDEBIDA que es lo prohibido por el pacto comisorio.

Ejemplo de procedimiento objetivo de fijación del valor de las cosas son: art. 1448 (fijación del mismo en relación a determinado día, feria o mercado), acciones cotizables, viviendas de protección oficial, intervención de peritos. Esta valoración puede realizarse anticipadamente (porque riesgos y beneficios recaen sobre quien se queda con la cosa) como en el momento de realización de la garantía.

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho civil español, común y foral.
José Castán Tobeñas.
- El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria.
José Ángel Martínez Sanchiz.
- El negocio jurídico.
José Antonio Doral del Arco.