

CONSIDERACIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN LEGAL DEL PACTO COMISORIO¹

Enrique Urdaneta Fontiveros

Profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello
(Caracas). Individuo número de la Academia de Ciencias políticas y Sociales

Resumen

El autor se refiere a la prohibición legal de que acreedor y deudor convengan de antemano en que el acreedor se apropie o disponga libremente de la cosa dada en prenda o hipoteca en caso de que el deudor no cumpla la obligación garantizada a su vencimiento. Examina el fundamento o razón de ser de la prohibición del pacto comisorio para extraer de allí el significado que debe atribuirse a las disposiciones legales que regulan la materia. En su trabajo examina algunos supuestos excluidos del campo de aplicación de las disposiciones legales que prohíben el pacto comisorio, así como algunos supuestos de tipificación dudosa, es decir, casos que la doctrina y la jurisprudencia discuten si deben quedar comprendidos o no dentro de la prohibición legal. Por último, analiza los efectos que produce la estipulación del pacto comisorio en el Derecho venezolano.

Palabras claves: Pacto comisorio, acreedor, deudor.

CONSIDERATIONS ON THE LEGAL PROHIBITION OF THE COMMISSIONER AGREEMENT

Abstract

The author examines the legal provisions prohibiting creditor and debtor to agree in advance that creditor shall take ownership or freely dispose of mortgage or pledged assets in the event of non-performance. He then examines the legal basis of such ban in order to ascertain the appropriate meaning that must be given to the provisions that govern this matter. In his article, he analyzes transactions not included within the scope of the legal prohibition as well as dubious cases; i.e., hypothesis that legal scholars and judicial decisions hesitate to include or exclude from the scope of the legal provision. Finally, he examines the consequences of the violation of the legal prohibition under Venezuelan law.

Keywords: Creditor, debtor

¹ Versión escrita de la exposición del profesor Enrique Urdaneta Fontiveros el 23 de julio de 2020 en el Foro “Temas sobre Derecho de Garantías” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Una versión ampliada de este trabajo formará parte del Libro Homenaje de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al doctor Luis Cova Arria que se publicará próximamente.

INTRODUCCIÓN

El destino natural de toda garantía real cuando no ha sido pagado el derecho de crédito es la ejecución judicial del bien que garantiza ese derecho, de modo que este pueda ser satisfecho con lo que se obtenga de aquella (*ius distrahendi*). El acreedor que tiene una garantía real, en caso de falta de pago de la obligación garantizada, tiene derecho al valor de la cosa que garantiza su crédito o a una parte de él, pero no a la cosa misma. Otra forma diferente de satisfacción del crédito sería lo que podría denominarse una *autoejecución*, que consistiría en la apropiación (comiso) por el acreedor del bien dado en garantía, práctica que se encuentra prohibida por los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil y 542 del Código de Comercio².

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PACTO COMISORIO?

En términos generales, puede decirse que el pacto comisorio es aquel dónde acreedor y deudor convienen que en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor queda facultado para apropiarse de la cosa dada en garantía, dando así por satisfecho su crédito³. En razón de su estipulación, las partes convienen que el acreedor podrá quedarse con la cosa objeto de la garantía real si el deudor no realiza la prestación prometida en el tiempo pactado. El pacto comisorio está prohibido por la ley en materia de prenda, hipoteca y anticresis; y, por tanto, carece de validez. La prohibición del pacto comisorio constituye un principio rector de nuestro sistema de garantías reales que obedece a exigencias de orden público que gobiernan la materia⁴.

² Reglero Campos, Fernando, “El pacto comisorio”, en: *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, coordinado por María Elena Larroba y Joan Marsal, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 253.

³ Esta es en esencia la definición acogida por casi todos los autores. Al respecto, véase: Bianca, C. Massimo, Voz “Patto Commissorio”, en: *Novissimo Digesto Italiano*, bajo la dirección de Antonio Azara y Ernesto Eula, Vol. XII, Turín, UTET, 1965, p. 714; Aynès, Laurent y Crocq, Pierre con el concurso de Agustín Aynès, “Droit des Sûretés”, en: Malaurie, Phillipe y Aynès, Laurent, *Droit Civil*, París, L.G.D.J., 2019, p. 328; Durán Rivacoba, Ramón, *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998, p. 68.

⁴ Al respecto, en relación con el ordenamiento francés anterior a la reforma del Código Civil de 2006 sobre las garantías, sustancialmente equivalente al nuestro sobre la materia, véase: Cabrillac, Michel y Mouly, Christian, *Droit de Sûretés*, 2ª edición, París, Editorial Litec, 1993, pp. 395-396. En la doctrina nacional, Aguilar Gorrondona incluye la prohibición del pacto comisorio entre “las normas comunes de

El rasgo distintivo del pacto comisorio es su carácter condicional, pues en él siempre hay una condición, que consiste en que el deudor deje de pagar lo que deba al vencimiento del plazo. Además, su estipulación transforma el contrato de prenda, Hipoteca o anticresis en una venta condicional, es decir la cosa vendida es el bien objeto de una garantía; el precio, el monto de lo adeudado por el deudor, y la condición, el hecho de que éste no pague oportunamente la deuda⁵. Por consiguiente, para que se entienda estipulado un pacto comisorio, es necesario que en la estipulación figure de una manera u otra la condición “si el deudor no paga la obligación al vencimiento el acreedor podrá hacerse dueño de la cosa” por el precio prefijado y que es lo adeudado al acreedor⁶.

Tampoco pueden los sujetos de la relación obligatoria convenir que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor podrá disponer de la cosa dada en prenda o hipoteca sin ejecutarla judicialmente, esto es, disponer de ella al margen de los procedimientos legalmente establecidos para la ejecución de la garantía⁷. La exigencia legal de la ejecución judicial de la prenda y de la hipoteca trae consigo que carezca igualmente de validez el pacto por el cual se convenga que el acreedor podrá disponer a su arbitrio de la garantía real enajenándola sin sujetarse a los trámites previstos en la ley, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada⁸. Con mayor razón le está

las garantías reales” (Aguilar Gorronzona, José Luis, *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*, 11ª edición, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000, pp. 57-59).

⁵ Bianca, C. Massimo, *Il divieto del patto commissorio*, Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cargo de Pietro Pierlingieri, Nápoles-Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 14; Locajono, Vincenzo, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 22, especialmente, la nota 5 y la jurisprudencia de la Casación italiana ahí citada.

⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las Caucciones*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1980, p. 432.

⁷ Bustos Pueche, José Enrique, “Teoría general sobre los derechos reales de garantía con especial atención al pacto comisorio”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, fascículo II, abril-junio 1990, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, pp. 550-551.

⁸ Es la cláusula llamada de *voie parée* (de vía que apareja ejecución) cuya nulidad consagró el artículo 2.078 del Código Napoleón. Al respecto, véase: Josserand, Louis, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II (Contratos), traducción castellana de Santiago Conchillos y Monterola, Buenos Aires, Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 456; Mazeaud, Henri, Mazeaud, Leon, y Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Tercera, Volumen I (Garantías), traducción castellana de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pp. 113-114.

prohibido al acreedor, como se dijo, apropiarse de la cosa constituida en garantía en caso de inejecución o retardo.

En sentido estricto, por tanto, se entiende por pacto comisorio el convenio en virtud del cual el acreedor queda facultado para hacerse propietario del bien constituido en garantía o disponer de ella sin ejecutarla judicialmente, en defecto de pago al vencimiento de la obligación principal⁹. Así entendido, el pacto comisorio engloba tanto los aspectos directamente apropiatorios de la cosa constituida en garantía, como los de su ejecución fuera de los estrictos cauces previstos en la ley.

II. RECEPCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN EL DERECHO MODERNO

En el Derecho moderno se incorporó la prohibición del pacto comisorio en la generalidad de los Códigos. Baste citar entre ellos al Código Civil francés de 1804 (art. 2.078); el Código Civil alemán (B.G.B.) de 1900 (1.149 y 1.229); el Código Civil suizo de 1.907 (art. 894); los Códigos italianos de 1865 (arts. 1.884 y 1.894) y 1942 (art. 2.744); y el Código Civil español de 1889 (arts. 1.859 y 1.884).

En muchos Códigos civiles hispanoamericanos se introdujo igualmente la prohibición del pacto comisorio. Baste citar entre ellos al argentino de 1869, (art. 3.222), chileno (art. 2.397), peruano de 1864 (art. 1.066), colombiano (art. 2.422) uruguayo (art. 2.338), costarricense (art. 421) y venezolano (arts. 1.844, 1.858 y 1.878).

Sin embargo, siguiendo las tendencias más modernas del derecho de las garantías reales, en la legislación civil de algunos países se ha eliminado la prohibición del pacto comisorio como, por ejemplo, en la Reforma del Código Civil Francés sobre el Derecho de Garantías de 2006 que eliminó la interdicción del pacto comisorio para la prenda (art. 2.348) y para la hipoteca (art. 2.459); en el Código Civil y Comercial argentino promulgado el 7 de octubre de 2014 cuyo artículo 2.229 faculta al acreedor

⁹ Baudry-Lacantinerie, G. y de Loynes, P., “Du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée”, Tome I, en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXII, 2ª edición, París, 1899, p. 124. En la doctrina nacional, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., pp. 58-59; Domínguez Guillén, María Candelaria, Voz “Pacto Comisorio”, en *Diccionario de Derecho Civil*, Caracas, Liven Editores, 2009, p. 122.

para adjudicarse la cosa dada en prenda por la estimación que de ella haga un experto al vencimiento de la deuda. En el Perú, la Ley de Garantías Mobiliarias de 2006 derogó el artículo 1.066 del Código Civil peruano que prohibía el pacto comisorio en la prenda y autorizó a las partes a pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, conforme a las disposiciones establecidas en la ley. En Colombia, la Ley de Garantías Mobiliarias de 2013 derogó los artículos 2.422 (inciso 2º) del Código Civil y 1.203 del Código de Comercio que prohibían el pacto comisorio y estableció un mecanismo de pago directo con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, debiéndose realizar el avalúo en el momento de la entrega o apropiación del bien por el acreedor.

III. CONSAGRACIÓN DE LA PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

Los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil consagran la prohibición del pacto comisorio en la prenda, anticresis e hipoteca¹⁰ en los siguientes términos:

Artículo 1.844: El acreedor no podrá apropiarse la cosa recibida en prenda ni disponer de ella, aunque así se hubiere estipulado; pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagársele tendrá derecho a hacerla vender judicialmente.

Podrá admitirse al acreedor a la licitación de la prenda que se remate.

Artículo 1.858: Es nula de pleno derecho toda convención que autorice al acreedor a apropiarse el inmueble, caso de no serle pagada la deuda.

Artículo 1.878: El acreedor no se hace propietario del inmueble hipotecado por la sola falta de pago en el término convenido. Cualquiera estipulación en contrario es nula.

¹⁰ En nuestra legislación civil el antecedente remoto de la prohibición del pacto comisorio en la prenda se encuentra en el texto del artículo 1.671 del Código Civil de 1867 que se inspiró directamente en el artículo 1.775 del Proyecto de Código Civil para España de Don Florencio García Goyena. El texto actual de la prohibición del pacto comisorio en la prenda y en la anticresis es sustancialmente idéntico al que consagraban nuestros Códigos Civiles de 1873 (arts. 1.778 y 1.789); 1880 (arts. 1.779 y 1.790); 1896 (arts. 1.819 y 1.839); 1904 (arts. 1.827 y 1.838); 1916 (arts. 1.921 y 1.932); 1922 (arts. 1.921 y 1.932); y 1942 (arts. 1.848 y 1.858). La prohibición del pacto comisorio en la hipoteca se introdujo expresamente por primera vez en el Código Civil de 1942 (art. 1.878), disposición ésta que se inspiró en el art. 2.744 del Código Civil italiano de 1942 y que tampoco fue objeto de modificación en la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982.

Enrique Urdaneta Fontiveros

El artículo 542 del Código de Comercio aplicable a la prenda mercantil, por su parte, reitera dicha prohibición cuando prescribe:

Artículo 542: Es nula toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda, o para disponer de ella en otra forma que la prescrita en las precedentes disposiciones.

De acuerdo con estas disposiciones, no puede el acreedor apropiarse de las cosas pignoras, hipotecadas o dadas en anticresis. Todo pacto en contrario es nulo.

Cae bajo el campo de aplicación de la prohibición legal el convenio por el cual acreedor y deudor convengan que, en defecto de pago al vencimiento, el acreedor se convertirá de pleno derecho en propietario de la cosa dada en garantía (*pacto comisorio real*), o el pacto por el cual las partes convengan que, en caso de vencimiento de la deuda y falta de pago de la misma, el deudor se compromete a transferir la cosa al acreedor (*pacto comisorio obligatorio*).

No es lícito que las partes convengan anticipadamente que llegado el vencimiento de la deuda el acreedor pueda optar entre quedarse en pago con la propiedad de la cosa dada en garantía o exigir el cumplimiento de la deuda.

Pero ese no es el único límite. Los artículos 1.844 del Código Civil y 542 del Código de Comercio prohíben igualmente que las partes convengan que, vencida la deuda y a falta de pago, el acreedor lleve a cabo por su cuenta la ejecución de la prenda. El artículo 666 del Código del Procedimiento Civil reitera esta prohibición cuando establece que:

Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales la ejecución de prenda se llevará a cabo conforme al procedimiento establecido en este Capítulo...

En los mismos términos, el artículo 660 del Código de Procedimiento Civil al referirse a la ejecución de la hipoteca establece que la misma se hará conforme al procedimiento previsto en los artículos 661 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Sería, por tanto, igualmente nula la cláusula según la cual las partes convengan de antemano que si el deudor no cumple la obligación principal, la venta de la cosa dada en garantía real tendrá lugar amistosamente sin intervención judicial. Era la cláusula de

Enrique Urdaneta Fontiveros

voie parée (cláusula que lleva aparejada ejecución) cuya estipulación prohibía el artículo 2.078 del Código Napoleón de 1804. Como principio de carácter general, no puede, por tanto, el acreedor llevar a cabo por su cuenta la ejecución de la garantía.

Esta prohibición del *ius vendendi* privado dirigida a impedir el fraude producido por un acreedor que vende la cosa sobre la cual recae la garantía real por bajo precio, se ha confundido a menudo con la prohibición del pacto comisorio, a lo que ha contribuido que ambas limitaciones estén establecidas en el artículo 1.844 del Código Civil. Pero en realidad, la prohibición de que el acreedor pueda apropiarse de las cosas dadas en garantía responde a la interdicción del pacto comisorio; la de que pueda disponer de ellas, a la prohibición de convenir anticipadamente en la ejecución privada de las garantías¹¹.

De manera que las precitadas disposiciones legales sirven para fijar, desde un punto de vista negativo, las facultades que el derecho real de garantía concede al acreedor, prescribiendo que este carece de la facultad de apropiación y de disposición de la cosa, fundamentalmente porque ello excede de la función que corresponde a la prenda, hipoteca o anticresis que no otorgan de por sí tal poder de disposición, puesto que a lo único que facultan al acreedor es a instar judicialmente su venta con el fin de que su producto se aplique al cumplimiento de la obligación.

IV. FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN

Son variadas las explicaciones que se han dado, como fundamento o razón de ser de la prohibición del pacto comisorio. Como se examina poco más adelante, la *ratio* o justificación de la prohibición legal ciertamente puede y debe contribuir a la correcta interpretación de la normativa sobre la materia.

Veamos las más importantes teorías sobre el fundamento de la aludida prohibición.

a. Tutela del deudor

¹¹ Bianca, C. Massimo, *Il divieto del patto commissorio...* cit., p. 188; Rodríguez Rosado, Bruno, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 211.

Según algunos autores, el motivo determinante de la prohibición es la tutela de la voluntad del deudor¹². La razón de ser de la prohibición radica, a grandes rasgos, en la falta de libertad del deudor que, ante la necesidad del crédito, acuerda conceder al acreedor la facultad de apropiarse o de disponer libremente del objeto que se le ofrece de garantía¹³. Se trata, en definitiva, de preservar la libertad del deudor para que el negocio resulte realmente expresión de su voluntad al evitar que su estado de necesidad económica (*soffocatio debitoris*) desvíe el negocio de préstamo de los fines que le son propios¹⁴.

A esta teoría se la formulan las siguientes críticas: 1) La presunción se establece en favor de la libertad de los contratantes, no de su ausencia. Lo que se presume en todo contrato es la validez del consentimiento y que el mismo ha sido prestado libre y espontáneamente, sin coacción, y no lo contrario; y 2) Si el fundamento de la prohibición fuera la invalidez del consentimiento por no haber sido libremente manifestado, el pacto comisorio estaría afectado de nulidad relativa y no absoluta (Código Civil, artículos 1.146 y 1.150) correspondiéndole al propio deudor la decisión de impugnar o no la cláusula pues nadie mejor que él sabe si actuó libremente o no.

b. Tutela de los acreedores

Según un sector de la doctrina, el fundamento de la prohibición del pacto comisorio es la protección de los restantes acreedores y el respeto al principio *par conditio creditorum*. La interdicción del pacto comisorio, se afirma, obedece a la protección de los acreedores a quienes debe aprovechar el mayor valor de la cosa dada en garantía. La *ratio* de la norma prohibitiva del pacto comisorio se encuentra en la defensa de la efectividad del principio *par conditio creditorum*, que quedaría alterado al

¹² Brugi, Biagio, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción al castellano, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 423; De Luca, Breglia y Guidi, citados por Locajono, Vincenzo, ob. cit., p. 23; Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo IV, Madrid, Editorial Reus, 1931, p. 981.

¹³ Baudry-Lacantinerie, G. y de Loynes, P., ob. cit., I, pp. 125-126.

¹⁴ Mélich-Orsini, José, “Los verdaderos alcances de la prohibición del pacto comisorio en el Derecho venezolano y una errónea sentencia de la Corte Suprema de Justicia”, en: *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 1113-1118.

Enrique Urdaneta Fontiveros

sustraerse a la común garantía de los restantes acreedores el posible sobrante o valor residual de la cosa previamente ofrecida en garantía¹⁵.

A esta teoría se le hacen las siguientes críticas: 1) Para la defensa de los intereses de los acreedores, el recurso que el ordenamiento pone a su disposición en estos casos es la acción pauliana o revocatoria, recurso este que se podría ejercer incluso contra el pacto comisorio en el supuesto caso de que este fuera admisible y, en todo caso, la fundamentación es insuficiente ya que no explica la nulidad del pacto cuando el deudor posee un patrimonio suficiente para satisfacer holgadamente a todos sus acreedores¹⁶; y 2) Si bien esta fundamentación pudiera encontrar apoyo en el Derecho italiano donde la prohibición del pacto comisorio se encuentra ubicada en el artículo 2.744 del *Codice*, es decir, entre las “Disposiciones Generales” del Título III (Libro Sexto), que trata “De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial”; la situación no es la misma en nuestro ordenamiento donde los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 no tienen la misma ubicación sistemática, sino que se encuentran consagrados respecto de la prenda, anticresis e hipoteca¹⁷.

c. Tutela del deudor y de los restantes acreedores

Algunos sostienen que la *ratio* de la prohibición es evitar que la situación de necesidad económica del deudor le lleve a permitir que el acreedor se apropie de un bien que cuyo valor excede al de la deuda, en perjuicio tanto del propio deudor como del resto de los acreedores, a los cuales no les quedaría en ningún caso la posibilidad de satisfacer sus créditos sobre ese bien¹⁸.

A esta teoría se le hacen las siguientes críticas: 1) Si el fundamento de la norma que prohíbe el pacto comisorio fuera la protección de ambos intereses, su estipulación quedaría sin justificación en los casos en los cuales no se produce daño a los acreedores

¹⁵ Carnelutti, Francesco, “Note sul patto commissorio”, en: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, bajo la dirección de A. Straffa y C. Vivante, Vol. XIV, parte seconda, Milán, Vallardi, 1916, p. 890.

¹⁶ Locajono, Vincenzo, ob. cit., p. 28.

¹⁷ Al respecto, véase: Melich-Orisini, José, ob. cit., p. 1112.

¹⁸ Carnevali, Ugo, Voz “Patto commissorio,” en: *Enciclopedia del Diritto*, bajo la dirección inicial de Francesco Calasso, Vol. XXXII, Milán, Giuffrè, 1982, p. 500; Locajono, Vincenzo, ob. cit., pp. 36 y ss.

(sea porque no los haya, o porque el deudor es solvente), o al deudor, (porque no hay desequilibrio entre el valor del bien objeto del pacto comisorio y el de la deuda); 2) En todo caso si esa fuera la fundamentación de la interdicción legal del pacto comisorio, la sanción que su estipulación acarrearía debería ser la nulidad relativa y no la nulidad absoluta¹⁹.

d. Protección del interés general

Ante las deficiencias de las teorías que fundamentan la prohibición del pacto comisorio en la protección de un interés particular (sea del deudor o de los demás acreedores), surge una nueva posición de acuerdo con la cual la sanción obedece a la protección del interés general que no puede permitir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes que los deudores dieron en garantía para satisfacer las deudas incumplidas. Con la prohibición del comiso se salvaguarda el interés general y la buena marcha de las relaciones económicas y comerciales de la colectividad en general²⁰. Al ser el pacto comisorio una práctica individualmente perniciosa, si se generaliza pueden alterarse las bases del sistema económico (orden público económico).

Exponente de esta corriente de opinión en la doctrina nacional es el autor Francisco López Herrera cuando afirma que el pacto comisorio constituye un supuesto “de causa ilícita del contrato por subvertir el orden económico de la sociedad”. La nulidad absoluta del pacto tiende “a evitar la usura y el agiotismo”. Cuando se estipula en una convención que “el acreedor se hace propietario del inmueble dado en prenda o del inmueble hipotecado en su garantía, por la sola falta de pago del capital en el término convenido (artículos 1.844 y 1.878)... es evidente el atropello que uno de los contratantes quiere hacer al otro; desde este punto de vista solo intereses privados están en juego. Pero el asunto repercute gravemente en los intereses generales de la Sociedad y por eso se impone la sanción de nulidad absoluta”²¹.

¹⁹ Al respecto, véase: Bianca, C. Massimo, *Il divieto del patto commissorio...* cit., pp. 215-216.

²⁰ Ídem; Bianca, C Massimo, *Voz Patto Commissorio...* cit., pp. 717-718.

²¹ López Herrera, Francisco *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*, Caracas, Empresa El Cojo, 1952, pp. 186-188.

Resulta claro que, si se admitiera el pacto comisorio, ello podría alterar profundamente la concepción de las garantías reales que impera en nuestro ordenamiento, ya que, muy probablemente el actual sistema de ejecución del crédito quedaría sustituido por el más sencillo de autoejecución del acreedor a través del mecanismo de la apropiación directa del bien.

e. Ejecución privada

La prohibición del pacto comisorio, según algunos autores, obedece principalmente a la necesidad de seguir un procedimiento judicial para la ejecución forzosa de las garantías reales. La prohibición del pacto comisorio no es sino una expresión del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor. De acuerdo con esta teoría, los particulares no pueden disponer del procedimiento para la ejecución de las garantías a través de la adopción de regímenes que conduzcan a la apropiación por el acreedor de las cosas dadas en garantía²². El fundamento de la prohibición, se afirma, se encuentra en el Derecho procesal que rechaza la posibilidad de la ejecución privada de las obligaciones²³.

A la teoría que fundamenta la interdicción del pacto comisorio en la ilicitud de la ejecución privada y en la prohibición de la autotutela se le formulan las siguientes críticas: 1) Supone una visión excesivamente procesalista de las garantías reales²⁴. Olvida que dichas garantías no son simples instituciones procesales. La garantía real es algo más que una forma de ejecución forzosa del crédito. Esta teoría pone el énfasis en la función satisfactoria de la garantía, pero no en su función fundamental que es asegurar el cumplimiento de la obligación. Lo esencial de la garantía, se afirma, es

²² Bustos Pueche, José Enrique, ob. cit., pp. 563-564; Irurzun Goicoa, Domingo, “La cláusula resolutoria y el pacto comisorio”, en: *Estudios de Derecho Privado* bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez Radío, Vol. II, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1975, p. 37.

²³ Betti, Emilio, “Su gli oneri e limiti dell’autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni”, en: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, dirigida por A. Straffa y C. Vivante, Vol. II, Milán, Vallardi, 1931, pp. 705-706.

²⁴ Roca Sastre, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978, pp. 20 y ss; Feliú Rey, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 71-78.

Enrique Urdaneta Fontiveros

asegurar el cumplimiento, no remediar el incumplimiento²⁵; 2) El principio de la inderogable intervención del Estado en la ejecución forzosa de las obligaciones a través de los tribunales de justicia no tiene carácter absoluto. Existen en nuestro ordenamiento fórmulas negociales pacíficamente admitidas mediante las cuales los particulares pueden hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del deudor y obtener la satisfacción del crédito mediante el bien objeto de la garantía, sin necesidad de acudir a los tribunales. Como ejemplos de formas de satisfacción convencional del crédito, puede mencionarse la cesión de bienes a los acreedores *ex* artículo 1.935 del Código Civil, la prenda irregular, la *datio in solutum*, y también el pacto marciano, por cuanto su licitud se fundamenta en la *ratio* de la prohibición legal²⁶. Por consiguiente, esta teoría implica el olvido de los supuestos de satisfacción del crédito al margen de los procedimientos judiciales, o la misma posibilidad de ejecución cuando la garantía consiste en una prenda irregular; y 3) Si la *ratio* de la prohibición fuera impedir la ejecución privada del patrimonio del deudor, no se explicaría por qué la norma ha sido consagrada a propósito de la prenda, hipoteca y anticresis y no se encuentra ubicada, como en Italia, entre las normas que regulan la responsabilidad patrimonial o la ejecución forzosa de las obligaciones²⁷.

f. Protección del principio de proporcionalidad en las garantías

Según un sector de la doctrina, a través de la prohibición del pacto comisorio se busca preservar el principio de proporcionalidad en las garantías. A través de la ejecución de las garantías reales, se afirma, no se puede obtener más de lo que se lograría mediante el cumplimiento exacto de la obligación garantizada, porque la garantía *stricto sensu* nada añade al contenido de la relación obligatoria; tan solo

²⁵ Barbero, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, Vol. III, traducción al castellano de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa-América, 1967, p. 181.

²⁶ Carnevali, Ugo, *ob. cit.*, p. 501.

²⁷ Wegmann Stockebrand, Adolfo “Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y del pacto marciano”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13, diciembre 2009, p. 119. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3266150>, consultado en fecha 12 de julio de 2020. Cabe hacer notar que incluso respecto al ordenamiento italiano, Bianca, al rechazar la teoría que pretende fundamentar la prohibición del pacto comisorio en razones de orden procesal, afirma que no existe un principio general que consagre la inderogabilidad del procedimiento judicial o que impida la sujeción convencional del deudor al poder de autosatisfacción del acreedor (Bianca, C. Massimo, *Voz Pacto commissorio... cit.*, p. 217). Igualmente, en la doctrina italiana, Carnevali (*ob. cit.*, p. 500) se pronuncia en contra del criterio procesalista de la prohibición.

Enrique Urdaneta Fontiveros

aumenta la probabilidad de obtener el pago del crédito garantizado. En el campo de las garantías, el principio de proporcionalidad exige que exista una correspondencia de la medida de la responsabilidad con la cuantía de la deuda (incrementada, en su caso, por el daño efectivamente causado por el incumplimiento)²⁸.

A nuestro modo de ver, esta teoría aporta explicaciones útiles para fundamentar la prohibición del pacto comisorio.

En efecto, por su carácter accesorio, el derecho real de garantía con que cuenta un determinado acreedor no puede ir más allá de lo que requiera la satisfacción de su crédito; por lo cual, la extensión del derecho del acreedor a cuyo favor se ha constituido una garantía real se circunscribe a obtener la prestación prometida o su equivalente pecuniario más la eventual reparación de los daños y perjuicios. A través de la ejecución de la garantía real, no se puede obtener más de lo que se lograría mediante el cumplimiento exacto de la obligación garantizada²⁹. Nuestro sistema de garantías reales no permite que se aplique la totalidad del valor de un bien que constituye el asiento de la garantía a la extinción de una deuda con independencia de cuál sea el monto de esta última.

En fin, la razón principal de la prohibición del pacto comisorio es la desproporción que se genera entre el monto de lo debido y el valor de la pérdida que

²⁸ En la doctrina italiana, véase: Varrone, Claudio, *Il trasferimento de la proprietà a scopo di garanzia*, Nápoles, Jovene, 1968, p. 59. En la doctrina española, véase: Ginés Castellet, Núria, *La enajenación de bienes inmuebles con fines de garantía*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004, pp. 486-491.

²⁹ En la doctrina francesa, Crocq afirma que la ausencia de aprovechamiento forma parte de la esencia misma de la idea de garantía (*sûreté*) (Crocq, Pierre, *Propriété et garantie*, París, L.G.D.J., 1995, pp. 222-223). En la doctrina española, Roca Trias al referirse a los principios rectores de las garantías expresa que “el acreedor no debe obtener más o algo distinto de lo que ha pactado, es decir, la prestación obligada, más los intereses, pactados o los legales, más la correspondiente indemnización de los perjuicios cuando se haya producido un incumplimiento de la obligación y esta indemnización se haya previsto como incluida en la garantía” (Roca Trias, Encarus, “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía”, en: *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, coordinado por Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez, Tomo I (Parte General y Garantías Personales), Madrid, Civitas, 1997, pp. 156-157). En la misma dirección pero siguiendo otra línea argumental, en la doctrina italiana, Montel afirma que “la garantía nada agrega al contenido de la relación obligatoria cuya ejecución garantiza ya que solo aumenta la probabilidad de que la obligación sea cumplida, es decir, la llamada seguridad de la propia obligación” (Montel, Alberto, Voz “Garanzia (diritti reali di)”, en: *Novissimo Digesto Italiano*, dirigido por Antonio Azara y Ernesto Eula, Vol. XII, Turín, UTET, 1961, p. 744).

sufre el deudor por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa objeto de la garantía. De ahí que la prohibición del pacto comisorio no debería alcanzar a aquellos pactos de adquisición que invistan al negocio de una evidente e indudable conmutatividad.

V. EXTENSIÓN DE LA PROHIBICIÓN

La doctrina se ha planteado el alcance de la prohibición incluida en los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil. ¿Se puede admitir la validez del pacto bajo ciertas condiciones? ¿Es lícito que se convenga en algún caso el acreedor haga suya la cosa dada en garantía en razón del incumplimiento de la obligación principal?

La doctrina se refiere a algunos supuestos que no constituyen pacto comisorio y examina otros que ofrecen mayor duda para pronunciarse a favor o en contra de su validez.

a. Supuestos que no constituyen pacto comisorio

De entrada, conviene tener en cuenta que hay que descartar ciertos supuestos que no constituyen de ningún modo el pacto prohibido. La interdicción del pacto comisorio no debe llevar a la consecuencia inadmisibles de que el deudor nunca pueda celebrar convenios particulares con su acreedor como, por ejemplo, una dación en pago, o la venta de la cosa dada en prenda o hipoteca, dejando a salvo, claro está, la acción pauliana o revocatoria de tales actos que puedan interponer los restantes acreedores *ex* artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, cuando los mismos se hayan llevado a cabo en fraude de sus derechos.

1. Dación en pago

La doctrina admite de forma prácticamente unánime la validez del pacto en virtud del cual el acreedor y el deudor, después de vencida y no pagada la obligación principal, convienen en que éste le dé en pago a aquél la cosa constituida en garantía, extinguiéndose así la obligación entre ambos³⁰.

³⁰ Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil III*, Vol. III, (Derecho de Bienes), 9ª edición, Madrid, Edisofer, 2004, p. 706; Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, (Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral), 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1977, p. 698; Guilarte Zapatero, Vicente,

La dación en pago de la prenda o de la hipoteca obedece a una pura *causa solvendi*, no a una causa de garantía. Se trata, por tanto, de un negocio esencialmente diferente del negocio de garantía, por el cual el acreedor y el deudor simplemente convienen en un medio solutorio distinto del pago. Una vez vencida y hecha exigible la obligación, la eficacia del convenio es indiscutible debido a que el deudor ha tenido la posibilidad de no convenir en el pacto en cuestión y soportar la venta judicial de la garantía mediante pública subasta para aplicar el precio que se obtenga en el remate a la satisfacción del crédito a través de los correspondientes procedimientos de ejecución³¹. En efecto, nadie obliga al deudor a convenir en la dación en pago. El hecho de que el acreedor vaya a ejecutar el bien sujeto a la garantía no es ni puede considerarse como una circunstancia que implique el aprovechamiento de una situación angustiosa del deudor. Lo único que hace el acreedor (o el propio deudor) es ofrecer un medio solutorio distinto del pago que el deudor (o el acreedor) podrá aceptar o no.³²

2. Venta

La prohibición del pacto comisorio tampoco impide que el deudor venda a su acreedor la cosa dada en prenda o hipotecada. Por consiguiente, la venta de la prenda o hipoteca hecha al mismo acreedor prendario o hipotecario, sea antes o después del vencimiento del término de la obligación garantizada, no se incluye en la prohibición del pacto comisorio³³.

“Comentario a los artículos 1822 a 1896 del Código Civil”, en: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIII, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1990, p. 461. En la doctrina nacional, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., p. 78.

³¹ Reglero Campos, Fernando, “El pacto comisorio”, en: *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, coordinado por María Elena Larroba y Joan Marsal, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 268.

³² Al respecto véase Juzgado de Primera Instancia Agraria de la Región Agraria del Estado Lara, sentencia de fecha 21 de octubre de 2004. Disponible en <https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:VE/%22pacto+comisorio%22/p9/WW/vid/302372902>, consultado en fecha 20 de mayo de 2020.

³³ Vivante, César, “Del Contrato de Seguro, De la Prenda, Del Depósito en los Almacenes Generales”, Vol. II, en: Botafflio, Rocco y Vivante, *Derecho Comercial*, Tomo 15, traducción castellana de Santiago Sentís Melendo, Ediar Editores, Buenos Aires, 1952, p. 259; Aubry, C. y Rau, C., *Cours de Droit Civil Français*, Tomo IV, 5ª edición, París, Marchal et Billard, 1907, p. 712, especialmente, la nota 10; Laurent, F., *Principios de Derecho Civil*, traducción castellana, Tomo 28, 2ª edición, Habana, 1920, pp. 546-547, especialmente, la nota 2 y la jurisprudencia de la Corte de Casación belga ahí citada. En la

Enrique Urdaneta Fontiveros

Lo que la ley prohíbe es que la propiedad de la cosa dada en garantía pase directa e inmediatamente al acreedor, si el deudor no paga la obligación al vencimiento, o que el deudor se hubiere obligado de antemano a transferírsela a su acreedor en esa eventualidad, o que en tal caso este disponga libremente de la prenda o de la hipoteca. Pero la venta de la prenda o de la hipoteca que haga el deudor a su acreedor antes o después de ser exigible la obligación principal (y que no se condicione al impago de la deuda), no cae bajo el campo de aplicación de la prohibición legal. De ahí que sea válida la venta sin fraude hecha por el deudor al acreedor de la cosa dada en garantía, incluso si se conviene que el precio de la venta sea el monto de la deuda garantizada con la prenda o la hipoteca³⁴. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales³⁵.

b. Supuestos de tipificación dudosa

1. Pacto marciano

El pacto marciano es aquel por el cual se conviene que el acreedor adquiere en caso de incumplimiento del deudor el derecho a apropiarse de la cosa dada en garantía, previa su justa estimación y devolución al deudor de la diferencia entre el valor del bien y el importe de la deuda.

La cuestión de la licitud del pacto marciano está estrechamente ligada al fundamento de la interdicción legal del pacto comisorio. Según cuál sea la razón de ser de la prohibición legal, el pacto marciano podrá o no considerarse lícito y admisible.

Si la *ratio* de la prohibición legal es la protección de los intereses del deudor y de los restantes acreedores, el pacto marciano debería admitirse si el precio por el cual el acreedor se hace propietario de la garantía se forma de una manera objetiva como, por

doctrina nacional, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., pp. 78-79; Dominici, Aníbal, *Comentarios al Código Civil Venezolano*, Tomo IV, Tipografía Universal, Caracas, 1905, p. 267.

³⁴ Baudry-Lacantinerie, G. y de Loynes, P., ob. cit., I, pp. 121-131; Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., pp. 78-79.

³⁵ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Federal y de Casación de fecha 30 de mayo de 1940, consultada en *Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación (en Sala Civil), 1824-1949* del doctor José Enrique Machado, Tomo II, p. 40.

ejemplo, por estimación pericial o en función de índices también objetivos como, por ejemplo, los de un determinado mercado etc.³⁶

Del mismo modo si la razón de ser de la prohibición legal se encuentra en la salvaguarda del principio de proporcionalidad en las garantías, debería igualmente admitirse la licitud del pacto marciano puesto que mediante su estipulación el acreedor sólo podrá hacerse propietario de la garantía por el valor que realmente tenga al momento del incumplimiento, con devolución del eventual sobrante al deudor.

En cambio, si el fundamento de la prohibición es la inderogabilidad de los procedimientos de ejecución forzosa de las obligaciones, el pacto marciano no tendría cabida, puesto que mediante su estipulación lo que se pretende es la ejecución forzosa privada de una obligación que no es admisible³⁷.

2. Pacto comisorio *ex intervallo*

El pacto comisorio *ex intervallo* es aquel convenido con posterioridad a la concesión del crédito, pero antes de su vencimiento.

En el Derecho venezolano concierne no es admisible el pacto comisorio *ex intervallo* por las siguientes razones: 1) La prohibición legal contenida en los artículos 1.844, y 1.878 del Código Civil está formulada con carácter general; por consiguiente, comprende tanto el pacto comisorio que acompaña al otorgamiento del crédito o a la constitución de la garantía, como el que se concluye después del nacimiento de la obligación garantizada. Como el legislador no ha hecho ninguna distinción respecto de la oportunidad en que se conviene la estipulación comisorio, tampoco corresponde

³⁶ La doctrina italiana admite pacíficamente la licitud del pacto marciano. Al respecto, por todos, véase: Bianca, C. Massimo, *Voz Pacto Commissorio...* cit., p. 718; Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 505; Locajono, Vincenzo, ob. cit., p. 79. En España, la generalidad de los autores se pronuncia por la validez de este pacto. Al respecto, por todos, véase: Mas Alcaraz, Celestino, “El pacto comisorio”, en: *Estudios de Derecho Privado*, bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez-Radio, Vol. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1965, p. 75; Feliú Rey, Manuel, ob. cit., p. 95. Díez-Picazo y Gullón, por su parte, después de señalar las razones de la validez del pacto marciano, expresan: “Además, no parece justo obligar al acreedor a iniciar procedimientos legales que en el fondo conducen a la misma finalidad, cual es la fijación objetiva de un precio” (ob. cit., III, p. 498). En la doctrina nacional, Sanojo admite la licitud del pacto marciano (Sanojo, Luis, *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo IV, Caracas, Imprenta Nacional, 1973, pp. 247-248). Lo hace también Anibal Dominici (ob. cit., IV, p. 267).

³⁷ Al respecto, véase: Bustos Pueche, José Enrique, ob. cit., p. 566.

Enrique Urdaneta Fontiveros

hacerla al intérprete; 2) La *ratio* de la prohibición legal persiste incluso cuando la garantía real y el pacto comisorio que la acompaña se constituyen con posterioridad al nacimiento de la relación obligatoria³⁸; 3) Si la ley prohíbe que las partes convengan algo en un contrato, no puede permitir que mientras este subsista pueda ser modificado en la materia sobre la cual versa la prohibición, salvo que el legislador haya limitado claramente el precepto prohibitivo al momento mismo de la celebración del contrato; y 4) La aceptación de la tesis contraria permitiría burlar fácilmente la prohibición legal puesto que le bastaría a las partes convenir en la apropiación de la garantía por parte del acreedor con posterioridad al contrato sin cumplir con las exigencias de la ley.

En nuestro sistema legal no cabe pues admitir la cláusula comisoria prohibida, independientemente de que las partes la acuerden en el momento de la celebración del contrato o de la constitución de la garantía, o con posterioridad antes de ser exigible la obligación principal.

3. Pacto comisorio con el tercero constituyente de la prenda o la hipoteca

En nuestro concepto, tampoco es lícita la estipulación comisoria incorporada en una prenda o hipoteca constituida por un tercero en vez del deudor. El texto legal prohíbe al acreedor apropiarse de la prenda o de la hipoteca o disponer de ella a su arbitrio en caso de no serle pagada la deuda, independientemente de que la prenda o la hipoteca hayan sido constituidas por el deudor o por un tercero. La negación de las facultades de apropiación y disposición por parte del acreedor deriva de la propia naturaleza de la prenda y la hipoteca³⁹.

4. Pacto comisorio con el fiador

Es la convención celebrada por el fiador y el deudor mediante la cual este se obliga, en caso de incumplimiento de la obligación principal, a transferir a aquel la

³⁸ En la doctrina nacional, Sanojo sostiene que el pacto comisorio convenido después del otorgamiento del crédito es igualmente nulo puesto que el acreedor puede fácilmente imponérselo al deudor quien consentirá en su estipulación por el temor de no poder devolver el préstamo en la fecha de su vencimiento (Sanojo, Luis, ob. cit., IV, pp. 246-247).

³⁹ En ese sentido se pronunció la Casación italiana mediante sentencia N° 1787 en fecha 23 de febrero de 1983. Al respecto, véase: Sesta, Michele, *Le garanzie atipiche*, Padua, CEDAM, 1988, p. 540.

propiedad de la cosa dada en prenda o hipoteca, en pago del crédito satisfecho por el fiador.

La doctrina discute la validez del pacto por el cual se estipula la apropiación de la prenda en favor del fiador.

Algunos autores consideran que el pacto es lícito por no ser en rigor un pacto comisorio, dado que no se celebra entre el acreedor y el deudor⁴⁰. Según otros, el pacto es ilícito no solo por la identidad de *ratio* sino, además, porque de acuerdo con la ley el fiador se subroga en la posición del acreedor (Código Civil, artículo 1.300, ordinal 3º), considerándose entonces al fiador como un acreedor verdadero y propio del deudor⁴¹. A nuestro modo de ver, esa es la posición más razonable ya que el fiador en razón del pago pasa a ocupar el lugar del antiguo acreedor y, por tanto, su crédito goza de las garantías que estaban incorporadas al primitivo crédito, pero siempre con las limitaciones propias respecto de las facultades de apropiación y disposición de la cosa entregada en garantía que tenía el primitivo acreedor satisfecho.

5. Prenda irregular

Contrariamente a lo que ocurre en la prenda regular cuyo objeto son bienes muebles fungibles que permanecen en propiedad de quien los ha entregado en garantía, en la llamada *prenda irregular* lo que se entrega en garantía de un crédito son cantidades de dinero u otras cosas fungibles no individualizadas. La propiedad de dichos bienes pasa al acreedor; por tanto, no rige la prohibición del pacto comisorio. Si el deudor cumple, la obligación del acreedor prendario es restituir el equivalente de lo recibido en bienes de la misma especie y calidad (*tantundem eiusdem generis*). Si el deudor no cumple, opera la compensación legal entre la deuda y la obligación de restituir la prenda sin que se requiera ningún otro tipo de trámite para cobrar la garantía, ya que el constituyente de la prenda se desprendió de su propiedad al celebrar el

⁴⁰ En tal sentido, véase: Giorgi, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Vol. III, traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Reus, 1920, p. 341; Troplong citado por Giorgi (*Ídem*). En la doctrina nacional, véase: Sanojo, Luis, ob. cit., IV, p. 249.

⁴¹ En tal sentido, véase: Locajono, Vincenzo, ob. cit., pp. 91-94.

contrato. De ahí que para la denominada prenda irregular no rige la prohibición del pacto comisorio⁴².

6. Compraventa con pacto de retro

La compraventa con pacto de retro, o retracto convencional en la terminología del Código Civil, le permite al vendedor que ha transmitido la propiedad de la cosa recuperarla devolviendo el precio y reembolsando al comprador los gastos estipulados en la ley (Código Civil, artículo 1.534)⁴³. La venta con pacto de retro permite así al propietario de una cosa procurarse el dinero que requiere mediante su enajenación, pero reservándose la posibilidad de retomar la cosa vendida si así lo desea.

Con frecuencia las partes recurren a esta figura para ocultar un préstamo (generalmente usurario) y para eludir la aplicación de las normas de orden público que prohíben el pacto comisorio, enmascarando la verdadera operación bajo el disfraz de una supuesta venta con pacto de retro que se aparta así de su función. El mecanismo que se emplea es generalmente el siguiente: el acreedor entrega una cantidad de dinero al deudor y formalmente se hace o encubre esta entrega como precio de una compraventa. El acreedor aparece formalmente como comprador existiendo en el contrato un pacto de recompra a favor del deudor cuando éste devuelve el crédito o préstamo, es decir, cuando cumple la obligación debida. De esta forma el vendedor con pacto de retro es un prestatario y el comprador, un prestamista. La cosa se “vende” por el prestatario al prestamista por un precio equivalente al monto del préstamo, conviniéndose el pacto de retro que le permitiría al prestatario recuperar la cosa dentro de un plazo – la duración del préstamo – mediante la devolución del “precio”, incrementado con los intereses, o sin incrementar, cuando ello no es necesario porque en el contrato se hizo figurar una suma superior a la realmente recibida por el prestatario. Se ha burlado de esta forma la disposición legal que prohíbe el pacto comisorio con el agravante de que el prestamista no se convierte en propietario al vencimiento, porque la ley se lo prohíbe; pero se

⁴² Bianca, C. Massimo, *Voz Pacto Commissorio...* cit., p. 718; Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 505; Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., p. 69; Dalmartello, Arturo Voz “Pegno irregolari”, en: *Novissimo Digesto Italiano*, dirigido por Antonio Azara/Ernesto Eula, Vol. VI, Turín, UTET, 1968, p. 711.

⁴³ Para un examen de los caracteres esenciales y los elementos estructurales del retracto convencional en nuestro Código Civil, véase mi trabajo *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código Civil venezolano)*, Caracas, Ediciones Liber, 2016, pp. 15-75.

convierte en propietario con anterioridad, esto es, desde el día del préstamo encubierto mediante una venta con pacto de retro⁴⁴.

Como se comprende fácilmente, el problema que se plantea es cómo determinar si el contrato sometido a la consideración del juez disimula la existencia de un contrato de préstamo con una estipulación comisorio enmascarada bajo una compraventa con pacto de retro.

La doctrina señala como características de las operaciones ficticias de venta *sub retro* las siguientes: 1) La existencia de una relación de deuda, anterior o contemporánea del vendedor respecto del comprador. Como se dijo, el indicio capital para reconocer un pacto comisorio encubierto será la conexión directa entre la operación de transmisión del objeto y la existencia de una relación previa o concomitante, con obligaciones contraídas a que responde; 2) El precio vil en relación al valor real de la cosa. Con ello se busca la constitución de una garantía que procure, en caso de falta de pago, la transmisión irregular de una propiedad cuyo precio verdadero es muy superior al pagado; 3) La estipulación de intereses que induce a pensar que, en realidad, estamos ante un préstamo con garantía y no frente a una compraventa, puesto que, de otro modo, no se comprende que el precio produzca intereses; 4) El inmediato arrendamiento de la cosa al vendedor, generalmente a un precio elevado y que seguramente esconde los intereses del préstamo; 5) El mantenimiento del vendedor en la posesión de la cosa, de manera que la transmisión del dominio (si es que realmente la hay) se perfecciona a través del *constitutum possessorium*; 6) La asunción de todos los gastos de la transmisión y de todos los tributos, cargas y riesgos inherentes a la propiedad del bien a cargo del vendedor; 7) Las declaraciones, expresiones y frases utilizadas por las partes; 8) La prórroga del plazo dentro del cual debía originalmente ejercitarse el derecho de retracto; 9) La prohibición al comprador de disponer de la cosa, o de alterarla o transformarla; 10) La obligación del vendedor de contratar un seguro sobre la cosa

⁴⁴ Esta situación ya había sido advertida por la doctrina clásica francesa. Al respecto, por todos, véase: Josserand, Louis, ob. cit., II, pp. 108-109. La doctrina nacional también ha puesto de manifiesto los peligros que entraña la venta con pacto de retracto porque con frecuencia se ha utilizado para eludir la aplicación de normas de orden público como las disposiciones relativas a la usura y la prohibición legal del pacto comisorio. Al respecto, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., pp. 278-279; Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Ibid.*, pp. 24-27.

Enrique Urdaneta Fontiveros

objeto de la venta con pacto de retro; 11) La frecuencia de compras bajo esta modalidad efectuadas por una misma persona, lo que hace presumir que se trata de un usurero que oculta sus operaciones ilegales; y 12) En general, todo aquello que no suele ordenarse en una compraventa ordinaria en la que el vendedor se reserva el derecho de retracto⁴⁵.

Los hechos o circunstancias anteriores son pues indicios o presunciones *hominis* que permitirán al juez *ex* artículos 1.394 y 1.399 del Código Civil encontrar cuál fue la verdadera intención de los contratantes. En la generalidad de los casos, la concurrencia de uno o de varios de esos indicios, puede estimarse prueba suficiente para detectar la presencia de una operación de préstamo con un pacto comisorio enmascarado bajo una compraventa con pacto de retro.⁴⁶

Corresponderá, en definitiva, a los jueces apreciar el verdadero sentido del negocio realizado por las partes según las circunstancias y efectuar la calificación correspondiente. La calificación jurídica de la operación dependerá fundamentalmente de la verdadera intención de las partes, tomándose en cuenta, en especial, los hechos que la demuestren o la hagan presumir, conforme a lo antes expuesto⁴⁷.

⁴⁵ Anelli, Franco, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 150-152; Sesta, Michele *ob. cit.*, pp. 149-153; Durán Rivacoba, Ramón, *ob. cit.*, pp. 182-184; Ginés Castellet, Núria, *ob. cit.*, pp. 125-129; Aguilar Gorrondona, José Luis, *ob. cit.*, pp. 178-279; Urdaneta Fontiveros, Enrique, *ob. cit.*, p. 27.

⁴⁶ Al respecto, véase: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 431, de fecha 13 de marzo de 2007 y Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 427, de fecha 14 de octubre de 2010, citadas ambas en sentencia No. RC.000889 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 9 de diciembre de 2016. Disponible en <https://vlexvenezuela.com/vid/sonia-franci-benedetti-ramirez-655480193>, consultado en fecha 12 de mayo de 2020; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. RC.000484, de fecha 3 de agosto de 2016. Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/jose-naza-rodriguez-linareza-646722721>, consultado en fecha 12 de mayo de 2020; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. RC.000148, de fecha 6 de marzo de 2012. Disponible en <https://vlexvenezuela.com/vid/representaciones-dorta-garc-francisco-pino-356216786>, consultado en fecha 12 de mayo de 2020.

⁴⁷ Urdaneta Fontiveros, Enrique, *ob. cit.*, p. 27.

7. Compraventa sometida a la condición suspensiva del incumplimiento de la deuda

La figura de la compraventa suspensivamente condicionada al impago de una deuda por parte del vendedor ha sido calificada como un *pacto comisorio autónomo*⁴⁸ y, por ende, incluido dentro de la prohibición legal.

En razón de la compraventa bajo condición suspensiva del incumplimiento de la obligación, el comprador y el vendedor acuerdan que el primero entrega al segundo una cantidad de dinero, y celebran un contrato de compraventa sobre un bien del vendedor, suspensivamente condicionado a la falta de restitución de esa cantidad; de modo que el comprador, en caso de no producirse la devolución del dinero, adquirirá irrevocablemente la propiedad de un bien del vendedor, actuando como precio la cantidad que adelantó.

La operación se traduce en una compraventa sometida a condición suspensiva cuyo evento condicionante es precisamente la insatisfacción del crédito que tiene el comprador frente al vendedor. Si se produce la restitución por el deudor de la cantidad anticipada por el acreedor, la condición es fallida y la compraventa no produce sus efectos. Pero ante un incumplimiento de la obligación, la condición se cumple y la compraventa despliega su eficacia, adquiriendo el comprador sin más la propiedad del bien de su deudor.

⁴⁸ El pacto comisorio autónomo es aquel por el cual las partes convienen que, en caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor tendrá el derecho de apropiarse de una cosa determinada del deudor sobre la cual no existe ninguna garantía prendaria, hipotecaria o anticrética. El pacto comisorio autónomo o en sentido impropio funciona como una garantía autónoma, es decir, independiente de un contrato de garantía típico (hipoteca, prenda o anticresis). Por ejemplo, en un préstamo se conviene que, incumplida la obligación, el prestamista hará suya una cosa determinada del deudor sobre la cual el acreedor no tiene una prenda o hipoteca constituida a su favor. Se utiliza una cosa como garantía al margen de los contratos reales típicos de garantía. Si bien los supuestos de pacto comisorio contemplados en la ley son los que acceden a un contrato de prenda, hipoteca o anticresis, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera modernas consideran que no son estos los únicos casos comprendidos en la prohibición. Ese mismo criterio debe seguirse en nuestro ordenamiento. En efecto, las disposiciones del Código Civil que consagran la prohibición del pacto comisorio (arts. 1.844, 1.858 y 1.878) son, por su naturaleza, normas materiales que impiden la obtención de un determinado resultado cualquiera que sea el medio utilizado para obtenerlo. La prohibición legal lo que quiere es impedir el resultado, sea uno u otro el medio empleado para conseguirlo. Por lo cual, se le niega eficacia a aquellos negocios que si bien no están prohibidos directamente producen bajo otra forma el mismo resultado objetivo o fin práctico que es precisamente el que la ley trata de impedir

La doctrina y la jurisprudencia italiana y española más modernas consideran que una convención de esas características constituye una violación de la prohibición del pacto comisorio⁴⁹ y, por ende, se halla proscrita por la ley por las siguientes razones: En primer lugar, la compraventa está vinculada causalmente con una relación crediticia entre las mismas partes: para que los contratantes puedan garantizar el crédito mediante una venta suspensivamente condicionada al incumplimiento, se requiere la existencia de un crédito entre las partes. Pero adicionalmente el carácter garantista de la operación es evidente. En efecto, por la eficacia suspensiva de la condición, la transmisión de la propiedad se produce en el momento de la no restitución de la cantidad adeudada. Como la transferencia de la propiedad y el pago del precio quedan en suspenso hasta el vencimiento de la obligación garantizada, producido el incumplimiento, las consecuencias respecto al comprador (acreedor son la adquisición de la propiedad y la extinción del crédito por compensación; y respecto al vendedor) deudor, el pago de la deuda a través de la transferencia de un bien. El acreedor se hace propietario de la cosa “vendida” por el incumplimiento. De lo que resulta que hay, en definitiva, una venta en garantía que encubre un pacto comisorio prohibido; o si se quiere, una cláusula comisoría que surge en relación con una garantía oculta como la venta en garantía. Ese mismo criterio debe seguirse en nuestro ordenamiento.

⁴⁹ En la doctrina italiana, Franco Anelli (ob. cit., pp. 27-29), afirma que la solución favorable a la extensión de la prohibición legal a esta hipótesis es pacífica, lo que puede corroborarse en Bianca, C. Massimo, *Voz Patto Commissorio...* cit., p. 714; Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 502; Sesta, Michele, ob., cit., p. 27-29. La Casación italiana en sentencias recientes se ha pronunciado igualmente por una interpretación extensiva del art. 2.744 del *Codice* que consagra la prohibición del pacto comisorio ya que no se trata de una norma excepcional sino más bien todo lo contrario, en cuanto refleja “un principio común a numerosas instituciones”. La Casación italiana no ha vacilado en declarar en forma inequívoca que “la prohibición del pacto comisorio comprende tanto las ventas en garantía bajo condición suspensiva, como las ventas con pacto de rescate, de retroventa y de retrocompra”. Al respecto, véanse las sentencias de la Casación italiana reseñadas en Valcavi, Giovanni, “De la prohibición del pacto comisorio, la venta con garantía y el negocio fiduciario” en *Textos jurídicos de Derecho Civil*, s/f., p. 253. Disponible en: <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/espanol/derecho-civil/De-la-prohibicion-del-pacto-comisorio.pdf>, consultado en fecha 20 de julio 2020. La doctrina española entiende en su mayoría que la compraventa en garantía bajo condición suspensiva del impago de la deuda es un supuesto que cae bajo el campo de aplicación de la prohibición legal. Al respecto, véase: Bustos Pueche, José Enrique, ob. cit., pp. 567-568; Durán Rivacoba, Ramón, ob. cit., p. 68; Ginés Castellet, Núria, ob. cit., pp. 135-139; Guilarte Zapatero, Vicente, ob. cit., pp. 460-461, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha sido oscilante. Al respecto, véase: Rodríguez Rosado, Bruno, ob. cit., pp. 195-197, especialmente, las notas 19 y 20 y las sentencias del Tribunal Supremo español ahí reseñadas.

8. Opción en garantía

La opción en garantía es el derecho de opción que el deudor concede al acreedor para que, transcurrido el plazo fijado para el pago de la deuda, pueda ejercerlo sobre un bien propiedad de aquél, por un precio que en la mayoría de los casos es el dinero entregado en préstamo. En tal caso, solo si hay incumplimiento por parte del deudor, el acreedor tiene la facultad de adquirir la propiedad de un bien del deudor por el precio que había entregado en préstamo, o no ejercer este derecho y exigir el crédito, puesto que mantiene la posición de acreedor; es un acreedor cuyo derecho de crédito se encuentra reforzado por un derecho de opción⁵⁰. De lo que resulta que la opción de compra concedida al acreedor funciona como una garantía implícita para asegurar el pago de su crédito. En efecto, la opción en garantía supone una transmisión de la propiedad condicionada a la falta de pago de la deuda dentro de un plazo que, en razón de una estipulación previa, se pone en funcionamiento por la sola manifestación de voluntad del acreedor.

La facultad alternativa del acreedor de elegir, ante el incumplimiento del deudor, entre ejercer la acción personal para el cobro de la deuda o hacer efectiva la garantía adquiriendo la propiedad del bien mediante el ejercicio de la opción, es realmente la misma facultad de elección que asiste al acreedor prendario o hipotecario mediante pacto comisorio: acudir a la vía (ejecutiva) ordinaria para el cobro de su crédito o hacer suyo el bien dado en garantía. En efecto, la opción en garantía le permite al acreedor, en caso de que se produzca el incumplimiento, hacer suyo de manera directa e inmediata un determinado bien del patrimonio del deudor sobre el cual no tenía una prenda o una hipoteca constituida a su favor.

Para facilitar el buen funcionamiento de este mecanismo de garantía se suele prever que si llegado el vencimiento de la deuda hay incumplimiento por parte del deudor, el acreedor tendrá el derecho de adquirir el bien del deudor por un precio prefijado que será pagado por compensación con la deuda insatisfecha. Esta opción puede venir acompañada de un poder irrevocable, otorgado en interés común *ex* artículos 1.704 (ord. 1º) y 1.705 del Código Civil, a favor del propio optante o de una

⁵⁰ Rodríguez Rosado, Bruno, *ob. cit.*, pp. 191-193.

Enrique Urdaneta Fontiveros

persona de su confianza, para que pueda disponer del bien sobre el cual recae la opción y otorgar los documentos requeridos para hacer constar la transferencia, en caso de que dicha opción sea ejercida.

Como puede fácilmente apreciarse, la utilización del contrato de opción para asegurar el cumplimiento de una obligación le permite a las partes convenir en la transferencia comisorio de la propiedad por el incumplimiento de la deuda. Admitir el empleo de una opción de compra ejercitable por el acreedor sobre un bien propiedad de su deudor en la eventualidad del impago de la deuda dentro del plazo establecido, equivaldría a legitimar la utilización de esta figura con funciones de pacto comisorio para eludir la aplicación de los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil⁵¹.

No es admisible, es nuestro concepto, que a través de una opción de compra consiga el acreedor que el derecho a la realización del valor de la cosa que le asiste en la ejecución de su derecho de crédito, se convierta en una adquisición comisorio a falta de pago de la deuda⁵². De admitirse esta posibilidad se desnaturalizaría lo que es una garantía real que implica la conversión de la cosa en dinero para satisfacer la deuda y revertir el sobrante al deudor.

VI. EFECTOS DEL PACTO COMISORIO

El pacto comisorio, como se dijo, es absolutamente nulo porque adolece de *causa ilícita*. Pero la nulidad no afecta todo el contrato, sino solo a la cláusula ilícita. La nulidad del pacto comisorio no afecta a la garantía constituida. La nulidad se limita exclusivamente al pacto comisorio (*utile per inutile non vitiatur*). La nulidad parcial se fundamenta en el tenor literal de los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil y 542 del Código de Comercio, en el principio de la conservación del contrato (*favor negotii* o, al menos, *favor voluntatis*) reconocido por nuestra jurisprudencia y en la

⁵¹ En el mismo sentido, respecto al ordenamiento español, véase: Durán Rivacoba, Ramón, ob. cit., pp. 230-244 y la doctrina administrativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado allí citada.

⁵² Como afirma Vidal Martínez “la opción de compra articulada con fines de garantía, así como de subordinación de la eficacia de una compraventa al incumplimiento del deudor, adoptando la forma de condición suspensiva o resolutoria no constituyen figuras distintas de la aquí expresada, sino simples variantes, que tratan de eludir la prohibición del pacto comisorio que en estos casos, se ve –en nuestra opinión–, conculcada” (Vidal Martínez, Jaime, *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 208-209).

propia naturaleza del contrato de garantía que puede existir válidamente sin la cláusula comisorio⁵³.

La nulidad total de la garantía, se afirma, sería una sanción excesiva para el acreedor. Como teniéndose por no puesta la cláusula se corrigen por completo los defectos de la relación jurídica, la nulidad parcial es la solución que se impone.

Ahora bien, se admite que otra sería la solución si la cláusula comisorio hubiera sido la causa determinante del acuerdo de las partes, de modo que el contrato de garantía no se hubiera celebrado sin el pacto comisorio. Si queda establecido que el pacto fue determinante del consentimiento, al punto que las partes hicieron depender de su estipulación la existencia misma de la garantía, la nulidad del pacto traerá consigo la nulidad de todo el contrato de garantía⁵⁴. Como es de suponer que el acreedor preferirá quedarse con la garantía de la prenda, hipoteca o anticresis, antes que dejar de estar garantizado, la nulidad total del negocio de garantía solo procederá en casos excepcionales⁵⁵.

De ahí que, como principio de carácter general, al declararse la nulidad del pacto comisorio queda en pie la prenda, hipoteca o anticresis con todo su contenido, excepto la cláusula comisorio ilícita⁵⁶. Una vez declarada la invalidez de la convención, la garantía deberá ejecutarse por el procedimiento legalmente establecido.

⁵³ La doctrina es pacífica al respecto. Por todos, en la doctrina francesa, véase: Josserand, Louis, ob. cit., II, p. 456; Mazeaud, Henri, Mazeaud Leon y Mazeaud, Jean, ob. cit., I, p. 114. En la doctrina italiana, por todos, véase: Locajono, Vincenzo, ob. cit., pp. 40-41; Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 506. En la doctrina española, por todos, véase: Albaladejo, Manuel, ob. cit., III, p. 705; Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio ob. cit., III, p. 499.

⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵ Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 506.

⁵⁶ En la doctrina nacional, José Luis Aguilar Gorrondona (ob. cit., p. 77) y Francisco López Herrera (ob. cit., p. 188) se pronuncian por la nulidad parcial. Por la nulidad de la cláusula contentiva del pacto comisorio en la prenda, hipoteca y anticresis se ha pronunciado igualmente la jurisprudencia de nuestros tribunales. Al respecto véase, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 431, de fecha 13 de marzo de 2007, parcialmente transcrita en sentencia del Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, No. 539, de fecha 23 de noviembre de 2011. Disponible en <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:VE/%22pacto+comisorio%22/p2/WW/vid/334143930>, consultado en fecha 12 de mayo de 2020; Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia de fecha 8 de febrero de 2017. Disponible en

Enrique Urdaneta Fontiveros

Pueden pedir la declaración de nulidad todos los interesados. Por consiguiente, están legitimados para solicitarla el deudor y sus otros acreedores. Además, la nulidad puede – y debe – ser declarada de oficio por el Juez. Cabe por último que la haga valer el propio acreedor⁵⁷.

La acción para obtener la declaratoria de nulidad absoluta del pacto comisorio, así como la facultad o poder jurídico de oponerla como excepción, no prescribe nunca; es imprescriptible. Ello sin perjuicio de los efectos de la usucapión de la cosa transmitida al acreedor, como consecuencia del pacto comisorio consumado. Empero, el acreedor solo podrá adquirir la propiedad de la cosa en virtud de la usucapión veintenal prevista en el artículo 1.977 del Código Civil ya que carece de justo título⁵⁸.

Por último, en los casos de pacto comisorio encubierto o simulado bajo la apariencia de otro negocio jurídico, como existe una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada de las partes, su régimen será el que corresponde a la simulación de los negocios jurídicos⁵⁹.

<https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:VE/%22pacto+comisorio%22/WW/vid/785571721>, consultado en fecha 20 de julio de 2020.

⁵⁷ Se podría pensar que permitir al acreedor aprovecharse de la nulidad, sería permitirle sacar provecho de su propia falta. Pero conviene recordar que la nulidad del pacto se establece para la protección del orden público. Por lo cual, hay que mirar la cuestión como si el contratante acreedor al atacar el pacto comisorio nulo, está tratando de salvaguardar ese interés superior y no como si pretende sacar provecho de su falta, aunque sea este su fin primordial.

⁵⁸ Locajono, Vincenzo, ob., cit., p. 45.

⁵⁹ Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 506, Bustos Pueche, José Enrique, ob. cit., pp. 571-572.

CONCLUSIONES

1. El pacto comisorio está prohibido para la prenda, hipoteca y anticresis. Constituye un principio rector de nuestro sistema de garantías reales que obedece a exigencias de orden público que gobiernan la materia.

2. El fundamento de la prohibición del pacto comisorio se halla en la desproporción que se genera entre el monto de lo debido y el valor de la pérdida que sufre el deudor por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa objeto de la garantía. La prohibición del pacto comisorio no comprende aquellos pactos de adquisición que invistan al negocio de una evidente e indudable conmutatividad.

3. La interdicción del pacto comisorio no debe llevar a la consecuencia inadmisibles de que el deudor nunca pueda celebrar convenios particulares con su acreedor como, por ejemplo, una dación en pago, o la venta de la cosa dada en prenda o hipoteca, dejando a salvo la acción pauliana o revocatoria de tales actos que puedan interponer los restantes acreedores *ex* artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, cuando los mismos se hayan llevado a cabo en fraude de sus derechos.

4. El pacto comisorio es absolutamente nulo porque tiene *causa ilícita*. La nulidad no afecta todo el contrato, sino solo a la cláusula ilícita. Al declararse la nulidad del pacto comisorio queda en pie la prenda, hipoteca o anticresis con todo su contenido, excepto la cláusula comisoria ilícita (*utile per inutile non vitiatur*).

5. Una vez declarada la invalidez del pacto comisorio, la garantía deberá ejecutarse por el procedimiento legalmente establecido.

6. En los casos de pacto comisorio encubierto o simulado bajo la apariencia de otro negocio jurídico, como existe una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada de las partes, su régimen será el que corresponde a la simulación de los negocios jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis, *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*, 11ª edición, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.
- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil III*, Vol. III, (Derecho de Bienes), 9ª edición, Madrid, Edisofer, 2004.
- AUBRY, C. y Rau, C., *Cours de Droit Civil Français*, Tomo IV, 5ª edición, París, Marchal et Billard, 1907.
- AYNÈS, Laurent y Crocq, Pierre con el concurso de Agustin Aynès, “Droit des Sûretés”, en: Malaurie, Phillipe y Aynès, Laurent, *Droit Civil*, París, L.G.D.J., 2019.
- BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, Vol. III, traducción al castellano de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa-América, 1967.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y de Loynes, P., “Du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l’expropriation forcée”, Tome I, en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXII, 2ª edición, París, 1899.
- BIANCA, C. Massimo, *Voz “Patto Commissorio”*, en: *Novissimo Digesto Italiano*, bajo la dirección de Antonio Azara y Ernesto Eula, Vol. XII, Turín, UTET, 1965.
- BIANCA, C. Massimo, *Il divieto del patto commissorio*, Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino, a cargo de Pietro Pierlingieri, Nápoles-Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2013.
- BRUGI, Biagio, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción al castellano, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique, “Teoría general sobre los derechos reales de garantía con especial atención al pacto comisorio”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo

Enrique Urdaneta Fontiveros

XLIII, fascículo II, abril-junio 1990, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

CABRILLAC, Michel y Mouly, Christian, *Droit de Sûretés*, 2ª edición, París, Editorial Litec, 1993.

CARNELUTTI, Francesco, “Note sul patto commissorio”, en: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, bajo la dirección de A. Straffa y C. Vivante, Vol. XIV, parte seconda, Milán, Vallardi, 1916.

CARNEVALI, Ugo, Voz “Patto commissorio,” en: *Enciclopedia del Diritto*, bajo la dirección inicial de Francesco Calasso, Vol. XXXII, Milán, Giuffrè, 1982.

CROCQ, Pierre, *Propriété et garantie*, París, L.G.D.J., 1995.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, (Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral), 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1977.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, Voz “Pacto Comisorio”, en *Diccionario de Derecho Civil*, Caracas, Liven Editores, 2009.

DOMINICI, Aníbal, *Comentarios al Código Civil Venezolano*, Tomo IV, Tipografía Universal, Caracas, 1905.

DURÁN RIVACOBBA, Ramón, *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Editorial Civitas, 1995.

GINÉS CASTELLET, Núria, *La enajenación de bienes inmuebles con fines de garantía*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.

GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Vol. III, traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Reus, 1920.

Enrique Urdaneta Fontiveros

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Comentario a los artículos 1822 a 1896 del Código Civil”, en: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIII, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1990.

IRURZUN GOICOA, Domingo, “La cláusula resolutoria y el pacto comisorio”, en: *Estudios de Derecho Privado* bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez Radío, Vol. II, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1975.

JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II (Contratos), traducción castellana de Santiago Conchillos y Monterola, Buenos Aires, Bosch y Cia. Editores, 1950.

LAURENT, F., *Principios de Derecho Civil*, traducción castellana, Tomo 28, 2ª edición, Habana, 1920.

LOCAJONO, Vincenzo, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milán, Giuffrè, 1952.

LÓPEZ HERRERA, Francisco *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*, Caracas, Empresa El Cojo, 1952.

MAS ALCARAZ, Celestino, “El pacto comisorio”, en: *Estudios de Derecho Privado*, bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez-Radío, Vol. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1965.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo IV, Madrid, Editorial Reus, 1931.

MONTEL, Alberto, Voz “Garanzia (diritti reali di)”, en: *Novissimo Digesto Italiano*, dirigido por Antonio Azara y Ernesto Eula, Vol. XII, Turín, UTET, 1961.

MAZEAUD, HENRI, Mazeaud, Leon, y Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Tercera, Volumen I (Garantías), traducción castellana de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

Enrique Urdaneta Fontiveros

REGLERO CAMPOS, Fernando, “El pacto comisorio”, en: *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, coordinado por María Elena Larroba y Joan Marsal, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.

ROCA SASTRE, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978.

ROCA TRÍAS, Encarus, “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía”, en: *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, coordinado por Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez, Tomo I (Parte General y Garantías Personales), Madrid, Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.

SANOJO, Luis, *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo IV, Caracas, Imprenta Nacional, 1973.

SESTA, Michele, *Le garanzie atipiche*, Padua, CEDAM, 1988.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las Caucciones*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1980.

URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código Civil venezolano)*, Caracas, Ediciones Liber, 2016.

VALCAVI, Giovanni, “De la prohibición del pacto comisorio, la venta con garantía y el negocio fiduciario” en *Textos jurídicos de Derecho Civil*, s/f.

VARRONE, Claudio, *Il trasferimento de la proprietà a scopo di garanzia*, Nápoles, Jovene, 1968.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, Civitas, 1990.

Enrique Urdaneta Fontiveros

VIVANTE, César, “Del Contrato de Seguro, De la Prenda, Del Depósito en los Almacenes Generales”, Vol. II, en: Botafflio. Rocco y Vivante, *Derecho Comercial*, Tomo 15, traducción castellana de Santiago Sentís Melendo, Ediar Editores, Buenos Aires, 1952.

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo “Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y del pacto marciano”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13, diciembre 2009.