

Teoría General de los Contratos

LOS CONTRATOS (*)

Sección Primera

DISPOSICIONES GENERALES

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático Principal

CAPITULO VIII

LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Comentando el § 321, equivalente a nuestro art. 1343, el autor germano Karl LARENZ (40 septies), después de expresar que aquel que se obliga a cumplir previamente una prestación, o sea que otorga término para la prestación de la otra parte en un contrato bilateral, está concediendo crédito, está depositando su confianza en la otra parte; dice que es por esto que la ley protege esta confianza en la hipótesis de que en el futuro se produjera un empeoramiento de la situación patrimonial del contratante al que se le concedió crédito. Evidentemente, ese empeoramiento pondría en peligro el derecho de aquel que debería cumplir conforme al contrato su prestación en primer lugar. En sustancia, se puede retirar la promesa de crédito y recurrir a la solución de que ambas prestaciones se realicen simultáneamente, que es la forma normal de cumplimiento del contrato bilateral, a no ser que la otra parte garantice su prestación que según el contrato ha sido diferido su cumplimiento.

(*) La primera parte fue publicada en esta Revista, Año XXVIII - Nos. II - III, 1964 (40 septies) D. de obligaciones, t. I, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1953, § 18, p. 271. También HEDEMANN, Trat., vol. III, § 11, Nº III, p. 105.

Existen otros autores germanos que consideran que no se puede exigir la simultaneidad de las prestaciones, pero admiten que quien debe cumplir su prestación en primer término puede negarla válidamente (40 octies).

Conviene advertir que el art. 1343 del cód. civ. peruano corresponde no al derecho de retención, sino a la doctrina de la *exceptio* que estudiamos ahora.

HEDEMANN (40 nonies) en otro lugar, hace notar que el § 321 del BGB, que concede la facultad de negar la prestación en los contratos bilaterales, traduce la doctrina de la resolución del contrato por alteración de las circunstancias, que es dice, (40 decies) un magno y a la vez, peligroso instituto jurídico, que no sólo hace vacilar el contrato, sino toda la vida económica, que tiene un carácter negativo y destructivo, ya que se dirige a re-solver.

CAPITULO IX

LA CONDICION RESOLUTORIA

32.—*Su concepto.*— La condición resolutoria importa la aplicación del derecho de resolución. Existe un principio que es el de la fidelidad contractual; por el cual los contratos han sido concluídos para ser cumplidos. Ello se significa en el aforismo "*Pacta sunt servanda*".

Nadie puede desistirse del contrato, en forma arbitraria. Sin embargo, lo común es que personas que celebraron un contrato, quieran después deshacerlo, porque han recibido una oferta más ventajosa. *X* vendió su inmueble a *U*, por minuta todavía, y ya no quiere firmar la escritura pública, porque ha encontrado otro comprador, *M*, que le da más por la cosa materia de la primera venta. El derecho, sin embargo, obliga a cumplir el contrato, ya que de lo contrario, reinaría la más absoluta inseguridad.

Los contratantes pueden pactar con posterioridad que el contrato quede ineficaz. Esta es una resolución por acuerdo, por convenio. Sería un contrato de resolución, o sea el "*contrarius*

(40 octies) Karl LARENZ, Obligaciones, t. I, n. 9 de la p. 271.

(40 nonies) Trat., vol. III, § 17, p. 152.

(40 decies) Trat., vol. III, § 17, Nº IV, p. 148 y ss.

consensus" o "*mutuus dissensus*", modo de extinción de las obligaciones.

Asimismo, el contrato puede quedar resuelto por un desistimiento unilateral. Es el caso del art. 1318 del cód. civ., por el cual se libera el deudor del cumplimiento de la prestación cuando ésta resulta imposible sin culpa de dicho deudor. A contrario, deberá daños y perjuicios el deudor si la prestación se hiciere imposible a consecuencia de una circunstancia de que debía responder dicho deudor; y esa responsabilidad consistiría en la reparación del daño proveniente de la inexecución. Así lo dice el § 280 del BGB (cód. civ. alemán). Igualmente, el deudor sería responsable tratándose del cumplimiento de prestación genérica, ya que en caso de pérdida sin culpa de la cosa genérica que debe, podría dar otra dentro del género, en tanto dicho género exista y pueda hallarse en el mercado. La misma solución debe observarse en caso de obligaciones alternativas, ya que el deudor se libera cumpliendo una de entre las varias prestaciones aunque alguna o algunas de ellas hubieren desaparecido (art. 1191 del cód. civ.)

También debe expresarse que el deudor no queda liberado si la prestación resulta imposible no sólo sin culpa de dicho deudor, sino si hubiere desaparecido por caso fortuito, en la hipótesis de que dicho deudor estuviere incurso en mora. Véase art. 1256 del cód. civ.

Es implicate demandar la resolución del contrato, por incumplimiento, y la declaración de nulidad del mismo contrato por vicios de la voluntad.

La condición resolutoria desata, disuelve, extingue el vínculo creado por el contrato, al hacer desaparecer a éste.

La condición resolutoria tácita no funciona de pleno derecho, como ocurre con la condición resolutoria expresa. El juez se encuentra obligado a apreciar si la parte inexecutó culposamente sus obligaciones, tanto en la condición resolutoria tácita como en la expresa. Rige la regla de que se presume culpable a la parte que debe su prestación.

Dícese que la resolución aniquila el contrato con efecto retroactivo y que la rescisión produce la resolución, pero con efectos futuros.

Corresponde pedir la resolución a la parte que sufre la inexecución de la prestación que se le debe, pero no al mismo autor de la inexecución.

No por ser expresa, el contratante que dió lugar a su aplicación, no puede impugnar ésta y conseguir que el contrato no quede roto, deshecho.

En el derecho romano y dentro del contrato de venta, se le conocía con el nombre de "*lex commissoria*"; preveía la falta por el comprador, del pago de precio y operaba de pleno derecho, siempre que el vendedor la utilizara.

Asimismo, cabe la resolución del contrato mediante el llamado "dinero del arrepentimiento" (arras). El contrato se resuelve mediante la entrega de la suma señalada legal o convencionalmente (art. 1349 cód. civ.).

No sólo hay una condición resolutoria tácita, sino una condición resolutoria expresa. La primera se sobreentiende en el contrato bilateral. La segunda debe estar pactada en el mismo contrato.

Ambas presuponen la perfectibilidad del contrato. Con ellas se sanciona al contratante negligente. Se hace valer como acción, a fin de conseguir la resolución del contrato. En cambio, la *exceptio non adimpleti contractus* tiene función dilatoria y, procesalmente, no es acción sino excepción, porque se deduce, se opone, sirve de cobertura.

Fundamentando la condición resolutoria se expresa que en los contratos bilaterales cada obligación de una de las partes es causa de la obligación contraída por la otra parte. Si una de las partes no cumple la prestación que le respecta, le falta causa a la otra obligación y debe, por tanto, resolverse el contrato. Teniendo en cuenta que el cód. civ. del Perú es anti-causalista, —por lo menos, así se afirma—, esta doctrina parecería inaplicable (40 undecies).

Otros consideran que esta regla que contiene la condición resolutoria tácita reposa en la equidad, desde que si uno de los contratantes no cumple con su obligación, es razonable y justificable que se le autorice al otro contratante para desligarse del contrato.

De otro lado, las obligaciones emergentes de un contrato bilateral están fuertemente ligadas, vinculadas, enlazadas. La obligación del comprador de pagar el precio, por ejemplo, no es distinta ni independiente de la obligación del vendedor de en-

(40 undecies). Véase GIORGI, IV, Nº 205, p. 212, en que este autor se declara anticausalista. Contra: admite la causa como fundamento de la condición resolutoria, LAROMBIERE, III, art. 1184, I, p. 82.

tregar la cosa. Por lo mismo, se autoriza la resolución del contrato si uno de los intervinientes en él no cumple con la prestación que le corresponde.

La condición funciona sólo en los contratos bilaterales. La mayor parte de los contratos más frecuentes son bilaterales. Así, los de compra-venta, locación (en sus tres formas: de cosas, de obra y de servicios) y de permuta. Los contratantes cambian prestaciones, de manera que cada prestación, por lo menos a juicio de la parte que la recibe, tiene como valor la contra-prestación que recibe.

Veamos ahora la bilateralidad: En los contratos bilaterales, el principio fundamental es el viejo "*do ut des*", por el cual cada contratante se obliga bajo la condición de que el otro contratante también se obligue. De donde resulta que la nulidad de la obligación de uno de los contratantes da por resultado la nulidad de la obligación del otro contratante. Ésta es una consecuencia necesaria, que deriva de la conexión entre ambas obligaciones.

Como se expresó, antes, no es necesario que en el contrato bilateral sean objetivamente equivalentes las obligaciones a cargo de los contratantes. Es suficiente que cada contratante vea en la obligación a cargo del otro contratante una justa compensación de la prestación que debe cumplir.

En el contrato bilateral lo medular es que el contratante se obligue a cumplir una prestación porque va a recibir del otro contratante una contra-prestación. Las prestaciones recíprocas se encuentran vinculadas entre sí.

En el contrato bilateral el contratante realiza su prestación únicamente porque al mismo tiempo recibe la contra-prestación. Son simultáneas prestación y contra-prestación. Es por eso que cada contratante sólo puede exigir la prestación del otro contratante, si a su vez, ofrece la suya propia. Hay una dependencia contractual entre las obligaciones a cargo de los contratantes. Es por eso también que si el contratante que pide el cumplimiento de la obligación del otro contratante, no cumple o, al mismo tiempo, ofrece cumplir con su obligación, le puede ser opuesta éxito la excepción de contrato no cumplido.

Es propio del contrato bilateral que el contratante está obligado no sólo a cumplir su prestación, sino a cumplirla al mismo tiempo que el otro contratante cumpla con la suya, salvo que no se hubiere obligado a cumplirla al mismo tiempo. Procesal-

mente, empero, la excepción de contrato no cumplido sólo la tiene en cuenta el juzgador si el demandado la invoca.

Karl LARENZ (40 undecies) anota también que el haber deducido esta excepción no da por resultado que se declare sin lugar la demanda de cobro del acreedor contratante, sino que al demandado se le condena a realizar la prestación que le respecta "simultáneamente" contra recibo de la contra-prestación, conforme al § 322, p. I del BGB.

En concreto, tratándose de un contrato bilateral en que la prestación a cargo de uno de los contratantes no ha sido diferida mediante estipulación, cada contratante sólo puede pedir del otro contratante la prestación simultánea.

Para exigir la prestación hay que cumplir la que se debe por causa de ella.

Si el contratante demandado a cumplir con la obligación que le respecta ha deducido la excepción de contrato no cumplido, debe el contratante que ha demandado el pago acreditar que él ha cumplido con la obligación a su cargo, o que el contratante demandado conforme al contrato se hallaba compelido a cumplir primero con la obligación que había asumido. Si no prueba ni lo uno ni lo otro el demandante, no tiene derecho sino a pedir que las obligaciones recíprocas se cumplan simultáneamente.

Por ejemplo, en el contrato de compra-venta el vendedor está obligado a cumplir su prestación de entregar la cosa vendida, si en el contrato el comprador debe pagar en diversos plazos que se señalan, el precio convenido. Dicho vendedor no podría pretender que el comprador pagara simultáneamente, al mismo tiempo, el precio.

Sin embargo, en el código civil alemán hay y lo hace notar LARENZ (40 duodecies) esta situación: el contratante que según el contrato se encuentra obligado a cumplir antes que el otro contratante su prestación, puede exigir que la prestación del otro se cumpla simultáneamente y siempre que pruebe que ofreció en vano su prestación y el otro contratante incurrió en mora para recibirla (*mora credendi*). En efecto, el 2º párrafo del 322 del BGB previene: "Si la parte demandada debe eje-

(40 undecies) D. de obligaciones, t. I, trad. de J. Santos Briz, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 18, p. 269.

(40 duodecies) D. de obligaciones, t. I, trad. de J. Santos Briz, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 18, p. 271.

cutar la primera (su prestación) y el otro contratante incurriese en mora respecto de la aceptación, podrá aquélla pedir que sea éste condenado a aceptarla después de haber recibido la contraprestación" (Nótase la defectuosa traducción de la fórmula).

Para Georges RIPERT (40 octies), la condición resolutoria tácita importa la consagración de la justicia contractual. Resulta inmoral que el contratante pueda exigir el cumplimiento, cuando él no quiere cumplir la obligación que le respecta. Agrega que el contrato era respetable cuando se celebró, porque respondía a fines legítimos, pero con posterioridad a su celebración se ha desequilibrado por culpa de una de las partes. Sería inmoral cumplir ese contrato desequilibrado. Cita un fallo de la Corte francesa de casación, que reza: "es la consagración de aquella regla de equidad que no permite dejar a uno de los contratantes vinculado a un contrato, cuando la otra parte no le suministre el equivalente de su obligación". Niega RIPERT que se trate de condición resolutoria, porque corresponde al juez apreciar el grado de incumplimiento, o sea si dicho incumplimiento es parcial, accesorio o tardío, y conceder al contratante un plazo para que cumpla. El juez tratará de salvar el contrato. Esto, dice, resulta inexplicable con la idea de condición resolutoria. Corresponde al juez apreciar si es justo mantener el contrato; pero no existirá de pleno derecho la extinción de una obligación válidamente contraída.

Considera GIORGI (40 nonies) que la condición resolutoria tácita se funda en la presunta voluntad de las partes y en razones de conveniencia, más que de equidad natural. Admite que los contratantes pueden estipular que el contrato no se resolverá en caso de incumplimiento.

Para MESSINEO (40 decies), en el contrato con prestaciones recíprocas, hay interdependencia entre las prestaciones, por lo que su remedio es la resolución. Esta se produce: a) por incumplimiento voluntario de la parte; b) por incumplimiento (involuntario), o sobrevenida imposibilidad de la prestación (no siempre, para nosotros); c) por dificultad de cumplimien-

(40 octies) En "La regla moral en las obligaciones civiles, (ed castellana, Bogotá, 1946), Nº 76, p. 113 y ss.

(40 nonies) Jorge GIORGI, Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, IV, Nº 205, p. 212 y s. (ed. castellana, 1911).

(40 decies) Francesco MESSINEO, Manual de Derecho Civil y Comercial, t. IV, B. Aires, 1955, § 137, Nº 10, p. 523.

to, o sea por excesiva onerosidad. A la resolución contemplada en el párrafo a) la llama MESSINEO, "pacto comisorio tácito"; y declara que la resolución no puede pedirla la parte que ha incumplido la prestación (arg. a contrario del art. 1386).

El art. 1341 del cód. civ. establece:

"Hay condición resolutoria en todo contrato bilateral y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne".

Se trata de que uno de los intervinientes en el contrato no cumple con lo estipulado. En el cód. civ. de 1852 figuraba bajo el número 1286.

33.—*El incumplimiento debe ser culpable o doloso.*— Debe tenerse presente una cuestión importante: una de las partes no cumple la obligación en la parte que le concierne debido a culpa o dolo; no si se trata de incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor.

Por ejemplo: *A* vende un bien inmueble a *B*. *A* no lo entrega porque el inmueble se pierde a raíz de un terremoto seguido de una inundación. Aquí no existe culpa de *A*. Por tanto, *B* no puede pedir la resolución haciendo valer la condición existente en todo contrato bilateral. *B* está obligado a satisfacer el precio, si no lo hizo. Esta situación ha sido examinada en cuanto a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar cosas. Tratándose de bienes muebles que se extinguen por caso fortuito antes de su tradición. *A* experimenta la pérdida y *B* no tiene por qué pagar el precio, porque queda disuelta la obligación (art. 1175 cód. civ.), no porque se aplique la condición resolutoria, sino en virtud de la teoría del riesgo. *A* no debe a *B* los daños y perjuicios porque la pérdida ha ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1319 cód. civ.).

Si *A* no entrega la cosa por dolo o culpa, *B* puede hacer uso de la condición resolutoria, más los daños y perjuicios. Empero, más útil le sería a *B* exigir el cumplimiento del contrato más la indemnización de daños y perjuicios. Esto lo decide según venga a sus intereses.

Existiendo caso fortuito o fuerza mayor habrá imposibilidad de ejecución. Habiendo culpa o dolo habrá resolución del contrato.

Existe, sin embargo, opinión contraria en el sentido de que siempre habrá resolución o rescisión, aún cuando la prestación

de uno de los contratantes no se realice por caso fortuito o fuerza mayor. La excepción de que no cabe resolución de la venta de un inmueble si éste se pierde o deteriora por caso fortuito antes de su entrega al vendedor y la pérdida o deterioro lo sufre el comprador, se debe a que la venta inmobiliaria es traslativa del derecho de propiedad, aun cuando el inmueble no se hubiere entregado. El comprador es dueño sólo *consensus*. No habiendo responsabilidad es obvio que la resolución se opera sin el pago de daños y perjuicios.

El contrato bilateral se deshace porque no sería justo que un contratante que nada recibe, aunque sea por caso fortuito, esté obligado a cumplir con la obligación a su cargo.

34.—*El contrato deberá ser bilateral.*— Para que funcione la condición resolutoria tácita es necesario que el contrato sea bilateral, como la compra-venta, la permuta, la locación-conducción. Ello se debe a la interdependencia que existe entre las obligaciones en un contrato bilateral.

Se requiere saber, sin embargo, a cuáles contratos bilaterales se aplica. Si también abarca aquellos contratos llamados de bilateralidad imperfecta. Entendemos que sólo juega en los contratos sinalagmáticos perfectos, aunque también en algunos de bilateralidad imperfecta puede producirse efectos jurídicos semejantes a los de la condición resolutoria tácita.

Consideran PLANIOL y RIPERT (42) al hacer el comentario del art. 1184 del cód. de Napoleón, que legisla sobre la condición resolutoria expresa, que ella también se aplica en los contratos unilaterales, ya que en éstos el derecho de resolución es más necesario para el acreedor por cuanto no dispone de la excepción de incumplimiento.

Hay contratos bilaterales, como el de renta vitalicia, en que no funciona la condición resolutoria tácita. Ello está previsto por nuestro cód. civ. en el art. 1757:

“La falta de pago de las pensiones vencidas, no autoriza al acreedor de la renta a exigir el reembolso del capital, ni a volver a entrar en posesión del bien enajenado; sólo tiene derecho a reclamar el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras”.

(42) PLANIOL-RIPERT y Esmein, VI, Nº 421, p. 595.

Asimismo, en el contrato de compra-venta de inmuebles por cuotas el vendedor no puede pedir la resolución por falta de pago de varias cuotas, si se le ha abonado más de la mitad del precio, salvo pacto en contrario (art. 1425 cód. civ.).

35.— *Diferencias con las condiciones simplemente resolutorias.*— La condición resolutoria tácita no obstante que toma su nombre de la condición resolutoria difiere de ésta.

El cód. del 52 legislaba la condición resolutoria tácita entre las condiciones (véase art. 1278 y ss., especialmente art. 1286 cód. civ. de 1852).

Podemos apuntar estas diferencias: La condición resolutoria auténtica modifica la obligación. En la condición resolutoria tácita la parte para la que no se ha ejecutado el contrato puede exigir su cumplimiento o pedir su resolución, en ambos casos con daños y perjuicios. Asimismo, los jueces pueden no declarar la disolución del contrato y fijar un plazo de gracia para su ejecución en otros derechos. En el nuestro deberán declarar necesariamente la resolución del contrato, si existe mérito para ello. La condición resolutoria tácita no modifica las obligaciones que nacen del contrato, sino que extingue el contrato mismo.

36.— *Condición resolutoria expresa.*— En el título que se ocupa de las modalidades de los actos jurídicos (condición, plazo y cargo) nuestro cód. civ. ha instalado el art. 1109:

“La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho”.

En esta fórmula se alude a la condición resolutoria tácita, por la que la resolución del contrato no ocurre *ipso iure* sino por declaración judicial —art. 1341—; sin embargo, siendo expresa la resolución se produce automáticamente. Algunos autores exigen que no sólo se pacte la disolución del contrato expresamente en su texto, sino que se establezca claramente que dicho contrato quedará resuelto, sin necesidad de declaración judicial.

Como hace notar LEÓN BARANDIARAN (43), en el anteproyecto el art. 321 contenía como primera parte el art. 1341 y como segunda el art. 1109; y su ubicación no estaba dentro de las modalidades de los actos jurídicos sino donde ahora se encuentra el art. 1341, o sea en la sección destinada a reglar las disposicio-

(43) Comentarios al cód. civ. peruano en Rev. de Derecho y C. Políticas, año II, 1938, Nº 2, p. 455 s.

nes generales de los contratos. LEÓN BARANDIARÁN continúa diciendo que era preferible la técnica del Anteproyecto, porque no se explica lo primero sin lo segundo, pero no expresa que el art. 1109 es absurdo que figure entre las condiciones propiamente dichas, ya que sólo es un complemento de la condición resolutoria tácita, que es, como se ha dicho, distinta de las anteriores.

El precepto es nuevo; no lo contenía el cód. abrogado. RUGGIERO (44) informa que no debe confundirse la expresa con la condición resolutoria tácita (45).

Más adelante examinaremos la condición resolutoria expresa en el contrato de compra-venta.

No procede pedir que el contrato se resuelva si el incumplimiento no es de entidad. El art. 1455 del nuevo cód. civ. de Italia declara: "No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra".

37.—*Quién debe pedir la resolución.*— La parte que podría invocar el art. 1341 del cód. civ., al demandar el otro contratante, por ejemplo, el pago de la obligación que se le debe, es aquella para la que no se ha cumplido la prestación, en todo o en parte. También pueden pedirla los acreedores de la parte a la que no se ha cumplido el contrato, por aplicación del art. 1233 inc. 4º cód. civil., desde que piden la resolución en nombre de su deudor.

37a.).—*La parte que pide la resolución no debe estar en mora.*— Se presupone que aquella parte que pide la resolución del contrato no está en mora. No debe haber incumplimiento recíproco, porque la mora purga la mora (art. 1255 cód. civ.).

(44) II, 1, p. 301.

(45) No fue el egregio OLAECHEA quien incurrió en este grueso error. Fue la comisión nombrada por Resolución Suprema de 22 de agosto de 1922, la que en el Proyecto de cód. civil establece la ubicación de la condición resolutoria dentro de las modalidades de los actos jurídicos. Véase arts. 1100 y 1329 del Proyecto; consúltase, asimismo, el 2º Anteproyecto del libro V (ed. Imp. Minerva, 1926, p. 49), en su art. 321). La comisión revisora ninguna observación hizo al respecto. Sin embargo, OLAECHEA formó dentro de la comisión que elaboró el proyecto. Véase más adelante una explicación más amplia sobre este asunto.

En el primer Anteproyecto OLAECHEA situó la fórmula de que la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho al lado de la condición resolutoria que vive en todo contrato bilateral. Véase ACTAS, VI, p. 131, en que pone una anotación por la que el art. 58 del Anteproyecto ha sido trasladado a este lugar y dicho art. 58 se refiere a la condición resolutoria expresa.

Es obvio que el propio incumplimiento no autoriza a la parte a pedir la resolución del contrato.

De otro lado, el hecho de demandar la resolución no impide que posteriormente se exija el cumplimiento del contrato. No ocurre ahora lo que acontecía en el derecho romano, en el que *electa una via non datur recursus ad alteram*. Quien demanda el precio no hace inferir que renuncia a la resolución, ni al contrario. Si no ha dado resultado una acción, puede intentarse la otra. Sólo funcionaría el aforismo romano en el supuesto de que se hubiere pronunciado sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ordenando la ejecución o la disolución (46).

38.—*Constitución en mora de la parte que no ha cumplido*.— Se controvierte en doctrina si es o no necesario antes de demandar a la parte invocando la condición resolutoria tácita, haberla constituido en mora. Ello depende de las circunstancias y de la naturaleza del contrato, como se desprende del art. 1254 cód. civ. Asimismo, la demanda de resolución constituye en mora el demandado.

La mora que resulta de que el contrato no se ejecuta a tiempo, no obsta para que dicho contrato se cumpla. Sin embargo, el acreedor puede rehusar su ejecución si ya no le reportare utilidad (art. 1257 cód. civ).

39.—*Retroactividad de la condición resolutoria tácita*.— Al contrario de lo que ocurre con las verdaderas condiciones, que no operan retroactivamente, esta condición resolutoria tácita funciona retroactivamente. La sentencia que declara resuelto el contrato funciona *ex tunc*, no *ex nunc*: reconoce un estado jurídico pre-existente y borra todas las consecuencias del contrato (47). Ello es así porque es una cuestión en la que se tiene en cuenta la presunta intención de las partes.

Sobre si procede o no la devolución de los frutos y tratándose de contratos sinalagmáticos en que se ha operado la transferencia del dominio, debe siempre indagarse si quien viene obligado a la devolución de los frutos es o no un poseedor de buena fe; si lo fuere no cabe devolución de ningún género.

(46) GIORGI, VI, Nº 214, p. 222 s.

Consideran otros doctrinadores que el haber demandado la resolución supone que ya no se puede pedir el cumplimiento del contrato y viceversa. Se trata, dicen, de acciones disyuntivas, no copulativas. En contrario, SALVAT, Contratos, I, ed. 1946, Nº 275, p. 136.

(47) GIORGI, IV, Nº 218, p. 227 ss.

Los actos de administración que hubiese celebrado la parte demandada son válidos; y en este punto seguimos la opinión de GIORGI (47), quien supone que la parte ha conferido a la otra un mandato tácito para administrar la cosa.

Consideramos, no obstante, que si dentro de los actos de administración se ha celebrado un arrendamiento a plazo largo, declarada la resolución no tiene por qué respetarse; pudiendo invocar la parte que ha conseguido resolver el contrato de transferencia de propiedad el inc. 4º del art. 1531 cód. civ., es decir, que pedirá la terminación de la locación por haber sido vencido en juicio el locador sobre el derecho que tenía.

Los actos de enajenación que hubiere celebrado el demandado, como vender la cosa, donarla, hipotecarla o gravarla con una servidumbre, resultarán también invalidados, en virtud del apotegma *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*. Esto dentro del derecho civil común; pero tratándose de inmuebles cuyo dominio ha sido transferido bajo el imperio del registro de la propiedad la solución puede ser contraria. Por ejemplo, si *X* consigue que se declare la resolución de un contrato de compraventa porque su comprador *B* no le pagó el precio, y esta circunstancia de la falta de pago del precio no constaba en el registro, la resolución que se dicte no enerva el derecho del acreedor hipotecario *U*, a quien *B* le constituyó esa garantía real en el inmueble que había adquirido de *X*. Hemos de advertir que con arreglo al art. 46 del Reglamento de las Inscripciones, el pago del precio debe constar en el asiento respectivo y la forma cómo ha sido convenido pagarlo. De otro lado, el enajenante a título oneroso a quien el adquiriente no le pagó el precio del inmueble goza de una hipoteca legal sobre dicho inmueble en tanto el precio no le sea pagado (art. 1026 inc. 1º cód. civ.).

Si la enajenación del inmueble a título oneroso se hace fuera del registro de la propiedad, la resolución por falta de pago del precio afecta al subadquiriente de buena fe, ya que opera retroactivamente. Es indiferente que el tercero que compró la cosa inmueble de quien, a su vez la había comprado y debía el precio, fuera de buena o mala fe, a título oneroso o a título gratuito. Sin embargo, la adquisición a mérito de una liberalidad del enajenante es más débil, ya que también podría ser impugnada por otras causas. Más adelante, al examinar la resolución

(47 bis) IV, Nº 219, p. 229.

en el contrato de compra-venta analizaremos extensamente esta cuestión.

Nuestra jurisprudencia muéstrase contraria a que la resolución de la compra-venta, surta también efecto contra el adquirente a título oneroso y de buena fe. Así, la sent. de 15 de abril de 1925 (48) resolvió que, en el juicio ordinario de resolución de un contrato de compra-venta de inmueble por falta de pago de precio, no procedía el embargo preventivo de la cosa inmueble vendida, que ya no se encontraba en posesión del comprador originario. En efecto, dicho comprador había constituido hipoteca en garantía de un mutuo, el cual al no ser pagado, dió mérito a la correspondiente ejecución y subasta del predio gravado, resultando adquirido en ese acto procesal por un tercero. El Supremo Tribunal denegó la medida precautoria pedida por el vendedor, no ya porque la cosa no fuera del comprador primitivo, sino porque, a su juicio, la resolución supone que la cosa se encuentra todavía en el dominio del demandado, por lo que es posible su devolución, pero no cuando ha sido transferida a tercero. En verdad, los jueces se olvidaron del principio jurídico "*Resoluto iure dantis; resolvitur ius accipientis*" ("Resuelto el derecho del que da, queda resuelto el derecho del que recibe"), al decidir que la resolución contractual sólo opera cuando la cosa no ha salido del dominio del primer adquirente. Sin embargo, nos parece justa la denegatoria del embargo, ya que su traba sólo procede cuando el bien es del deudor (art. 238 del cód. de proc. civ.), aunque ello no impida que prospere la acción de resolución.

El vendedor pidió el embargo apoyado en el art. 232 del cód. de proc. civ., que dice: "En el juicio ordinario sobre rescisión de una venta, procede el embargo preventivo en el caso del art. 1387 del cód. civ.". Se refería al art. 1387 del cód. derogado, que facultaba al vendedor a pedir la resolución de la venta y el embargo, en caso de no habersele pagado el precio, o no haberse otorgado la fianza de pago cuando se estipuló.

Debemos informar que los casos en que la resolución de la venta, no produce efectos contra el sub-adquirente, se dan cuando lo vendido son cosas muebles, las que —además— ya han sido entregadas a dicho subadquirente. Así lo declara el art. 1416 del nuevo cód. civ. Esta doctrina es la misma que impera-

(48) "A. J", 1925, p. 31.

ba en el cód. civ. de 1852, cuyo art. 1392 disponía: "La rescisión de la venta de cosas muebles ya entregadas, cuyo precio no se pagó ni afianzó, no perjudica a un tercero que las haya comprado del primer comprador, y las tenga ya en su poder, a no ser que se le pruebe dolo".

En el nuevo derecho italiano, derivado del cód. de 1942, los terceros o subadquirentes, aparecen defendidos por el 2º párrafo del art. 1458, que dice: "La resolución, aunque se hubiese pactado expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución".

La frase final equivale a decir, con arreglo a nuestro derecho: "salvo los efectos de la anotación preventiva de la demanda de resolución en el registro, cuando se trate de contrato sobre inmuebles inscritos".

Sin embargo, si en el registro consta que no se ha pagado el precio de la cosa vendida, en todo o en parte, la resolución por esta causa, deberá producir efectos contra cualquier subadquirente, en tanto no se hubiera operado la prescripción; y con mayor razón, si hubiere constituida e inscrita una hipoteca legal, en garantía del pago del precio.

En el cód. civ. anterior la condición resolutoria figuraba bajo el número 1286, el cual decía:

"Se supone que haya condición resolutoria en todo contrato bilateral, y que ésta se realiza, cuando uno de los contratantes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne".

Y el art. 1285 del mismo cód. anterior declaraba:

"Realizada una condición resolutoria, o de la cual depende la extinción del contrato, vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse".

No existe ninguna diferencia apreciable entre la condición resolutoria y el *pacto comisorio*; son lo mismo.

En los países que observaban el derecho consuetudinario francés era de uso en los contratos sinalagmáticos insertar una cláusula especial en la que se establecía que en el supuesto de incumplimiento podía la otra parte no insistir en la ejecución, sino exigir judicialmente la resolución del contrato (49).

(49) Véase RUGGIERO, II, I, p. 300 s.

Este aspecto se hizo tan común que, finalmente, quedó sobreentendido en todos los contratos bilaterales.

SALVAT (50), al tratar de la resolución distingue que ésta puede tener lugar por la condición resolutoria, por el pacto comisorio y por el pacto de retroventa. (51). Si bien este último si es sustancialmente diferente a los dos anteriores, no percibimos diferencia entre la condición resolutoria y el pacto comisorio. ...

El pacto comisorio existe desde la época romana en el contrato de compra-venta. Por el mismo, el vendedor se reservaba el derecho de resolver la venta si el comprador no pagaba el precio convenido. Recibía esta cláusula la denominación de *lex commissoria* y debía ser expresamente estipulada.

En los bilaterales, el derecho de resolver el contrato corresponde a la parte que no es responsable de su incumplimiento, desde que si la resolución del mismo pudiese ser demandada por quien no lo cumplió, éste tendría en sus manos la posibilidad de faltar al contrato.

Es obvio que la parte perjudicada puede demandar la resolución o, si lo prefiere, puede exigir el cumplimiento del contrato. De no ser así, el incumplimiento de la otra parte siempre daría lugar a que la contraria tuviere que pedir la resolución.

Para nosotros, la resolución en el contrato de compra-venta de bienes muebles que no han sido entregados, porque el precio de los mismos no ha sido satisfecho, se produce sin necesidad de acudir al juez. El vendedor puede disponer de dichos bienes muebles sin necesidad de pedir la resolución (art. 1412 cód. civ.). Nuestro cód. habla de "rescisión", cuando en verdad se trata de resolución. La condición resolutoria opera de pleno derecho, como si fuere expresa, en el campo mobiliario.

(50) V. Contratos, I, ed. 1946, N° 263, p. 131 s. Véase "El pacto comisorio implícito de los contratos de compra-venta", en "Rev. de Jurisprudencia Argentina", 1949 - I, p. 33, Buenos Aires, 1949.

(51) La retroventa se encuentra legislada dentro del contrato de compra-venta, en los arts. 1431 a 1434 del cód. civ.

Reclama el art. 1433 que el derecho del vendedor para resolver el contrato puede ser ejercido contra un ulterior comprador, entre otros requisitos, si la retroventa fué inscrita. Nos parece equivocada esta solución, ya que hay que distinguir entre propiedad registrada y propiedad no registrada. En este último caso, la no inscripción del pacto de retroventa no impide ejercitarlo al vendedor contra el subadquirente, si constó en la misma escritura pública en que aparecía la primera venta. Bastaría tan sólo que la retroventa estuviere en escritura pública para ser exigible contra el tercer comprador.

En otro supuesto, si el inmueble se encontrara inscrito consideramos que aunque la retroventa no conste en la misma escritura pública de la primera venta, sino en instrumento posterior que fué debidamente registrada, basta esto último para que surta efecto contra el tercero del registro, no obstante que no se ha cumplido con el doble requisito que reclama el art. 1433 del cód. civ.

Además de la resolución puede exigirse la indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución del contrato. Esta indemnización se regula por los principios generales.

El pacto comisorio está prohibido convenirlo en los derechos reales de garantía (arts. 1002, 1009 y 1024 cód. civ.). Judicialmente, se ha declarado la nulidad del pacto comisorio en otros contratos; así, en la sent. de 26 de noviembre de 1940, publicada en R. de los T., 1940, p. 465.

No obstante no existir en el contrato de renta vitalicia el derecho del acreedor de la renta a pedir la resolución o rescisión del contrato por falta de pago de la misma, porque el art. 1757 del cód. civ. dispone: "La falta de pago de las pensiones vencidas, no autoriza al acreedor de la renta a exigir el reembolso del capital, ni a volver a entrar en posesión del bien enajenado; sólo tiene derecho a reclamar el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras", se ha estimado, por la jurisprudencia, que las partes están en libertad de pactar como condición resolutoria del contrato el no pago puntual de las pensiones por el obligado a ello y que, en tal hipótesis, deberá restituir el inmueble que recibiera, porque lo dispuesto en el numeral 1757 no es de orden público y la no rescisión no es de la esencia del contrato de renta vitalicia; que dicho precepto sólo es aplicable en tanto las partes contratantes no hubieren pactado algo distinto; que conforme al art. 1753 del cód. civ. las partes pueden, en la escritura de constitución, pactar las condiciones que crean convenientes, lo cual se entiende respecto a todas las condiciones que sean lícitas y no se opongan a la naturaleza del convenio o a algún principio de orden público. Así se razona por los jueces, en la sent. de 27 de agosto de 1936 (51 bis).

39a).—*Jurisprudencia nacional sobre condición resolutoria.*— En los fallos de 21 de diciembre de 1898 (51 ter); y de 2 de enero de 1912 (51 quater) se expresa que la realización de la condición resolutoria por efecto de la cual se extingue el contrato, las cosas vuelven al estado en que se hallaban antes de la celebración de éste.

(51 bis) "R. de los T.," 1936, p. 257 s.

(51 ter) CALLE J. J., "Vistas Fiscales", t. 1, p. 15. Proplamente, aquí lo que habría de deducirse es la "exceptio non adimpleti contractus".

(51 quater) "A. J.", 1911, p. 412 Se trataba de socio que pretendía que judicialmente se declarara la rescisión o resolución de una compañía, lo que habría permitido recuperar la cosa que aportó.

En el primer fallo se declara sin lugar una demanda ejecutiva para el pago de una obligación de capital, porque el acreedor no había entregado a su vez, las especies de que era deudor según el contrato. Se estableció, asimismo, que realizada la condición resolutoria del contrato, éste había quedado extinguido y las cosas habían vuelto al estado en que se hallaban antes de celebrarse (art. 1285 cód. civ. de 1852).

En el segundo fallo citado se había pedido la rescisión de un contrato de sociedad minera por acciones y se declaró que lo que procedía era la liquidación de la compañía; que sólo las compañías mercantiles colectivas y comanditarias pueden rescindirse, pero no las anónimas, conforme a la sección 1ª, título 13º, libro 2º del cód. de com. Al liquidar la sociedad deberían primero pagarse las obligaciones que ésta había contraído. Por consiguiente, no procedía declarar resuelto o resiliado el contrato de sociedad, sino que, en todo caso, lo que debería proceder era un proceso de liquidación, que comprendería solucionar previamente el pasivo.

En las sents. de 2 de octubre de 1873 (51 quinquies); y de 24 de diciembre de 1877 (51 sexies), se sienta el principio de que no puede invocar la condición resolutoria, la parte que hizo todo lo posible para que su cocontratante no pudiera cumplir con la obligación que le concernía.

En el primero de los fallos anteriormente citados se decide que la condición resolutoria expresa pactada en el contrato de locación no exime al locador del previo requerimiento. Se había estipulado que la falta de pago de los alquileres por cierto término producía la resolución del contrato, pero se había omitido cobrar los arriendos y no había querido recibir al inquilino cuando éste se presentó a pagarle. Sin embargo, esto se obvia con el pago por consignación.

En la segunda sentencia se dice que la condición resolutoria tácita no puede obrar de pleno derecho, anulando una obligación sin que previamente se hubiera exigido el cumplimiento del contrato. Y aún cuando se pida la resolución por esta causa, no podrá pedirse por una falta o negligencia cualquiera, sino cuando la falta de cumplimiento recae sobre lo sustancial del contrato. La resolución no se verifica por ministerio de la ley, sino que es preciso que haya demanda y sentencia.

(51 quinquies) "A. J.", 1873-1875, p. 70.

(51 sexies) "A. J.", 1876-1879, p. 83.

Dícese en la sent. de 26 de mayo de 1893 (51 septies), en forma extraña evidentemente, que cuando por causa o impedimento legítimo no puede cumplirse el contrato, se disolverá éste, por realizarse la condición resolutoria que vive en todo pacto bilateral.

Se trataba de la nulidad de un contrato de compra-venta de bien municipal, por no haberse observado las formalidades legales.

En la resolución de 9 de diciembre de 1898 (51 octies) se establece que realizada la condición resolutoria, el acreedor puede suspender la ejecución de su prestación, sin que tenga necesidad de recurrir al Poder Judicial.

El contratante que cree realizada la condición resolutoria, procede según su propio criterio; si ese criterio es errado, ya que el otro contratante tuvo causa justa para no cumplir su obligación, pagará su error indemnizando los perjuicios que causó con la inejecución; pero si tuvo razón, su decisión estaría justificada y se encontraría eximido de responsabilidad por su cumplimiento.

Y en la sent. de 1º de abril de 1935 (51 nonies) se sienta la doctrina verdadera de que si la condición resolutoria es expresa, ella opera automáticamente, o sea que el pacto comisorio produce el efecto de resolver (rescindir) de hecho el contrato.

Se trataba de la mora del arrendatario que normalmente se opera con la citación de la demanda rescisoria (de desahucio). En este caso, se había pactado, en el contrato de locación, la condición resolutoria expresa, que según este fallo, ya no requiere que se constituya en mora al conductor.

La sent. de 10 de abril de 1935 (51 decies) decide que la condición resolutoria está implícita en todo contrato bilateral, por lo que no es necesario estipularla expresamente.

En esta resolución se decide que existe condición resolutoria en un contrato de partición extrajudicial. Se tuvo en cuenta, por los jueces, que según el art. 2150 del cód. civ. abrogado, los herederos capaces que celebran una partición extra-judicial por convenio recíproco, quedan obligados a los efectos de la división conforme a las reglas de los contratos (es obvio que esta doctrina legal aunque no figura en el nuevo cód., es observable);

(51 septies) "A. J.", 1888-1893, p. 315.

(51 octies) "A. J.", 1894-1898, p. 585.

(51 nonies) "R. de los T.", 1935, p. 28.

(51 decies) "R. de los T.", 1935, p. 51.

que la ley suponía (art. 1286 del cód. en esa época vigente) que hay condición resolutoria en todo contrato bilateral y que realizada la condición resolutoria de la cual depende la extinción del contrato, vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; que, asimismo, no es necesario que se estipule expresamente que la inejecución de un convenio, por una de las partes, ha de producir la rescisión, para que ésta se realice, porque la cláusula resolutoria, atendida su naturaleza, está implícita en los contratos bilaterales y autoriza al otro contratante a pedir, a su arbitrio, o la rescisión o el cumplimiento de lo convenido. Sin embargo, se declaró fundada la excepción de prescripción de la acción rescisoria o resolutoria.

Una acción rescisoria o resolutoria, no puede oponerse a una acción pesatoria; el contrato bilateral no puede ser rescindido por acto unilateral de uno de los contratantes, declara la sent. de 13 de abril de 1935 (51 undecies).

El fallo de 19 de diciembre de 1927 (51 duodecies) expresa que no enerva la acción ejecutiva el convenio celebrado con posterioridad, por el acreedor ejecutante y el deudor ejecutado, para la cancelación de la deuda, si dicho convenio fué incumplido por el deudor; en tal hipótesis el acreedor recobra el derecho de exigir el crédito conforme a su naturaleza, ya que el incumplimiento de una de las partes resuelve el contrato por efecto de la condición resolutoria. Se observa que la resolución del convenio no fué declarada judicialmente y, sin embargo, se admitió que el acreedor había readquirido el derecho a ejecutar, por aplicación de la condición resolutoria. Seguramente, el convenio celebrado entre acreedor y deudor contenía una condición resolutoria expresa y no tácita, por lo que el incumplimiento del deudor dió lugar a la aplicación automática de la condición resolutoria expresa.

Podríamos figurarnos el supuesto del comprador que exige la entrega de la cosa vendida, sin haber pagado la obligación de precio. Es obvio que dicha entrega puede ser paralizada con la excepción de contrato no cumplido del art. 1342 del cód. civ., o ser retardada hasta que las prestaciones sean simultáneamente cumplidas, de acuerdo con la condición resolutoria.

(51 undecies) "R. de los T.", 1935, p. 58.

(51 duodecies) "La R. del F.", 1928, p. 10.

40.—*La resolución del contrato de compra-venta de inmuebles.*— Habiéndose pagado más de la mitad del precio de venta de un inmueble, el vendedor no puede pedir la rescisión, sino cobrar el saldo, conforme al art. 1425 cód. civ. En realidad, no se trata de rescisión sino de la resolución del contrato. Ello no obstante, la disposición del art. 1425 no es de orden público, porque el mismo prevé que puede existir pacto en contrario.

Consideramos que es lícita la cláusula por la que las partes convienen en no resolver el contrato en caso de inejecución. Ello importa la renuncia de un derecho por voluntad de las partes y en esto no tiene nada que ver la ley. La cláusula de resolución no es, asimismo, de orden público; no se trata de un derecho coactivo, sino de un derecho dispositivo.

La resolución de un contrato, supone su extinción en virtud de una condición resolutoria expresa o tácita.

La resolución del contrato puede producirse de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial. Así ocurre en la venta de bienes muebles que no han sido entregados, si el comprador no paga el precio, el vendedor no necesita pedir la resolución; puede disponer libremente de los bienes muebles (art. 1412 cód. civ.).

También existe una resolución de pleno derecho cuando los contratantes hubieren convenido que bastaba la simple inejecución por uno de ellos para que el contrato quedase automáticamente resuelto.

La parte que opta por la resolución del contrato puede exigir daños y perjuicios si es que los hubiere experimentado. Más adelante se estudiará ampliamente la aplicación de la condición resolutoria tácita y expresa en la enajenación de las cosas a título oneroso.

40a.—*La condición resolutoria en los contratos de locación-conducción.*— La aplicación de la cláusula resolutoria en el arrendamiento, por el locador o dueño, se conoce, entre nosotros, con el nombre de rescisión y se ventila en el juicio de desahucio. Dicho juicio procede en caso de que el arrendatario no pague la renta en los plazos convenidos, salvo que se trate de locación de predio rústico, en que cualquier estipulación del contrato queda sin efecto por la disposición del art. 147, inc. f de la ley de reforma agraria N° 15037, de 21 de mayo de 1964, que establece que el conductor sólo viene obligado a pagar la merced por años vencidos.

En los predios urbanos el abono de la renta (alquiler) se hace cada mes; pero la acción rescisoria —por aplicación de la condición resolutoria—, que se sustancia en vía sumaria (desahucio), sólo procede incoarla por el locador cuando el inquilino le debe, por lo menos, dos meses y 15 días. Así lo exige el art. 1530 del cód. civ. Existen otras causas que dan derecho al locador a resiliar o resolver el contrato, que, asimismo, se sustancian en la vida sumaria de desahucio, que están enumeradas en el art. 1529 del cód. civ.

En cuanto a la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la merced, citadas las partes a comparendo en el juicio de desahucio promovido por el dueño por esta causa, el arrendatario no puede purgar la mora y cortar el juicio rescisorio o resolutorio con el pago de la renta debida, más una cantidad prudencial por costas. De este beneficio sólo gozan los inquilinos de casa-habitación por disponerlo así el art. 9º de la Ley Nº 8765, de 20 de octubre de 1938.

Por efecto de la reciente ley de reforma agraria, el desahucio por falta de pago de la merced conductiva sólo estaría expedito si se cumpliera un año más quince días sin pagarse dicha merced, ya que en estos casos sólo basta el vencimiento de un solo período más quince días, según el inc. 5º del art. 1529 del cód. civ.

La rescisión, resolución o resiliación del arriendo es *ex tunc*. No hay retroactividad para las prestaciones ya cumplidas. El arrendatario también puede demandar la resolución no en vía sumaria, sino ordinaria, del contrato de arriendo, si por ejemplo, no le entregó el locador la cosa locada en el tiempo convenido, o inmediatamente (art. 1511 cód. civ.), o si la cosa no estaba en estado de servir al objeto de la locación, o si el locador, no cumple con las obligaciones señaladas en el art. 1513 del cód. civ.

Puede en el arrendamiento, pactarse una condición resolutoria expresa. Así, si el conductor de predio rústico no pagara arriendos por más de un año y 15 días, el contrato quedará automáticamente resuelto. El juez no podría más que reconocer la validez de esa condición resolutoria expresa. No podría estipularse que la condición se aplicaría por un plazo menor de un año y 15 días, ya que en la ley de reforma agraria todas sus disposiciones son de orden público. Para los predios urbanos alquilados para la habitación no sería eficaz la condición resolutoria expresa, porque ella privaría al inquilino de poder cortar el desahucio por falta de pago.

Se presentaría una dificultad y es la de que la declaración judicial de eficacia de la condición resolutoria expresa no se haría en vía sumaria (como el desahucio), sino en juicio ordinario.

40b.— *Antecedentes legislativos de la condición resolutoria.*— El art. 1341 del cód. civ. tiene como fuente el art. 1286 del cód. civ. de 1852. Los textos de ambos dispositivos son los que siguen:

Art. 1341 del cód. civ. vigente:

“Hay condición resolutoria en todo contrato bilateral, y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne”.

Art. 1286 del cód. civ. abrogado:

“Se supone que hay condición resolutoria en todo contrato bilateral, y que ésta se realiza, cuando uno de los contratantes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne”.

Conviene advertir que en la legislación civil derogada, el numeral 1286 se encontraba instalado en el título 5º de la sección primera del libro tercero, dentro de las condiciones suspensiva y resolutoria propiamente dichas.

Asimismo, conforme al art. 1285 del cód. del 52, la condición resolutoria operaba retroactivamente. Su texto prevenía:

“Realizada una condición resolutoria, o de la cual depende la extinción del contrato, vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse”.

Por el contrario, en el cód. vigente, su art. 1110 declara:

“La condición no funciona retroactivamente, salvo que se hubiese establecido lo contrario”.

Respecto a este dispositivo, la exposición de motivos (51 tridecies) expresa:

“Aborda el Proyecto la cuestión tocante a la retroactividad de la condición. La mayoría de los códigos modernos no atribuye efecto a la condición sino a partir del momento en que se cumple, aunque algunos reservan a las partes el derecho de estipular la retroacción. Implantada la reforma por el código del Japón, fue seguido éste por el código federal de las obligaciones de Suiza y por el alemán. La manera de funcionar la condición se encuentra asimilada a la del plazo”.

Nada dice el legislador en los motivos, sobre la condición resolutoria que para los contratos bilaterales, contiene el art. 1341. Sin embargo, este precepto lo ha instalado, no como ocurría en el cód. civ. abrogado, dentro de las condiciones, sino en el título correspondiente a las disposiciones generales de los contratos.

También puede citarse el art. 1283 del cód. civ. de 1852, respecto a este problema de la retroactividad. Establece dicha disposición:

"Un contrato condicional cuya condición se cumple, se considera eficaz desde que se celebró; y pasan los derechos y obligaciones que de él resultan, a los herederos de los contratantes que hayan fallecido, si el contrato es de aquellos cuyos efectos se transmiten a los herederos".

Conviene saber que en el primer Anteproyecto del vigente cód. civ., el art. 1341 estaba instalado en el título que trata de las modalidades de los actos jurídicos, al lado de las condiciones suspensivas y resolutorias, y formando un solo todo con el art. 1109, cuya doctrina ha quedado dentro de las modalidades de los actos jurídicos. Corresponde al art. 56 del primer anteproyecto, cuyo texto dispone:

"Se supone que hay condición resolutoria en todo acto bilateral, y que ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne".

"La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho" (51 quatordecies).

OLAECHEA consignaba como fuentes del art. 56, el art. 1286 del cód. del 52 y el art. 119, segunda parte, del cód. del Brasil.

En el debate de este primer Anteproyecto, se aprobó que el art. 56 fuese trasladado íntegramente a los contratos (51 quincecies).

En la edición del año de 1925 de las ACTAS de la Comisión reformadora, ha sido reproducido un extenso memorándum de OLIVEIRA (51 sexdecies), en el que, con respecto al art. 56 del primer Anteproyecto elaborado por OLAECHEA, dicho legislador expresa:

(51 quatordecies) Véase ACTAS de la Comisión Reformadora, tomo IV, ed. 1928, p. 230.

(51 quincecies) Véase ACTAS de la Comisión Reformadora, tomo V, ed. 1928, p. 235.

(51 sexdecies) ACTAS de la Comisión Reformadora del Código Civil, fascículo IV, Imprenta "El Progreso Editorial", 1925, p. 368 y s. También está en la edición del año 1928 del tomo IV de las ACTAS, en la página 300.

“La condición resolutoria tácita es propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, que no de todos los actos bilaterales. Al tratar de aquéllos la legislan los códigos”.

En la respuesta por escrito del Prof. OLAECHEA (51 septemdecies) éste aceptó lo sugerido por OLIVEIRA, indicando que no hacía cuestión sobre el traslado.

Sin embargo, en el Proyecto de Código Civil, que había de transformarse en el cód. civ. que nos rige, que remitieron al Ministro de Justicia, el 7 de marzo de 1936, los señores SOLF y MURO, OLAECHEA y OLIVEIRA (51 octodecies), no se cumplió lo acordado por la Comisión Reformadora, ya que bajo el número 1100 se encuentra el principio de que la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho, que en el nuevo cód. civ. figura bajo el número 1109, siempre dentro de las modalidades de los actos jurídicos; y el art. 1341 del cód. vigente está bajo el número 1329 en el Proyecto.

Con respecto a este asunto de la retroactividad es ilustrativo saber el pensamiento del legislador en la redacción del vigente cod. civ. Léase en las ACTAS de la Comisión Reformadora (51 novemdecies), lo que sigue:

“Punto sustancial que el Anteproyecto aborda es el que se refiere a la irretroactividad de la condición. Como se sabe el art. 1283 del cód. civ. vigente (se refiere OLAECHEA al cód. de 1852) proclama el principio de la retroactividad de la condición.

“No debe pensarse, dice PLANIOL, que la retroactividad de las condiciones sea una necesidad que se imponga al legislador. La mayoría de los códigos modernos, y los más estimados, no atribuyen efecto a la condición, sino a partir del momento en que ésta se realiza, si bien reservan a las partes el derecho de estipular la retroacción. El ejemplo parece haberse dado por el cód. del Japón en su art. 127; ha sido seguido muy de cerca por el cód. federal de las obligaciones de Suiza (arts. 171 y 174) que data de 1883 y por el cód. de Montenegro (art. 568), que data de 1888. En fin, escribe PLANIOL, ha llegado el cód. civ. alemán de 1900, que dice en su art. 758: “Si un acto jurídico se realiza bajo una condición suspensiva, no producirá el efecto a que la condición se refiere sino cuando ésta se haya realizado. Si un

(51 septemdecies) ACTAS de la Comisión Reformadora, tomo V, ed. 1928, p. 226.

(51 octodecies) Proyecto de Código Civil elaborado por la comisión creada por Resolución Suprema de 22 de agosto de 1922, Lima, 1936, Lib. e Imp. Gil, S. A.

(51 novemdecies) ACTAS, fascículo IV, ed. 1928, p. 223 y s.

acto jurídico se estipulase bajo condición resolutoria, cesará su efecto cuando la condición se realice". La manera de actuar de la condición —añade el autor citado— se encuentra así asimilada a la del término. Sin embargo, el cód. alemán permite estipular a las partes, que las consecuencias anexas a la realización de la condición pueden ser referidas a una época anterior (art. 159), pero esta retroactividad convencional no produce efecto sino entre las mismas partes (51 vices).

"El efecto retroactivo de la condición cumplida —enseñan BAUDRY-LACANTINERIE et Barde— no es una necesidad jurídica. Se ha podido ver, por lo que queda dicho, que colocándose en un punto de vista práctico, esta ficción viene a complicar inútilmente la reglamentación de la condición (51 unumvices).

"El profesor COLMO critica duramente la institución argentina de la retroactividad de la condición (51 duovices).

"El Anteproyecto se inclina a la moderna orientación legislativa y en consecuencia modifica sustancialmente la institución del art. 1283".

Para el derecho peruano, lo obscuro y complicado de esta cuestión reside en que la condición resolutoria que vive en todo contrato bilateral, que se encuentra subentendida en éste, que está incorporada tácitamente en el contrato sinalagmático, conforme al art. 1341 cód. civ., puede ser confundida y comprendida dentro de las condiciones resolutorias que junto con las condiciones suspensivas, se regulan como modalidades de los actos jurídicos. Y la obscuridad se acrecienta por cuanto el legislador instaló dentro de estas condiciones suspensiva y resolutoria, el precepto del art. 1109 que estatuye que "la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho", no obstante que esa fórmula estuvo formando un solo todo y como segundo párrafo del art. 1341, en el primer Anteproyecto del vigente cód. civ.

En legislaciones extranjeras la confusión no existe, por cuanto no se denomina "condición resolutoria" al derecho que tiene uno de los contratantes, en los convenios sinalagmáticos, de demandar la resolución o rescisión cuando el otro contratante no cumple la obligación que le respecta.

(51 vices) PLANIOL, Droit Civil, t. I, p. 120 (esta cita y las dos que siguen son del Prof. OLAECHEA).

(51 unumvices) BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, Droit Civil, t. XIII, p. 42.

(51 duovices) COLMO, De las obligaciones en general, p. 176 y Técnica legislativa del código civil argentino, p. 104 y 105.

En verdad, si aceptáramos que la condición resolutoria tácita que según el art. 1341 existe en todo contrato que genera obligaciones recíprocas entre las partes contratantes, tiene la misma disciplina que las condiciones suspensivas y resolutorias que se ponen en los actos jurídicos, en general, le sería entonces aplicable la doctrina del art. 1110, por la que no existe retroacción cuando la condición se realiza, a no ser que se hubiere convenido lo contrario. Emperò, ese dispositivo no es aplicable a la condición resolutoria tácita cuando se trata de la venta de cosas inmuebles, porque declarada la resolución de la venta, ésta surtirá efectos contra el tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, a quien le hubiere sido transferida la propiedad por el primer comprador. Y lo mismo ocurrirá con aquellos terceros no adquirentes del inmueble, sino acreedores con garantía real (anticresis o hipotecas) que las hubieren constituido con el comprador cuyo dominio ha desaparecido retroactivamente, por haber quedado el contrato de venta que lo transformó en dueño resuelto o rescindido.

Es de observar, sin embargo, que este efecto no se produce respecto de los subadquirientes de cosas muebles, no porque les sea aplicable la doctrina de que la condición no opera retroactivamente, sino porque tratándose de cosas muebles debe observarse el principio de que la posesión vale el título, contenido en el art. 890 del cód. civ., del cual es una variante el art. 1416, que dispone que la resolución o rescisión de la venta de cosas muebles ya entregadas, por falta de pago del precio, no surtirá efectos contra el subadquiriente que las tiene ya dichas cosas en su poder, aún cuando dicho subadquiriente no hubiere pagado el precio en que se le vendieron. Esta consecuencia de que el tercero comprador no puede ser privado de las cosas muebles aunque no hubiere satisfecho el precio, se infiere del art. 1417, que prevé que el primer vendedor puede embargar el precio que el subadquiriente estuviere debiendo al primer comprador.

El nuevo cód. italiano (de 1942), en ninguno de sus dispositivos se refiere a la resolución contractual como a la existencia de una condición resolutoria tácita, en cuanto ésta es un acontecimiento futuro e incierto. En el libro IV, que trata de las obligaciones, se contiene el capítulo XIV, que titula "De la resolución del contrato" y que consta de tres secciones denominadas "De la resolución por incumplimiento". "De la imposibilidad sobreviniente" y "De la excesiva onerosidad", respecti-

vamente. El dispositivo inicial de la sección primera, que es el art. 1453, dispone:

“Resolubilidad del contrato por incumplimiento.— En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliera su obligación, el otro podrá, a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio en todo caso del resarcimiento del daño.

“La resolución podrá ser demandada también aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se hubiera demandado la resolución.

“Desde la fecha de la demanda, de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir su obligación”.

Asimismo, la nueva legislación italiana contempla los efectos retroactivos de la resolución, en la siguiente forma:

1458.— *“Efectos de la resolución.*— La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas.

“La resolución, aunque se hubiese pactado expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución”.

Por este precepto se observa que contra los terceros la resolución no produce efectos, a no ser que hubieren adquirido sus derechos sobre inmuebles después de anotada en el registro la acción de resolución.

O también si la causal de la resolución apareciera del mismo asiento del registro. V. g., si se compra un predio inscrito y consta de uno de los asientos anteriores que se debe, en todo o en parte, el precio de adquisición.

Otras disposiciones de la ley italiana sobre resolución por incumplimiento, son las siguientes:

“1454. Intimación a cumplir.— A la parte incumplidora (incumpliente) la otra podrá intimarle por escrito que cumpla dentro de un término conveniente, bajo apercibimiento de que, transcurrido inútilmente dicho término, el contrato se entenderá, sin más, resuelto”.

“El término no podrá ser inferior a quince días, salvo pacto en contrario de las partes o que, por la naturaleza del con-

trato o de acuerdo con los usos, resulte conveniente un término menor”.

“Transcurrido el término sin que se haya cumplido el contrato, éste quedará resuelto de derecho (de pleno derecho)”.

“1455. Importancia del incumplimiento.— No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra”

“1456. Cláusula resolutoria expresa.— Los contratantes podrán convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que determinada obligación no se cumpliera según las modalidades establecidas”.

“En este caso la resolución se producirá de derecho cuando la parte interesada declara a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

Se advierte que ni aún en caso de pacto comisorio expreso, el contrato se resuelve de pleno derecho, automáticamente, sino que la parte a quien favorece debe hacerlo saber a la otra parte que va a hacer uso de ese derecho de resolución pactado en el contrato. Se explica la declaración legal si se tiene en cuenta que a la parte que en el contrato es acreedora puede convenir, en ciertos casos, que el contrato se ejecute, o sea que la parte deudora cumpla la prestación que le conviene, y no que el contrato se resilie o resuelva precisamente por inejecución de la prestación. Asimismo, puede ocurrir, en otros supuestos que el contratante-deudor pudiera deliberadamente no cumplir con la obligación que debe, a fin de que se aplicara *ipso iure* la condición resolutoria expresa (convenida en cláusula contractual).

Nótese, empero que no habiéndose pactado la resolutoria expresa, la demanda judicial de resolución impide desde su fecha que el demandado pueda ya cumplir (§ 3º del 1453 de Italia).

“1457. Término esencial para una de las partes.— Si el término fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, ésta, salvo pacto o uso en contrario, si quisiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días”.

“En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho aunque no se hubiese pactado la resolución”.

Francesco MESSINEO (51 trevicies), examinando la resolu-

ción del contrato porque una de las partes contratantes omite cumplir las obligaciones que le respectan, hace saber que dicha resolución se produce por el requerimiento escrito que se hace a la contraparte que ha incumplido su prestación, apercibiéndola que si dentro de cierto término, que no puede ser menor de quince días, no cumple, el contrato se entenderá resuelto. Esta resolución se opera de pleno derecho. Enuncia que aunque la ley no lo dice, quien consiguió resolver el contrato tiene derecho al resarcimiento de los daños (para nosotros, indemnización de daños y perjuicios).

Conviene anotar que para MESSINEO, si la contraparte no cumple con su prestación y se opera el vencimiento del término que le dio la otra bajo apercibimiento de que el contrato quedaría resuelto si así ocurría, dicha resolución habría de operarse, según él, "extra-judicialmente", o sea que no es necesario que sea declarada por el Poder Judicial.

La misma solución habría de observarse cuando el término señalado para el cumplimiento del contrato con prestaciones recíprocas, se deba considerar esencial para el contratante-acreedor; es decir, el contrato se resuelve *ipso iure*, o sea extra-judicialmente.

Sin embargo, si bien el juez no declara la resolución, si reconocerá que se ha producido.

Puede el acreedor pedir el cumplimiento tardío, si así viere convenirle; pero debe dar aviso de que esa es su voluntad al deudor; el aviso debe ser dado dentro de los tres días a contar del vencimiento del término (art. 1457, 1er. párr.).

La resolución sea que se opere por declaración judicial, sea que se produzca *ipso iure*, tiene efectos retroactivos, *opera ex tunc*.

En los contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada (v. g., locación), las prestaciones ya realizadas quedan firmes. Por tanto, habría de estimarse que existe "disolución" y no "resolución" (art. 1458).

Refiriéndose específicamente a los inmuebles (caso contemplado por el art. 1458, 2º apartado), debe informarse que en Italia la resolución de un contrato de compra-venta de inmueble porque el comprador no hubiere pagado, por ejemplo, el precio, no surtirá efectos contra el sub-adquiriente de ese inmueble a título oneroso, si es que no se ha transcrito la demanda de resolución en el registro inmobiliario. El tercero adquirente no sufriría, en este caso, los efectos de la resolución. In-

forma, a este respecto, MESSINEO que el art. 2652, n. 1 (y cfr. art. 2690, n. 1) exige que debe transcribirse la demanda de resolución del contrato; y si la resolución es declarada perjudicará al tercero adquirente si la transcripción fue extendida antes del asiento de transferencia a dicho subadquirente. Esta es la misma doctrina de nuestro Registro de la Propiedad Inmueble. Observamos, empero, que la demanda de resolución del contrato no podría anotarse preventivamente entre nosotros, si ya se encuentra inscrita la transferencia de dominio al subadquirente. En Italia, a estar a lo que expresa MASSINEO, parece que esto es posible.

La resolución no puede ser declarada si la obligación no cumplida no es esencial. Asimismo, en los contratos plurilaterales (en que hay varios intervinientes), la resolución tampoco habría de declararse si la obligación sólo es esencial respecto a algunas partes, pero no para todas.

Refiriéndose MESSINEO a la cláusula resolutoria expresamente convenida (condición resolutoria expresa, para nosotros), dice que la resolución se verifica de derecho (extrajudicialmente), siempre que la parte notifique a la otra que quiere utilizar la cláusula resolutoria que se hubiese contractualmente convenido. MESSINEO llama a esta cláusula con el nombre de "pacto comisorio expreso".

Si la parte interesada nada notifica a la contraparte que ha incumplido la prestación, hace saber MESSINEO que este silencio importa que la parte que tiene derecho al pacto comisorio expreso renuncia a valerse de él. Esta conclusión la extrae, según dice, como argumento a contrario del art. 1456.

El art. 1184 del cód. civ. francés dispone:

"La condition résolutoire est toujours sousentendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement".

Declara el art. 1124 del cód. civ. español:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera la que le incumbe".

En el cód. civ. chileno, el art. 1489 estatuye:

"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pe-

ro en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

En el cód. civ. alemán antes de demandar la rescisión, se señala plazo; su § 326 previene:

“Si en el contrato sinalagmático estuviese en mora una parte en cuanto a la prestación que le incumbe, podrá la otra fijarle un plazo útil para ejecutar, con notificación de que después de expirado dicho plazo se negará a aceptar la prestación. Una vez expirado aquél tendrá derecho a exigir daños y perjuicios por inejecución o a rescindir el contrato, si no se hubiere efectuado la prestación en tiempo oportuno; pero en este caso no tendrá derecho a exigir la ejecución. Si a la expiración de este plazo sólo se hubiese ejecutado parcialmente la prestación, se aplicará por analogía lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 325.

“Si por consecuencia de la demora tuviese ya interés para la otra parte la ejecución del contrato tendrá ésta los derechos determinados en el párrafo anterior, sin necesidad de fijar plazo alguno”.

Véase también sobre los efectos retroactivos de la rescisión los §§ 353, 351 y 352 del cód. alemán. Y respecto a la venta, el § 454.

En puridad de verdad, nosotros no tenemos una regla clara respecto a la resolución del contrato, o aplicación de la condición resolutoria que está regulada, en forma general, en el art. 1341 del cód. civ.; y que es propia de los contratos que son bilaterales. Por ejemplo, en la compra-venta el vendedor tiene el derecho de resolución si el comprador no le paga el precio; y el comprador goza de este derecho de resolver la compra-venta si el vendedor no le entrega la cosa vendida (véase los arts. 1401, 1404, 1405, 1406, 1408, 1412, 1413, 1416, 1417 y 1418 del cód. civ.). No se sabe si por ejemplo, citado el comprador con la demanda de resolución o rescisión por no haber pagado el precio, puede éste pagar de inmediato y cortar la acción, o si el proceso deberá continuar hasta sus últimas consecuencias, o sea la declaración de rescisión. Solo fija un plazo para un caso específico el art. 1414 del cód. civ., que es el que sigue: Habiéndose vendido la cosa y pagado parte del precio, no señala el contrato plazo para el pago del saldo. La ley faculta al vendedor a demandar el pago del resto de precio y sólo concede al comprador el término de ocho días para pagar, computados a partir de la citación con la deman-

da de rescisión. Verificado el pago después, siempre habrá de declararse la resolución.

Muy claro es a este respecto, el cód. civ. alemán, cuyo § 326 dispone:

“Si en el contrato sinalagmático estuviese en mora una parte en cuanto a la prestación que le respecta, puede la otra fijarle un plazo útil para ejecutar, con notificación de que después de expirado dicho plazo se negará a aceptar la prestación. Una vez expirado aquel tendrá derecho a exigir daños y perjuicios por inejecución o a rescindir el contrato, si no se hubiere efectuado la prestación en tiempo oportuno; pero en este caso no tendrá derecho a exigir la ejecución. Si a la expiración de este plazo sólo se hubiere ejecutado parcialmente la prestación, se aplicará por analogía lo dispuesto en el párrafo primero del § 325”.

“Si por consecuencia de la demora no tuviese ya interés para la otra parte la ejecución del contrato, tendrá ésta los derechos determinados en el párrafo anterior, sin necesidad de fijar plazo alguno”.

Lo hemos repetido no sólo por su inmensa importancia, sino porque se trata de otra traducción más cabal.

ENNECCERUS (51 trevicies -a-) refiriéndose al contrato de compra-venta, manifiesta que el vendedor tiene un derecho de resolución según los §§ 325 ap. 2 y 326, si no se le paga el precio después de haber sido condenado por sentencia firme y de habersele fijado un plazo para el pago. Lo mismo ocurrirá si debido a la mora del comprador no tiene el contrato interés alguno para el vendedor, o si el comprador deja que transcurra el plazo fijado. Pero no hay resolución si el vendedor según el contrato concedió plazo para el pago del precio, ya que no ha querido el precio y ha concedido crédito.

“§ 353.— Si el titular —de la resolución— ha enajenado o gravado con el derecho de un tercero el objeto recibido o una parte importante del mismo, está excluida la resolución si, en aquél que ha obtenido el objeto a consecuencia de la disposición (del acto de disposición), se dan los presupuestos del parágrafo 351 o del parágrafo 352”.

"A una disposición del titular se equipara una disposición que se realice en vía de ejecución forzosa, de ejecución de embargo o por el administrador del concurso".

"§ 352.— La resolución esta excluída si el titular ha transformado la cosa recibida en una cosa de distinta clase por especificación o transformación".

"§ 454.— Si el vendedor ha cumplido el contrato y ha concedido un plazo para el precio de compra, no le corresponde el derecho de resolución señalado en el parágrafo 325, párrafo 2º, y en el parágrafo 326".

"§ 325.— Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder, la otra parte puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento o desistir del contrato (o resolver el contrato, ejercitando el derecho de resolución). En caso de imposibilidad parcial, si el cumplimiento parcial del contrato no tiene para ella interés alguno, está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento de toda la obligación, de conformidad con el parágrafo 280, párrafo 2º, o a desistir de todo el contrato. En lugar de la pretensión de indemnización de daños y del derecho de resolución puede también hacer valer los derechos señalados para el caso del parágrafo 323".

"Lo mismo vale en el caso del parágrafo 283 si la prestación no es efectuada hasta el transcurso del plazo o si en este tiempo no está realizada en parte".

"§ 280.— Siempre que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, éste ha de indemnizar al acreedor el daño causado por el no cumplimiento".

"En el caso de imposibilidad parcial, el acreedor, rechazando la parte de prestación aún posible puede exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento de toda la obligación, si el cumplimiento parcial no tiene para él ningún interés. Se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los párrafos 346 a 356 para el derecho de resolución convencional".

Nosotros tenemos el art. 1257 que autoriza al acreedor a rehusar o rechazar la ejecución de la obligación por el deudor moroso y exigir el pago de los daños y perjuicios, cuando por efecto de la morosidad de dicho deudor la obligación resultare "sin ninguna" utilidad para el acreedor.

También el BGB tiene un título denominado "Resolución", cuyos preceptos son los que siguen:

"§ 346.— Si una parte se ha reservado en un contrato la resolución, las partes están obligadas, si la resolución se realiza, a restituirse mutuamente las prestaciones recibidas. Por servicios prestados, así como por la cesión del aprovechamiento de una cosa, ha de abonarse el valor o, en caso de que en el contrato esté fijada una contraprestación en dinero, ha de pagarse ésta".

"§ 347.— La pretensión de indemnización de daños a causa de menoscabo, pérdida o de una imposibilidad de restitución producida por otro motivo, se determina en el caso de resolución desde la recepción de la prestación según las disposiciones que valen para la relación entre el propietario y el poseedor (derecho a las mejoras y gastos, por el poseedor) desde la producción de la *litis* pendencia de la pretensión de propiedad. Lo mismo vale (?) de la pretensión a la restitución o abono de provechos y de la pretensión de indemnización por gastos. Una suma de dinero ha de producir intereses desde el tiempo en que es recibida".

En este caso, la mala traducción ha asumido contornos intolerables, por no inteligible.

"§ 348.— Las obligaciones de las partes derivadas de la resolución han de cumplirse "*Zug um Zug*" (prestación y contraprestación se efectúan en forma inmediata, simultáneamente, en el acto). Se aplican oportunamente las disposiciones de los parágrafos 320 y 322".

"§ 349.— La resolución se verificará (realiza) por declaración comunicada a la otra parte".

"§ 350. —La resolución tendrá lugar no obstante la pérdida fortuita del objeto recibido, por el que tenga derecho a aquella".

Otra traducción reza: "La resolución no se excluye por la circunstancia de que el objeto que haya recibido el titular haya perecido por caso fortuito".

"§ 351.— No tendrá efecto la resolución, cuando por culpa del que tenga derecho a ella, haya sufrido el objeto un deterioro esencial o perecido, o por cualquier otra causa no puede ser devuelto. La pérdida de una parte notable del objeto se asimilará al deterioro esencial de éste. La culpa (falta) de una per-

sona de que deba responder el derecho habiente, con arreglo al art. 278, se equiparará a la culpa (falta) cometida por él mismo”.

Dispone el § 278 citado en el precepto que antecede, lo que sigue:

“El deudor responderá como de su propia culpa (falta), de la de su representante legal y de la cometida por las personas de que se sirva para cumplir su obligación. No es aplicable a este caso lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 276”.

El derecho germano, fiel a la tradición de los romanos, comprende dentro de la noción de la culpa la negligencia y el dolo.

El párrafo 2º del § 276 previene:

“No podrá relevarse de antemano el deudor, de la responsabilidad de sus actos voluntarios (dolo)”.

“§ 352.— No tendrá lugar la resolución cuando con su trabajo o industria haya transformado el derechohabiente, la cosa recibida en un objeto de otra clase”.

“§ 353.— Si el derecho-habiente (titular) ha enajenado el objeto recibido o una parte notable de éste, o lo ha gravado con un derecho en beneficio de un tercero, no procederá la resolución, cuando por el hecho del que ha obtenido el objeto se hayan realizado las condiciones previstas por el § 351 o 352”.

“Se equiparará al acto de disposición del derecho-habiente, (titular), el realizado por ejecución forzosa, por embargo, o por el síndico de una quiebra”.

“§ 354.— Si el derecho-habiente (titular) incurriese en mora de restituir el objeto recibido, o una parte notable del mismo, podrá fijarle la otra parte un plazo conveniente, declarando que después de este plazo se negará a aceptarlo. La resolución no perderá sus efectos si la restitución no se realiza en el plazo indicado”.

“§ 355.— Si no se ha convenido término alguno para el ejercicio del derecho de resolución, la parte que deba sufrirla podrá fijar a la otra un plazo conveniente para el ejercicio de este derecho; y se extinguirá si no se hace uso de él, por declaración comunicada antes que expire el plazo”.

“§ 356.— Cuando en un contrato hay varios interesados por una y otra parte, sólo podrá ejercerse el derecho de resolución por todos y contra todos. Si este derecho se extingue para uno de ellos, se extingue para todos”.

Nuestra jurisprudencia, no obstante no existir en el código una declaración como ésta, no admite que el desahucio (que es

en el fondo rescisorio o resolutorio del contrato de arriendo), se interponga sólo por algunos y no todos los condóminos.

“§ 357.— Si una de las partes se reservare el derecho de resolución para el caso en que la otra no cumpla su obligación, quedará aquélla (la resolución) sin efecto cuando la otra parte pueda librarse de la obligación por compensación y haya opuesto ésta inmediatamente después de la resolución”.

“§ 358.— Si uno de los contratantes se ha reservado el derecho de resolución para el caso en que el otro no cumpla su obligación, y éste último impugnase la admisibilidad de la resolución comunicada, sosteniendo que ha ejecutado su obligación, deberá probar este extremo, a menos que la prestación consista en no hacer”.

“§ 359.— Si se ha reservado la resolución de lo pactado contra el pago de una pena, no producirá la reserva efecto alguno si no se paga la pena antes o al tiempo de la notificación, y si la otra parte rechaza inmediatamente la declaración por esta causa. La notificación, sin embargo, tendrá efecto si la pena se paga inmediatamente después de esta negativa”.

“§ 360.— Cuando el contrato se haya concluído con la reserva de que el deudor perderá los derechos que le dé aquél en caso de que no cumpla su obligación, si el caso llega, tendrá derecho el acreedor a resolver el contrato”.

“§ 361.— Cuando en un contrato sinalagmático se haya convenido que la prestación de una de las partes se realizará en una época o en un plazo fijo, en caso de duda tendrá la otra parte derecho a resolver el contrato si la prestación no se ha realizado en la época o en el plazo fijado”.

Los §§ 357 y 358 del cód. civ. alemán, anteriormente reproducidos, legislan sobre la que para nosotros es la condición resolutoria expresa. Se refieren al derecho de resolución estipulado en cualquier contrato; no sólo en los contratos bilaterales o sinalagmáticos. Por el contrario, el derecho de resolución o condición resolutoria tácita o sobreentendida que regula el § 326 del BGB se refiere a los contratos bilaterales, como se desprende de su texto.

Asimismo, conviene estudiar con detenimiento el § 326 que contiene, en el cód. germano, la condición resolutoria tácita. No autoriza al contratante a pedir la resolución del contrato, sino que debe previamente fijarle un término al otro contratante para que éste cumpla con la prestación. Entre nosotros, existe du-

da y vacilación sobre la posibilidad que tiene la parte a quien se le demanda la resolución del contrato por incumplir la obligación que le respecta, de cumplirla antes de que se dicte sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada declarando la resolución.

Alude también el § 326 al párrafo 1º del § 325, que legisla la hipótesis de que si sólo se hubiere cumplido en parte la prestación y la parte acreedora no tiene interés en este cumplimiento parcial, podrá rehusarlo y resolver el contrato, exigiendo, además, el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Hemos expresado que la demanda de resolución, o sea para nosotros la aplicación de la condición resolutoria tácita, no se admite en derecho alemán, si previamente no existe una declaración unilateral formulada por el contratante que tiene esta facultad de resolver el contrato. Véase § 349. Asimismo, con el § 355 se remedia una situación de incertidumbre, o sea la posible amenaza de resolución del contrato para la parte que lo ha incumplido. Esta puede señalar un plazo a la que goza del derecho de resolver el contrato y si transcurre sin que dicho derecho se haga valer, se considerará que se ha extinguido.

El efecto de la resolución consumada es la extinción total del contrato. Pero dice el § 346 que deben las partes restituirse mutuamente las prestaciones recibidas. Hay, pues, efectos retroactivos. Sin embargo, si se ha transmitido el derecho de propiedad sobre las cosas muebles ("*traditio*") y éstas se encuentran en posesión de un subadquirente, al igual que en nuestro derecho (art. 1416 del cód. civ. del Perú), la resolución no da derecho al enajenante originario sino a una acción personal contra el adquirente. Dicha acción personal es sólo indemnizatoria de los daños.

En el derecho alemán hay una solución distinta a la del derecho peruano, para el caso de que no exista culpa (negligencia o dolo) en la parte que debía la prestación y cuyo incumplimiento podría dar derecho a la otra parte a la resolución del contrato (en nuestro derecho, a la aplicación de la condición resolutoria tácita). Para nosotros, no existiendo culpa, o sea que la parte deudora no cumple su prestación por caso fortuito o fuerza mayor, el riesgo lo sufrirá la otra parte si la prestación consiste en la entrega de un inmueble. Por ejemplo, para nosotros el contrato de compra-venta de inmueble se perfecciona con el consentimiento y, además, el comprador se transforma en propietario del inmueble sin necesidad que el vendedor se lo haya entregado;

basta que el vendedor hubiere contraído la obligación de entregarlo; así lo declara el art. 1172 del cód. civ. (Este dice que la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada hace al acreedor propietario de ella. Es obvio que el comprador es acreedor de la cosa inmueble que no se le ha entregado). Por consiguiente, si el vendedor no pudiera cumplir su obligación de entregar el inmueble, debido a que éste se ha destruido por un movimiento sísmico o por un acaecimiento geológico (ambos, imprevisibles e insuperables), no sólo no cabe resolver o resiliarse el contrato de compra-venta apoyándose en que el vendedor no ha cumplido con la obligación de hacer que es la de entregar la cosa vendida, sino que por aplicación del adagio *res perit domino*, la pérdida de la cosa inmueble habrá de sufrirla el comprador, porque éste es dueño de la cosa vendida, por efecto del contrato. Consecuentemente, el vendedor no estaría obligado a devolver el precio que hubiere recibido; o, en otro caso, a cobrar el precio pactado. En el derecho alemán, por el contrario, siempre procede resolver el contrato y el vendedor estaría obligado a devolver el precio que hubiere recibido. A este respecto, debe estudiarse el § 350 anteriormente reproducido. Así lo hace notar J. W. HEDEMANN (51 quatuorvicies).

En derecho alemán, si en el contrato bilateral una de las partes queda liberada de su obligación por consecuencia de una circunstancia de que no es responsable (§ 275 BGB), pierde su derecho a obtener la contraprestación. Lo dice el § 323 del BGB. Esta regla tiene, sin embargo, varias excepciones. Así, en la venta de cosas muebles en que el vendedor se obliga a remitirlas; según el § 447 del BGB, el riesgo lo soporta el comprador desde que el vendedor las entrega al porteador. Lo mismo en los contratos de locación de servicios (§ 616) y de obra (§ 644).

Para los germanos, comprar un inmueble no es adquirirlo.

Conviene también dejar establecido que para el caso de resolverse el contrato por aplicación de la que nosotros llamamos "condición resolutoria tácita", se aplican las reglas sobre resolución del BGB, que hemos transcrito y que constituyen un título especial que es el V, dentro de la sección segunda del libro segundo.

(51 quatuorvicies) Derecho de obligaciones, vol. III, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 17, Nº III, 1, p. 145.

Véase también LARENZ K., D. de Obl.: I. § 20, p. 308 y s.

En el proyecto franco-italiano de código de las obligaciones y contratos, su art. 47 prevé:

“Se una delle parti nel contratto bilaterale non adempie la sua obbligazione l'altra parte ha la facoltà di domandare, a sua scelta, l'esecuzione del contratto o la risoluzione in giudizio, oltre il resarcimento dei danni.

“Il giudice può accordare una dilazione al convenuto secondo le circostanze. Egli può anche rigettare la domanda quando l'inadempimento é di scarsa importanza relativamente alla prestazione promessa”.

En el cód. suizo de las obligaciones su art. 107 dispone que “cuando en un contrato bilateral una de las partes está en mora, la otra puede fijarle o hacerle fijar por la autoridad competente un plazo conveniente para la ejecución. Si la ejecución no se efectuara a la expiración de ese plazo, el derecho de demandarla y de reclamar daños y perjuicios por la demora, puede siempre ser ejercido. Sin embargo, el acreedor haciendo la declaración inmediata puede renunciar a ese derecho y reclamar los daños y perjuicios por causa de no ejecución, o desistir del contrato”.

Sobre esta misma cuestión, declara el art. 108 del cód. de las obligaciones que “la fijación de un plazo no es necesario: 1º) cuando resulte de la actitud del deudor que esta medida no tendría resultado; 2) cuando como consecuencia de la demora del deudor, la ejecución de la obligación resultaría sin utilidad para el acreedor; 3) cuando en los términos del contrato la ejecución debería tener lugar exactamente en un término fijo o en plazo determinado”.

Y también deberá tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 109 de dicho cód. suizo, el cual dice que “el acreedor que deje sin efecto el contrato, puede negar la prestación prometida y repetir la que él hubiese ya efectuado. Puede además demandar la reparación del daño resultante de la caducidad del contrato, si el deudor no prueba que no le es imputable ninguna culpa”.

El viejo cód. civ. de Austria (año 1911) prevenía en su art. 919, que “si una de las partes falta a sus compromisos, la otra no puede pedir la resolución del contrato y solamente puede compelerla a cumplir y reclamarle daños e intereses” (o sea indemnización de daños y perjuicios). Negaba el derecho de pedir la resolución.

Pero en la reforma de 1916-1917, el art. 918 reemplazó al art. 919, expresando en sustitución que "cuando una de las partes de un contrato a título oneroso no cumple en el tiempo y en el lugar convenientes o según la manera estipulada, la otra parte puede pedir el cumplimiento con los daños y perjuicios e intereses y resolver el contrato después de haberse fijado un plazo conveniente para reparar. Si el cumplimiento es divisible para una como para otra parte, la resolución del contrato a causa del atraso de una prestación parcial no puede ser declarada sino para esta prestación, o también para todas las prestaciones aún no cumplidas".

En el cód. civ. de Venezuela su art. 1167 dispone:

"En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo con los daños y perjuicios, en ambos casos si hubiere lugar a ello".

En el cód. civ. de la Argentina tratan de este asunto los arts. siguientes:

Art. 1203.—"Si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes se reservase la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliera, el contrato podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo".

Art. 1204.—"Si no hubiere pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no lo cumpliera, el contrato no podrá disolverse, y sólo podrá pedirse su cumplimiento".

Según esta regla, el vínculo que crea entre las partes el contrato, es indisoluble.

Empero, el art. 216 del cód. de com. de la Argentina dispone:

"La condición resolutoria se entiende implícitamente comprendida en todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos, para el caso de que una de las partes no cumpla su compromiso. Mas en los contratos, en que hay hechos ya realizados, los que se han cumplido quedan firmes y producen, en cuanto a ellos, las obligaciones del contrato".

"Siendo implícita la condición, el contrato no se resuelve *ipso iure*, como cuando se ha pactado la condición resolutoria. La parte a quien se ha faltado puede optar entre forzar a la otra a la ejecución de la convención, cuando es posible, o pedir la res-

titución (resolución) con daños y perjuicios. La resolución debe reclamarse judicialmente, y según las circunstancias, pueden los tribunales conceder un plazo al demandado”.

Conviene esclarecer que cuando el cód. civ. argentino habla de pacto comisorio se refiere a la condición resolutoria. Por tanto, existe pacto comisorio, expreso o tácito, lo cual significa lo

Es pacto o condición resolutoria expresa, cuando las partes la preveyeron en el contrato. Y si el pacto comisorio es tácito, se entiende sobreentendido, siempre que el contrato sea bilateral.

Hay quienes explican, a mi juicio, erróneamente, que la resolución del contrato se puede obtener de pleno derecho, o, en otro caso, judicialmente. Sería de pleno derecho si la resolución deriva de la ley, o porque se pactó que no cumpliéndose la obligación en el tiempo, lugar y modo previsto contractualmente el contrato quedaría resuelto *ipso iure*, por lo que a la otra parte no le correspondería sino reclamar la indemnización de daños y perjuicios. Por el contrario, si la resolución no fue convenida, sino que deriva de la condición resolutoria que vive en todo contrato bilateral, entonces habría que demandar dicha resolución judicialmente. Nosotros entendemos que aún en el supuesto de que la condición resolutoria hubiere sido expresamente prevista en el contrato, debe exigirse al juez que declare resuelto el contrato, salvo raras excepciones. Por lo menos, que judicialmente se declare que el contrato está resuelto.

El cód. civ. del Brasil, en un capítulo que denomina “De la propiedad resoluble”, ha instalado el art. 647, que estatuye: mismo que condición resolutoria expresa o tácita.

“Resolvido o dominio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendencia, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pôde reivindicar a coisa do poder de quem a detenha”.

Véase también el art. 1163 del cód. civ. del Brasil (51 quinquieciés).

(51 quinquieciés) El art. 1163 del cód. del Brasil, se encuentra precedido en la obra de Clovis BEVILAQUA, Código Civil dos Estados Unidos de Brasil, vol. IV, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1924, p. 332, de un título que reza “Do pacto commissorio”. BEVILAQUA dice que el pacto comisorio no es más que una cláusula resolutoria, la cual se subentiende en todo contrato bilateral.

Este precepto sólo es aplicable dentro del contrato de compra-venta; pero la regla general está contenida en la parte final del art. 1092, que dice:

La causa de la revocación pre-existe a las cargas; el propietario con dominio resoluble o revocable, o a término, no puede transferir un derecho más extenso que el que tiene. "*Resolutio iure dantis resolvitur ius accipientis*"; "*Resolutio iure cedentis resolvitur ius concessum*".

Es verdad que nosotros tenemos una regla opuesta, en cuanto el art. 1110 cód. civ. dispone que la condición no opera retroactivamente. Empero, la resolución del contrato de compra-venta por falta de pago del precio no se produce por efecto de una condición resolutoria, porque el incumplimiento por parte del comprador de la obligación de pagar el precio de la cosa que se le ha vendido, no puede estimarse como que el contrato ha quedado subordinado a condición resolutoria. Ni aún en la hipótesis de que se hubiere pactado expresamente que la falta de pago de precio resolvería el contrato, puede hacer inferir que se trata de "condición resolutoria expresa", como modalidad.

En rigor de verdad, la condición resolutoria que vive dentro de todo contrato bilateral, no puede ser asimilada a las condiciones resolutorias y suspensivas reguladas como modalidades del acto jurídico. Esta es una condición resolutoria que importa una sanción al contratante que no cumple. Las otras condiciones resolutorias tratadas por nuestro código al lado de las condiciones suspensivas, se refieren a acontecimientos futuros e inciertos, que no dependen del incumplimiento de las obligaciones que dan lugar a la desaparición del contrato por resolución.

Es de interés conocer lo expresado por LEÓN BARANDIARÁN José (51 sexvicies), —quien ha enseñado en la Facultad de Derecho de San Marcos, con singular brillo, el acto jurídico—, sobre el art. 1109 ("La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho"). Hace notar la inconveniencia de instalar este precepto al lado de las condiciones suspensiva y resolutoria (en el título V, que se ocupa de las modalidades de los actos jurídicos), que son convencionales. Y agrega que la condición resolutoria de los contratos bilaterales, de la que forma parte el art. 1109, es una condición legal.

"Paragrapho unico. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisao do contracto com perdas e danos".

Como en nuestro derecho, debe pedirse en juicio ordinario, la resolución del contrato, en virtud de la cláusula resolutoria tácita.

(51 sexvicies) Comentarios al Código Civil Peruano, t. I, Acto Jurídico, 2ª ed., Ediar, edit., Buenos Aires, 1954, p. 248 y ss.

La condición resolutoria tácita o pacto comisorio tácito no puede ser incluida entre las condiciones en el sentido propio de la palabra (51 septemvicies). Enuncia GIORGI (51 octovicies) que existen cuatro diferencias entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria verdadera y propia, que son: a) La resolución del contrato no ocurre *ipso iure*, sino por declaración del juez; b) La parte que experimenta la no ejecución del contrato tiene el derecho de pedir, optativamente, o su cumplimiento, o su resolución, con el pago de daños y perjuicios; c) La resolución debe demandarse al Poder Judicial; d) El Poder Judicial puede negar la resolución en forma absoluta; o puede conceder un plazo al contratante para ejecutar el contrato. En realidad la condición resolutoria que vive en los contratos sinalagmáticos, debería incluirse entre los efectos legales derivados de dichos contratos.

Dicha condición resolutoria tácita no la conocieron los romanos. No admitían la resolución tácita del contrato bilateral; sólo había el pacto comisorio expreso, explícito, llamado "*lex commissoria*".

Por tanto, la condición resolutoria tácita que vive en los contratos bilaterales es de reciente data y constituiría un error confundirla con la condición resolutoria propiamente dicha. Hay también condición resolutoria expresa.

A fin de evitar la confusión que aparece entre la condición resolutoria como modalidad del acto jurídico, en general, y la condición resolutoria propia sólo de los contratos bilaterales, debería llamarse a ésta última "cláusula resolutoria", "pacto comisorio", "derecho de resolución", "resolución del contrato", u otra denominación equivalente. El nuevo cód. civ. italiano contiene, todo un capítulo sobre esta materia. Es el capítulo XIV del título II de su libro IV, al cual llama no con el nombre confuso de "condición resolutoria", sino "De la resolución del contrato", y en su art. 1456 no habla de "condición resolutoria expresa" sino de "cláusula resolutoria expresa".

40-c-) *Resolución del contrato de compra-venta por efecto de la condición resolutoria.*— Veamos ahora la condición resolutoria expresa, que el vigente cód. civ. no la contiene en el con-

(51 septemvicies) Así lo hace notar GIORGI, Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, IV, Nº 204, p. 210 (ed. castellana, 1911).

(51 octovicies) Loc. cit.

trato de compra-venta, ni en las disposiciones generales de los contratos. El legislador, sin embargo, la ha incorporado equivocadamente al lado de las condiciones suspensiva y resolutoria dentro del título que regula las modalidades de los actos jurídicos. Así el art. 1109 dispone:

“La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho”.

Es la que produce la resolución o rescisión del contrato bilateral y, especialmente, del contrato de compra-venta, *ipso iure*, de pleno derecho. El art. 1109 no sólo es aplicable a la compra-venta, sino a todo contrato bilateral. Puede considerarse que la condición resolutoria expresa puede pactarse aún dentro de contratos típicamente unilaterales y es válida y operante. En cambio, la condición resolutoria tácita es privativa y peculiar de los contratos bilaterales tan sólo.

En general, vendedor o comprador pueden optar por la resolución de la venta si el otro contratante no cumple con las obligaciones que asumió, en virtud de la condición resolutoria tácita.

Parece ser una condición resolutoria, porque los contratantes subordinan a un hecho futuro e incierto la resolución del contrato. Si un contratante no cumple, el otro contratante se aparta; el contrato se deshace, queda resuelto.

Aunque la condición resolutoria no se pacte, vive en todo contrato bilateral, como lo dice el art. 1341 del cód. civ.

Sin embargo, tratamos aquí de la condición resolutoria expresa, o sea de la condición resolutoria pactada, convenida, acordada; que no la tiene el nuevo cód. en el contrato de compra-venta, pero que la tenía la legislación civil abrogada. La legislación vigente ni siquiera tiene dentro de la compra-venta, la condición resolutoria tácita, sino dentro de las disposiciones generales de los contratos. Nosotros, consideramos que como la condición resolutoria es susceptible de funcionar en los contratos de compra-venta, sino en cualquier otro contrato sinalagmático, como por ejemplo, el de locación-conducción, la ubicación de esta condición debe estar dentro de las disposiciones generales de los contratos; y junto con ella y después de ella el art. 1109, que legisla sobre la condición resolutoria expresa.

Veamos cómo funciona en la venta, la condición resolutoria tácita:

El vendedor al que no se le hubiere pagado el precio, en todo o en parte, puede pedir la resolución del contrato, por aplicación de la condición resolutoria que vive en todo contrato bilateral (art. 1341 cód. civ.).

Asimismo, el vendedor puede exigir el cumplimiento del contrato, porque al igual que todo acreedor —en este caso, acreedor del precio—, tiene el derecho de emplear los medios legales a fin de que el deudor —que es el comprador—, le procure aquello a que está obligado (art. 1233 inc. 1º cód. civ.). Sin embargo, su acción puede verse obstaculizada, con la invocación que hiciera el comprador del art. 1342: “En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido, u ofreciese cumplirlo”, ya que dicho comprador alega que la cosa vendida no le ha sido entregada (*“exceptio non adimpleti contractus”*).

El pago del precio lo demandará el vendedor en la vía ejecutiva, si el recaudo lo permite; y consideramos que ello siempre será posible, si está munido de un testimonio de la escritura pública en que la venta está contenida; o si consta en instrumento privado, procede a una diligencia preparatoria de reconocimiento. El juicio ordinario o sumario, según la cuantía del precio, importaría un canal moroso; empero, el embargo preventivo de la cosa se encontraría expedito, si se cuenta con instrumento que acredite verosíblemente la existencia de la obligación de precio (art. 227 inc 1º cód. de proc. civ.).

El derecho del vendedor para el pago del precio se encuentra suficientemente cautelado por nuestra ley procesal. Así, no obstante que la ley declara la inembargabilidad de los sepulcros, de los instrumentos y útiles necesarios para la enseñanza o el ejercicio de la profesión, arte u oficio del deudor; de los animales, máquinas e instrumentos indispensables al ejecutado para el ejercicio de la agricultura, minería u otra industria a que esté consagrado; de los libros de los jueces, profesores y demás personas que ejercen profesiones liberales; del uniforme de los funcionarios y empleados públicos; y de las armas, caballos, uniformes y equipos de los militares en actual servicio, se permite el embargo cuando la ejecución procede por el precio en que fueron comprados (véase arts. 617 inc. 2º y 618 del cód. de proc. civ.).

El embargo preventivo puede, además, incidir sobre otros bienes del deudor que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación, porque todos los bienes de dicho deudor —excepto los inembargables— constituyen la prenda común de los acreedores. Vendidos esos bienes en subasta pública, su importe servirá para cubrir la obligación de pago de precio.

Sin embargo, la ejecución para el pago del precio puede ser enervada, en caso de acreditar el ejecutado, que la cosa vendida no le ha sido entregada.

Tratándose de la venta en subasta de un inmueble, cuyo precio no ha sido pagado por el rematante, no hay necesidad de pedir la resolución de la venta, sino que, de conformidad con el art. 707 del cód. de proc. civ., deberá procederse a nuevo remate. Por lo demás, con arreglo al art. 703 de la ley procesal civil, suscrita el acta de remate el comprador deberá consignar dentro de un día el precio.

La rescisión del contrato es más técnica denominarla resolución. Se trata de una acción de resolución. Así, cuando el comprador no paga el precio que se hubiere pactado y carece de motivo legítimo para retenerlo.

No está expresamente previsto este derecho de resolver el contrato que tiene el vendedor por falta de pago del precio; pero se funda en el principio general que sobre la condición resolutoria que existe en todo contrato sinalagmático, vive en el art. 1341. Por ella, si una de las partes no cumple con las obligaciones que le respectan en un contrato bilateral, la otra parte tiene el derecho de perseguir la resolución de ese contrato.

Todos los contratos de compra-venta son resolubles y, en principio, toda resolución es judicial. La resolución no se produce de pleno derecho; debe ser judicialmente pedida. El juez no puede conceder ningún plazo de gracia. Sin embargo, el art. 1414 previene que si la venta se efectuó pagándose parte del precio y sin señalar plazo para el pago del saldo, el comprador puede pagar dentro de ocho días de citado con la demanda de rescisión. Adviértase que se trata de un comprador que debió pagar en el día que la cosa le fué entregada, conforme al art. 1411 y, sin embargo, sólo pagó parte, sin que se le señalara plazo en el contrato, para el abono del resto de precio.

Vendedor y comprador pueden convenir en el contrato, que la venta se resuelva de pleno derecho si el precio no se abona el día fijado. En este caso, los jueces no declararán la resolución o rescisión, que ya se operó por efecto de la previsión del contrato, sino que no tendrán más que reconocer dicha resolución y los efectos que deba producir, en caso de negarse el comprador a devolver la cosa. Sin embargo, en derecho francés informa JOSSERAND (51 novemvicies) que el comprador puede pagar en

(51 novemvicies) Derecho Civil, t. II, Contratos, vol 2, Nº 1143, p. 97.

tanto no sea constituido en mora y no obstante haberse estipulado la resolución *ipso iure*. Lo que si no puede hacerse es conceder plazo al comprador para el pago, no sólo en el derecho francés, sino en nuestro derecho. Entre nosotros, el plazo se le otorga por la ley, al comprador y es sólo de ocho días cuando ha pagado parte del precio, pero no cuando debe todo el precio y, sobre todo, cuando el comprador deudor del resto de precio no goza de ningún término; el cód. civ. le concede un plazo legal y no judicial, porque no queda al arbitrio del juez señalar el número de días de que constará. Este es un plazo que no es de gracia, porque no es el juez el que lo otorga.

Si la venta es de cosa mueble que ha sido enajenada onerosamente por el comprador que debe el precio y, además, le ha sido entregada al subadquirente, la resolución no producirá efecto contra éste. Así lo dice el art. 1416.

No habría necesidad de constituir en mora al comprador (*interpellatio*), para que la venta quede resuelta por efecto de la condición resolutoria expresa (inserta en el contrato), si, además, se estipula que el comprador quedaría incurso en mora sin necesidad de requerimiento o interpelación.

La resolución o rescisión del contrato opera retroactivamente. Desaparece el contrato de compra-venta no sólo entre vendedor y comprador sino para los terceros. Así, si el tercero compró la cosa inmueble que el primer vendedor consigue resolver porque su comprador no le pagó el precio en todo o en parte, esa resolución afecta al subadquiriente. Asimismo, si el comprador cuyo derecho de propiedad desaparece por resolverse la venta a causa de que no pagó el precio, ha otorgado hipoteca, dicho gravamen también habría de desaparecer. El carácter resoluble se extiende a todos los causa-habientes, aunque sean titulares de derechos reales.

JOSSE RAND (51 tricies) expresa que para que el vendedor consiga que la resolución opere no sólo para el primer comprador, sino para cualesquier subadquiriente (en virtud de la máxima *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*), debe dicho vendedor ejercitar dos acciones: una de resolución contra su comprador y otra de reivindicación contra el subadquiriente; que en la práctica, ambas acciones se intentan simultáneamente, porque el subadquiriente podría alegar la relatividad de la cosa

juzgada, que sólo debería surtir sus efectos entre vendedor y comprador, y ello obligaría al vendedor a interponer una nueva acción contra el subadquiriente. Para nosotros, la resolución o rescisión del contrato de compra-venta pronunciada en juicio seguido entre el vendedor y el comprador, deberá surtir sus efectos contra el subadquiriente, en virtud de lo dispuesto por el art. 1082 del cód. de proc. civ: "Las sentencias ejecutoriadas producen efectos irrevocables respecto de las personas que siguieron el juicio y de las que deriven de ellas su derecho; de modo que no puede seguirse nuevo juicio por la misma causa o acción, sobre la misma cosa u objeto controvertido". Es obvio que el tercer comprador deriva su derecho del comprador originario.

Se razona que la resolución del contrato no puede producir efecto contra el subadquirente, porque dicha resolución o rescisión se ha producido en virtud de la condición resolutoria tácita que existe en todo contrato bilateral y que legisla el art. 1341, y que conforme al art. 1110, la condición no funciona retroactivamente, lo cual significa que si el contrato desaparece a virtud de una condición, su desaparición no podría perjudicar a tercero, porque si ello se admite la condición estaría surtiendo efectos retroactivamente. En otro lugar, examinamos esta cuestión con cuidado. Baste, sin embargo, saber que si el inmueble que fue objeto del contrato de compra-venta se encontraba registrado y, por tanto, el mismo contrato se inscribió y en el asiento constaba que quien lo compró no había pagado su precio total o parcialmente, y la venta queda resuelta por esta causa, la resolución debe surtir efectos contra el segundo comprador, porque al adquirirlo conocía, o debía conocer, atendida la publicidad registral, que la cosa inmueble que compraba estaba debiendo el precio de una enajenación anterior. Ofrece muy serias dudas la buena fe de este subadquiriente, independientemente de saber si la condición debe operar o no retroactivamente.

La acción rescisoria o resolutoria que se apoya en la falta de pago de precio o, en su caso, en la falta de entrega de la cosa vendida, es acción personal y, por lo mismo, se extingue por prescripción de 15 años, conforme al inc. 2º del art. 1168.

Adviértase, sin embargo, que si el subadquiriente compró la cosa inmueble a quien no era su propietario, porque éste había adquirido el predio con pacto de reserva de dominio (o sea que sólo sería considerado como dueño cuando hubiere pagado

todo el precio), no estaría sujeto a reivindicación del primer vendedor después de 10 años, a no ser que se demostrara su mala fe; y en cuanto a justo título lo tendría y habría de ser la compra-venta que ha hecho. Nos figuramos la hipótesis de que la adquisición del segundo comprador se hizo no a base del Registro de la Propiedad Inmueble, porque si ello fuere así, el segundo comprador no podría invocar buena fe, desde que el registro le informaba que la compra de la cual derivaba su derecho quien le vendió se hizo con pacto de reserva de dominio. Es incuestionable que el primer vendedor no tiene acción de resolución si vendió con *pactum reservati domini*, sino de reivindicación, salvo que se hubiere pagado más de la mitad del precio (art. 1425).

Con respecto a la condición resolutoria por falta de pago del precio, el cód. civ. derogado decía, en su art. 1445: "Puede rescindirse la venta por falta de pago de precio en cierto día determinado, cuando así se pactó en el contrato".

Esta norma se completaba con el art. 1446: "Más si hasta ese día había pagado el comprador la mayor parte del precio, no tendrá lugar la rescisión, sino será obligado a pagar el resto, las costas y los perjuicios, salvo pacto en contrario".

Nótese que el pacto por el cual se rescindiría la venta de inmuebles de pleno derecho, por no pagarse el precio en el término contractualmente señalado, conforme al art. 1405, requiere que el comprador hubiere sido constituido en mora, no por pacto, sino "*por medio de un requerimiento*", o sea que la mora automática estaba prohibida en cuanto a la falta de pago de precio de los inmuebles.

Es necesario, asimismo, revisar el art. 824 incs. 2º y 3º del cód. de proc. civ.

Este precepto ha sido derogado y reemplazado por el art. 141 de la ley procesal de quiebras Nº 7566. El art. 823 del cód. de proc. civ. declaraba: "Los inmuebles y los muebles identificables que existan en poder del deudor, cuya propiedad no se ha transferido a éste, serán entregados a sus dueños, previos los trámites establecidos en este capítulo" (corresponde al art. 140 de la vigente ley de falencias). La declaración que antecede es necesario conocerla, para entender el art. 824, que dice: "Están comprendidos en el artículo anterior: 2º Los inmuebles comprados por el concursado, y cuyo valor no está pagado en todo o en parte, en los casos en que, según el cód. civ., puede el ven-

dedor pedir la rescisión de la venta; 3º Los muebles vendidos al concursado y no pagados”.

Adviértase que puede pedirse la entrega, conforme a la legislación derogada y a la legislación de quiebras vigente, de los muebles identificables o no, que no hubieren sido pagados.

También el vendedor podía pedir la rescisión en el caso contemplado en el art. 1447 del cód. abrogado: “Si se ha pagado la mitad o menos del precio, el vendedor puede, a su elección, pedir que se rescinda el contrato, devolviendo la parte pagada del precio, y cobrando costas y perjuicios; o demandar el pago del resto, sus intereses y costas”.

“Elegida una de estas acciones, se pierde el derecho de usar de la otra”.

Otros dos dispositivos del mismo cód. del 52 regulan esta materia no en forma general, sino con relación a la venta inmobiliaria, son:

Art. 1400.— “En la venta de inmuebles en que se haya estipulado el pago del precio por partes, en diferentes plazos, puede el vendedor pedir la rescisión de la venta, si deja de hacer dos pagos el comprador”.

Art. 1401.— “No tiene el vendedor derecho a pedir la rescisión, sino sólo a cobrar la deuda, los intereses y costas, si se le han pagado ya las cinco octavas partes del precio de la venta”.

El legislador de 1936 al reproducir el art. 1401 bajo el número 1425, si bien lo mejoró disminuyendo el importe pagado, le restó eficacia al agregarle la frase “salvo pacto en contrario”. En cambio, el art. 1401 de la legislación abrogada no era posible eludirlo por los contratantes, ya que era de orden público; por lo menos, así lo creemos.

La resolución debe producir efectos contra cualquier subadquiriente, ora conozca, ora ignore que su vendedor debe el precio, a no ser que se trate de la venta de cosas muebles que están en poder de un comprador de buena fe (art. 1416). Y ello porque opera el principio “*Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*”. Con mayor razón si la causal de resolución puede ser conocida por el adquirente estudiando los títulos del presunto vendedor si se trata de venta de cosa inmueble extra registro, o examinando los asientos en el certificado literal de dominio, o en los libros, si el inmueble está inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble. Por ejemplo, consta en los

títulos o en los asientos registrales que el precio no fue pagado por el comprador (51 unumtricies).

Si el pacto resolutorio expreso ha sido convenido para el supuesto en que el comprador no pagara el precio dentro de cierto término, el vencimiento de dicho término no produce automáticamente la aplicación del pacto, ya que es necesario requerir al comprador para constituirlo en mora. Puede pactarse, empero, que la mora del comprador se produzca por la llegada del término, sin que sea necesario interpelarlo. La citación del comprador con la demanda de resolución tampoco sirve para constituir en mora al comprador, porque esa demanda no constituye requerimiento.

La resolución o rescisión del contrato, por efecto de la condición resolutoria tácita, procede ya se trate de venta al contado o venta a plazos y los plazos se encuentran vencidos.

De la rescisión en la venta a crédito se ocupa el art. 1424, que dispone:

"En la venta de inmuebles en que se hubiese estipulado el pago del precio por partes, en diferentes plazos, puede el vendedor pedir la rescisión si el comprador dejase de hacer dos pagos".

Sin embargo, en el precepto siguiente, art. 1425, "no tiene el vendedor derecho a pedir la rescisión sino sólo a cobrar el saldo, los intereses y los gastos, si se le ha pagado ya más de la mitad del precio, salvo pacto en contrario". O sea que la estipulación contractual puede enervar lo dispuesto en este artículo, por no ser una cuestión de orden público. En el cód. derogado, el art. 1401 decía: "No tiene el vendedor derecho a pedir la rescisión, sino sólo a cobrar la deuda, los intereses y costas, si se le han pagado ya las cinco octavas partes del precio de la venta", o sea que no cabía pacto en contrario, siempre que los jueces consideraran que esa disposición era de orden público.

Una vez pronunciada la resolución o rescisión, la venta queda borrada en el pasado y en el porvenir. La pérdida o de-

(51 unumtricies) Conforme al art. 46 del Reglamento de las Inscripciones, la inscripción de un contrato de compra-venta consignará si el precio se pagó al contado o se quedó debiendo. Por tanto, no se necesitaría anotar preventivamente la demanda de resolución de la venta por falta de pago de precio en todo o en parte, porque del asiento reproducido en el certificado literal de dominio aparece que el precio se debe y ello puede dar lugar a la resolución del contrato de enajenación. Sin embargo, el precio debido puede pagarlo el tercero adquirente porque el precio puede pagarlo cualquiera (art. 1235 cód. civ.).

terioro de la cosa son de cargo del comprador, si han ocurrido por actos de éste; y serán de cargo del vendedor por *casus* si se prueba que hubieren ocurrido igualmente si la cosa se hubiere encontrado en su poder. Puede obtener el vendedor el pago de los daños y perjuicios que acredite y que le produzca la rescisión.

Con respecto a los terceros, también la resolución o rescisión produce efectos, porque se considera que el comprador no fue en ningún momento propietario de la cosa vendida y de que no ha podido transmitir a los terceros derechos que él mismo no ha tenido. Por tanto, los derechos reales otorgados por el comprador a los terceros, como hipotecas, anticresis, etc., se desvanecen. El vendedor después de haber triunfado en la acción rescisoria o resolutoria puede reivindicar la cosa de cualquier subadquiriente y retomarla libre de todas las cargas y gravámenes constituidos por el comprador.

Estas soluciones sólo funcionan tratándose de la venta de inmuebles y no de muebles; y está concordes con la doctrina francesa (51 duotricies).

Conviene examinar el siguiente caso: El vendedor del inmueble demanda la resolución del contrato, porque el comprador no ha cumplido con pagar el precio en todo o en parte. La transferencia del derecho de propiedad a mérito del contrato de compra-venta se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el asiento correspondiente consta, conforme a lo que dispone el Reglamento de las Inscripciones en su art. 46, que el comprador quedó debiendo el precio. Es incuestionable que en este caso, la resolución de la venta que se declare por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, produce efecto contra quien hubiere comprado, a su vez, el inmueble del primer comprador, porque el Registro le dio noticia, al tiempo de contratar, de que se debía el precio y de que estaba inscrita una hipoteca legal. Es claro que la solución sería diversa en el supuesto de que no obstante deberse el precio de venta, el registrador, por olvido, no hubiere consignado esta circunstancia en el asiento de inscripción.

Basta que el asiento registral declare que el precio no está pagado, para que se entienda constituida una hipoteca legal.

(51 duotricies) Véase PLANIOL-RIPERT y Hamel, Tratado, X, Nº 168, p. 177; AUBRY et RAU, Droit Civil Français, V, § 356, tex. y n. 38 de la p. 107 (éd. sixième); BAUDRY-LACANTINERIE et Saignat, De la vente et de l'échange, Nos. 561 y ss., p. 593 y ss., (sixième édition, 1946); DEMOLOMBE, Cours, Traité des contrats 2, Nº 518 y ss., p. 493 y ss.

Tratándose de la venta de inmuebles fuera de registro, si el comprador debe el precio y se pronuncia la resolución del contrato por esta causa, es también por manera evidente que dicha resolución produciría efecto contra el subadquiriente, aunque fuere de buena fe.

El carácter retroactivo de la resolución, sea porque el contratante no cumplió con su obligación (resolución judicial), sea por aplicación de la condición resolutoria expresa (resolución legal automática), lo contiene el 1er. apartado del art. 1458 del cód. civ. italiano de 1942, que dice:

“La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas”.

La doctrina francesa también informa que los contratos de locación-conducción que el comprador hubiere otorgado sobre la cosa vendida, no se vienen abajo en caso de rescisión o resolución, porque consideran que el comprador al arrendar, ha practicado un acto de administración como mandatario o gestor de negocios del vendedor (51 tretricies).

Para PLANIOL-RIPERT y Hamel (51 quatortricies) los arrendamientos posteriores a la venta deberían desaparecer. Sin embargo, anota que la jurisprudencia no lo admite; el primer vendedor no puede reclamar del arrendatario las mercedes indebidamente pagadas al comprador. La otra consecuencia, o sea la de poder desahuciar al arrendatario, tampoco la acepta la jurisprudencia sino en el caso de considerar que la locación importa un acto de disposición; porque si sólo es un acto de administración, ese arrendamiento sería reputado válido, porque el adquirente habría actuado como gestor de negocios del vendedor.

En el derecho peruano, a semejanza del derecho francés, resuelto o rescindido el contrato de venta de inmueble por falta de pago de precio, dicha resolución o rescisión, no obstante el errado criterio de nuestra jurisprudencia, produce efecto contra el tercero adquirente, aunque éste sea de buena fe. Precisamente, la existencia de un precepto como el del art. 1416, que también existió en el código civil de 1852 bajo el número

(51 tretricies) BAUDRY-LACANTINERIE et Saignat, De la vente et de l'échange, N° 565, p. 602; GUILLOUARD, Traité de la vente et de l'échange, II, éd. 1891, N° 622, p. 163; GUILLOUARD, Traité du contrat de louage, I, éd. 1891, N° 49 y s., p. 62 y ss.

(51 quatortricies) X, N° 170, p. 179 y s.

1392, revela que la rescisión de la venta inmobiliaria resuelve también el derecho de propiedad que el subadquiriente tiene del primer comprador, ya que tratándose de ventas de cosas muebles entregadas al tercero adquiriente, la rescisión o resolución de la primera venta, conforme al precitado art. 1416, no lo perjudica. Es obvio que esta norma, por constituir una excepción, no puede ser extendida analógicamente a la enajenación de inmuebles.

Veamos ahora el problema de la constitución en mora del comprador que debe el precio.

El vendedor puede promover la acción de resolución por no pago del precio, sin necesidad de haber constituido al comprador en mora por dicho no pago del precio. La citación con la demanda equivale al requerimiento, según PLANIOL-RIPERT y Hamel (51 quinquetricies).

En caso de que los contratantes hubieren estipulado que el contrato quede resuelto de pleno derecho por no pagarse el precio, la resolución se opera sin que el Poder Judicial tenga necesidad de pronunciarla. Este es el pacto comisorio expreso. Sin embargo, el vendedor, no obstante ese pacto comisorio puede, si le conviene, exigir el pago del precio. Además, si el comprador no ha sido constituido en mora, puede pagar el precio aunque la resolución se hubiere producido. Así lo hacen saber PLANIOL-RIPERT y Hamel (51 sextricies), aplicando el art. 1656 del cód. civ. francés. No se da al vendedor el derecho de resolver el contrato si el comprador consiente en pagar el precio y sin que estuviere seguro de que el comprador se niega a pagar el precio. Se admite, que se derogue el art. 1656, por no ser una disposición de orden público, si se pacta que la resolución se operará a favor del vendedor por el solo hecho del vencimiento del término estipulado, sin necesidad de interpelación previa alguna. Empero, ello no priva al vendedor de optar no por la resolución, sino por el pago del precio, que reclamará en la vía procesal correspondiente.

También PLANIOL-RIPERT y Hamel (51 septemtricies) opinan que el vendedor puede pagar el precio en cualquier momento en tanto la resolución no haya sido pronunciada; y ha-

(51 quinquetricies) X, Nº 164, p. 173.

(51) sextricies) X, Nº 165, p. 173 y ss. En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINE-RIE et Saignat, Nos. 550 y ss., p. 582 y ss. (ed. 1908).

(51 septemtricies) X, Nº 162, p. 171, text. y n. 2.

cen saber que la jurisprudencia ha admitido la validez de la oferta hecha por el comprador, siempre que éste ofrezca todo lo que se le reclama, aún cuando la oferta no incluya todo el importe de los gastos liquidados.

Es necesario esclarecer que citado el comprador con la acción resolutoria o rescisoria de la venta por falta de pago total o parcial de precio, dicho comprador puede efectuar válidamente el pago de precio, en tanto no exista fallo que así lo declare, en primera instancia.

Al respecto, BAUDRY-LACANTINERIE et Saignat (51 octotricies) informan que si la resolución de la venta no tiene lugar de pleno derecho, el comprador puede pagar el precio en tanto no esté pronunciada dicha resolución; y lo mismo puede hacer durante el curso de la instancia. Agrega que si el juzgamiento es susceptible de apelación, el comprador puede, después de haber apelado del fallo que declara la resolución, pagar el precio que debe, hasta que no hubiere sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Este derecho se lo concede a los acreedores del comprador, a fin de paralizar o detener la demanda de resolución. Es obvio que en tal caso el comprador pagará las costas del juicio.

En nuestro cód. civ. vigente no existe un precepto como el del art. 1405 del cód. civ. abrogado, por el cual ni aún en el caso de haberse pactado que la venta quedaría resuelta de no ser pagado el precio en el término convenido, impediría al comprador pagar el precio adeudado, en tanto no se le hubiere constituido en mora mediante la interpelación.

Sin embargo, los jueces siempre deben inclinarse a mantener en lo posible la subsistencia de los contratos.

Una excepción la constituye el contrato de locación-conducción de predios rústicos, o de predios urbanos no destinados a la vivienda, ya que la demanda de desahucio (que es rescisoria o resolutoria del arrendamiento), promovida por falta de pago de la renta en los plazos que la ley procesal civil franquea no se detiene ni corta con el pago posterior de esa renta.

Expresan PLANIOL-RIPERT y Hamel (51 nonietricies) que declarada la resolución, vendedor y comprador son considerados como poseedores de mala fe. El vendedor sabía que las sumas recibidas a cuenta del precio no le pertenecían en caso de

(51 octotricies) De la vente et de l'échange, Nº 550, p. 582.

(51 nonietricies) X, Nº 166, p. 175.

resolverse el contrato; y el comprador conocía que no habiendo pagado el precio la cosa vendida debería restituirla. Por tanto, el vendedor debe los intereses de las cantidades recibidas desde que se le entregaron (interés anual); deberá también las mejoras necesarias y útiles existentes. A su turno, el comprador responde por el deterioro o pérdida de valor de la cosa, si se deben a su culpa y aún al *casus* (art. 840), a no ser que pruebe que se hubieren producido estando la cosa en poder del vendedor. Debe el comprador también la indemnización de daños y perjuicios.

En el derecho francés, la resolución de la venta del inmueble no produce efecto contra el sub-adquiriente (que es el que compró la cosa al primer comprador), si es que ya lo ha adquirido por prescripción decenal. Esa solución es inadmisibles en nuestro derecho, pero se justifica en derecho francés, porque el primer vendedor tiene una acción de resolución contra quien le compró la cosa inmueble y, además, una acción reivindicatoria contra el subadquiriente.

En el derecho alemán, esta cuestión de la mora de uno de los deudores en el contrato bilateral, se encuentra tratada con mucha claridad y justeza. En primer lugar, el § 326 del cód. civ. germano declara:

“Si en el contrato sinalagmático estuviese en mora una parte en cuanto a la prestación que le incumbe, podrá la otra fijarle un plazo útil para ejecutar, con notificación de que después de expirado dicho plazo se negará a aceptar la prestación. Una vez expirado aquél tendrá derecho a exigir daños y perjuicios por inejecución o a rescindir el contrato, si no se hubiere efectuado la prestación en tiempo oportuno; pero en este caso no tendrá derecho a exigir la ejecución. Si a la expiración de este plazo sólo se hubiese ejecutado parcialmente la prestación, se aplicará por analogía lo dispuesto en el párrafo primero del § 325”.

“Si por consecuencia de la demora . . . tuviese ya interés para la otra parte la ejecución del contrato, tendrá ésta los derechos determinados en el párrafo anterior, sin necesidad de fijar plazo alguno”.

Por este precepto, la parte demandante tiene el derecho de resolver o rescindir el contrato bilateral. Así, en el contrato de compra-venta, el vendedor puede resolver el contrato si el comprador no le pagara el precio en los plazos señalados.

Empero, no sólo tiene este derecho, sino los que siguen:

1) El comprador, en este caso, tiene la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, por aplicación del § 286 del BGB, que expresa:

“El deudor deberá indemnizar al acreedor del daño causado por su morosidad”.

“Si a consecuencia de ésta no fuese ya útil la prestación para el acreedor, podrá éste rehusarla y reclamar daños y perjuicios por inejecución de la obligación. Son aplicables a esta materia por analogía, las disposiciones de los §§ 346 a 356 sobre rescisión convencional”.

Como es lógico, cuando se procede a esto por el acreedor, se tiene en cuenta que el deudor puede cumplir la prestación que debe; y en realidad, el acreedor exige los daños y perjuicios por la demora y el cumplimiento de la obligación retardada. Así, exigirá como daño el lucro cesante (por ejemplo, el valor más alto que tuvo la cosa durante el intervalo que duró el retardo, si la obligación es de entregar una cosa que no es dinero. Se discute si el comprador responderá de una posterior desvalorización monetaria.

2) El vendedor puede, en el supuesto del contrato de venta en que el comprador no cumplió con pagar el precio, romper el contrato y reclamar indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, rechazando al mismo tiempo la prestación consistente en pagar el precio, como lo autoriza el apartado 2º del § 286 reproducido.

Sin embargo, este derecho de romper el convenio es excepcional y el acreedor en el contrato sinalagmático, deberá probar que el cumplimiento de dicho contrato no tiene ya para él ningún interés. Esta solución la tenemos nosotros también en el art. 1257 del cód. civ. y es aplicable a todo contrato, inclusive el sinalagmático.

Corresponde a los jueces apreciar si el cumplimiento del contrato carece ya de interés para el acreedor.

3) Puede, por último, el vendedor, en el supuesto del ejemplo que estamos examinando, resolver, o, como nosotros decimos, rescindir, el contrato.

La resolución importa la extinción total del contrato. Las partes estarán obligadas a devolverse las prestaciones recibidas.

Si la obligación de uno de los contratantes, deviene imposible por caso fortuito, en el contrato sinalagmático, no hay derecho de indemnizar, pero el contrato se resuelve. En la venta, la en-

trega de la cosa traslada el riesgo al comprador, o su inscripción registral (B .G. B., § 446).

Tanto en el caso de optar por resolver el contrato, como en el supuesto de indemnización completa de daños y perjuicios por haber optado por romper el contrato, el vendedor debe conceder al comprador una ampliación del plazo. Como hace notar HEDEMANN, (51 unumquater), esta es una dulcificación en el trato del deudor.

Este supuesto del derecho de resolver el contrato bilateral, está tratado por el BGB, como uno de los casos de mora del deudor. Los dispositivos aplicables para este retardo culpable del deudor en el cód. alemán son §§ 284 al 292 y 326 y 327.

Debe informarse, sin embargo, que el cód. germano, en los llamados "negocios fijos" otorga al acreedor un derecho de resolución inmediato, sin que tenga necesidad de conceder al deudor una ampliación del plazo para que pueda cumplir con la prestación que le respecta. Se trata de aquellos casos en que las partes han determinado con intensidad el tiempo en que ha de cumplirse la obligación. Se ha fijado con exactitud el momento en que la prestación debe cumplirse. El § 361 del BGB previene:

"Cuando en un contrato sinalagmático se haya convenido que la prestación de una de las partes se realizará en una época o en un plazo fijo, en caso de duda tendrá la otra parte derecho a rescindir el contrato si la prestación no se ha realizado en la época o en el plazo fijado".

La simple determinación de una fecha para la ejecución de la obligación no crea un negocio o contrato fijo. Sólo se entenderá así cuando se conviene "que la prestación de una de las partes ha de ser efectuada exactamente en un determinado momento o dentro de un plazo prefijado. Dice HEDEMANN (51 duoquater) que este pacto se interpreta por el legislador, en el § 361 del BGB, como una reserva del derecho de resolución.

No obstante que las partes vienen obligadas a reintegrarse de las prestaciones que han recibido, HEDEMANN (51 trequater) hace notar que la resolución no afecta a terceros, aunque éstos hubieren conocido el derecho de resolución. Así, si el tercero adquirió del comprador la propiedad de las mercancías del contrato resuelto; y el vendedor no tiene contra el tercero ninguna acción personal.

(51 unumquater) Trat. de D. Civ., D. de Obligaciones, vol. III, § 21, Nº IV, d), p. 181

(51 duoquater) Trat. de D. Civ., D. de Oblg., vol. III, § 17, b), p. 148.

(51 trequater) Trat. de D. Civ., D. Obligaciones, vol. III, § 17, Nº III, b. p. 144 y s.

Es obvio que como en toda mora, el deudor en el contrato bilateral deberá ser si no propiamente culpable, por lo menos responsable. Al respecto, el § 285 del BGB dice:

“Si la prestación no tuviese efecto por una circunstancia de que no sea responsable el deudor, no incurrirá éste en mora por no haberla prestado”.

Comentando esta disposición, HEDEMANN (51 quatorquater) hace notar su confusa dicción. En efecto, existe un doble “no” Empero, como observa el autor germano, esta forma de expresión por el legislador se hace para el efecto de regular la carga de la prueba. Así, es al deudor a quien corresponde probar que no es responsable; y el acreedor se encuentra liberado de probar la culpa de su deudor.

En cuanto a la necesidad de que la mora derive de la culpa, veamos otra singularidad del derecho germano. No se puede decir con precisión que la mora no es imputable al deudor si éste no ha tenido culpa en la omisión de la prestación, sino que el § 285 del BGB declara: “El deudor no incurre en mora en tanto la prestación no haya sido cumplida a causa de una circunstancia de la que no ha de responder”. Así, como observa HEDEMANN (51 quinquequater), se cubren las hipótesis de que aún cuando el deudor no incurra en culpa, le es exigida una responsabilidad. Evidentemente, existen casos de incumplimiento de la prestación que no reclaman la culpa del deudor; en que ese concepto de culpa es sobrepasado; en que se responde por “caso fortuito” (por ejemplo, si el deudor estuviese en mora).. Se trata de lo que los autores llaman “responsabilidad obligada”.

Ocupándonos ahora de la condición resolutoria expresa en la venta, debe enunciarse lo que sigue:

No es la condición expresa más que una especie de la condición resolutoria que se sobreentiende vive en todo contrato bilateral y que legisla el art. 1341 del cód. civ. En el cód. civ. brasileiro está consignada en provecho del vendedor y puede ser ejercitada no sólo por el vendedor, sino por los herederos de éste. Dispone el art. 1163 del cód. brasileiro: “*Ajustado que se desfaza a venda, nao se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, nao pago, desfazer o contracto ou pedir o preço.*”

(51 quatorquater) Trat. de D. Civ., D. de Obligaciones, vol. III § 21, Nº II, c), p. 178.

(51 quinquequater) Trat. de D. Civ., D. de Obligaciones, vol III, § 19, Nº I, p. 159.

"Paragrapho unico. Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, nao reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda"

Este numeral está contenido en un subtítulo que reza: *"Do pacto comisorio"*.

Vendedor y comprador pueden, en el contrato, modificar la forma de resolución o rescisión, estipulando que el no pago del precio dentro de cierto plazo resuelva de pleno derecho dicho contrato. En tal caso, no es necesario que los jueces, por sentencia firme, decidan la resolución. Por tanto, el pacto comisorio produce el efecto de que la rescisión se produce sin que sea necesario que intervenga el Poder Judicial; y éste no podría modificar lo acordado por las partes para la resolución; así, el juez no podría conceder ningún término al comprador para pagar el precio.

Sin embargo, existiendo controversia, correspondería al Poder Judicial reconocer que el contrato quedó resuelto.

También, el vendedor no obstante el pacto comisorio, tiene derecho de optar por el cumplimiento y reclamar el pago del precio. De ello se sigue que el pacto comisorio no puede conceder al comprador la facultad de resolver la venta con sólo dejar de pagar el precio.

Asimismo, para que opere el pacto comisorio es necesario que el vendedor haya constituido en mora al comprador; si no lo hubiere hecho, el comprador podría válidamente pagar el precio no obstante haberse vencido el término señalado en el contrato. Por ello, el vendedor debe haber interpelado al comprador concretamente, o sea para que éste cumpla con pagarle el precio.

Es válido también el pacto comisorio si las partes convienen que la venta quedará resuelta por el vencimiento del plazo para pagar el precio, sin necesidad de que exista requerimiento de parte del vendedor para que el comprador quede incurso en mora.

Con respecto a la cláusula resolutoria expresa, el cód. civ. de 1852, en su art. 1405 disponía:

"Aunque se hubiese estipulado en la venta de inmuebles, que no realizado el pago en el término pactado, queda ipso jure rescindida, puede, no obstante, el comprador, pagar después del plazo, mientras no se le haya constituido en mora por medio de un requerimiento".

Y también contenía el art. 1445, cuyo texto decía:

"Puede rescindirse la venta por falta de pago de precio en cierto día determinado, cuando así se pactó en el contrato".

Conforme al primer dispositivo reproducido, la mora no se entiende operada por la falta de pago de precio, no obstante existir cláusula que declara la rescisión de pleno derecho; necesita todavía que se le interpele o requiera al comprador para que pague el precio. Habiendo desaparecido, el precepto en el nuevo cód., parece ser que el contrato se resuelve sin interpelación, en el caso de cláusula expresa.

El cód. civ. italiano de 1942 declara lo siguiente sobre condición resolutoria expresa:

1456.—"*Cláusula resolutoria expresa.*— Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que determinada obligación no se cumpliera según las modalidades establecidas.

"En este caso la resolución se producirá de derecho cuando la parte interesada declare a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria".

El proyecto franco-italiano del cód. de las obligaciones y contratos, contiene, dentro del contrato de compra-venta, el art. 379:

"Se nella vendita d'immobili é stato stipulato che, in mancanza di pagamento del prezzo nel termine convenuto, la vendita sarà risolta di pieno diritto, é fatta tuttavia facoltà al compratore di pagare anche dopo il termine, purché non sia stato costituito in mora mediante intimazione. Dopo tale intimazione il giudice non può accordargli alcuna dilazione".

En el cód. civ. alemán el 361 declara:

"Cuando en un contrato sinalagmático se haya convenido que la prestación de una de las partes se realizará en una época o en un plazo fijo, en caso de duda tendrá la otra parte derecho a rescindir el contrato si la prestación no se ha realizado en la época o en el plazo fijado".

También tratan de la condición resolutoria expresa en el BGB, los §§ 357 y 358, que hemos transcrito más atrás.

En el derecho francés el pacto comisorio (condición resolutoria expresa) que se estipulara para la resolución del contrato de pleno derecho por no pago del precio en cierto plazo, sólo funciona en caso de que el vendedor tenga la absoluta seguri-

dad de que el comprador se niega a pagar el precio. Por eso se reclama que previamente se hubiese constituido en mora al comprador, con un requerimiento especial para el pago del precio. No bastaría la simple demanda de resolución (52).

Y aún en la hipótesis de que el pacto comisorio por no pago de precio estipule que para declarar resuelto el contrato no será necesario constituir en mora al comprador, sólo se aplicará si el pago del precio debía hacerse en el domicilio del vendedor, porque si el pago debía hacerse en el domicilio del comprador, este hecho del no pago debería comprobarse por el vendedor y ello sólo sería posible acreditarlo con la interpelación o requerimiento (52 bis).

Repetimos: Sobre la condición resolutoria expresa en la compra-venta existía en el cód. civ. derogado el art. 1405, que contenía una regla saludable y que ha sido suprimida, sin razón. Decía esa norma: "Aunque se hubiere estipulado en la venta de inmuebles que no realizado el pago en el término pactado, quede *ipso iure* rescindida, puede, no obstante, el comprador pagar después del plazo, mientras no se le haya constituido en mora, por medio de un requerimiento".

El eminente OLAECHEA (52 ter) decía, refiriéndose a la supresión: "Este artículo introduce una restricción que nada justifica y que tiene solamente una explicación histórica: el fetiquismo por la propiedad inmueble". Agregaba: "¿Por qué desnaturalizar así los efectos propios del pacto comisorio libremente celebrado por las partes?"

Ello no obstante, puede en el contrato de venta haberse, no sólo convenido en una condición resolutoria expresa, sino en que el comprador quedaría automáticamente constituido en mora por la mera llegada del término para el pago del precio, sin que fuere menester interpellarlo, requerirlo. Esto sería inobjetablemente válido.

Existen condiciones resolutorias expresas prohibidas por la ley. Así, en los derechos reales de garantía prenda (art. 1002), anticresis (art. 1009) e hipoteca (art. 1024), no se puede estipular que si el deudor no cumple con su prestación, el contrato quedará resuelto y el acreedor tendrá derecho a hacer suya la cosa pignorada, o la cosa anticrética, o la cosa hipotecada. El

(52) Véase PLANIOL-RIPERT y Hamel, X, N. 165, p. 174.

(52 bis) Esta opinión la sostienen BAUDRY-LACANTINERIE et Saignat, *De la vente et de l'échange*, N° 553, p. 586.

(52 ter) ACTAS, 69 fasc., p. 161, ed. 1926.

cód. civ declara la nulidad absoluta de estos pactos comisórios; pero por ser accesorios, su nulidad de pleno derecho no acarrea la nulidad del contrato, que es lo principal (art. 1127, § 2º cód. civ).

Por tanto, si el comprador no está incurso en mora, no obstante el proceso iniciado por el vendedor pidiendo que judicialmente se declare la resolución, puede pagar válidamente, aún cuando el contrato contenga una condición resolutoria expresa que se hubiere estipulado para el caso de que el comprador no pagara el precio, a no ser que se pretenda que la mora del comprador se ha producido con la notificación de la demanda de resolución.

Si no se hubiere concedido plazo para el pago del precio en la venta, dicho precio debe ser pagado el día que la cosa es entregada, según el art. 1411.

Pero no hay mora del comprador para pagar el precio si no se le ha requerido, salvo estipulación de mora automática.

Además, no obstante haberse pactado la condición resolutoria, no procede su aplicación, si por su parte, el vendedor no hubiere entregado la cosa vendida. Rige la *exceptio non adimpleti contractus* del art. 1342. De otro lado, no hay mora en las obligaciones recíprocas: art. 1255. Para el comprador no existe la obligación de pagar el precio si no se le ha entregado la cosa, salvo que se hubiere convenido en entregársela dentro de cierto término. O sea que el vendedor no puede pedir la aplicación del pacto comisório si él no ha cumplido con entregar la cosa.

Y aún cuando el vendedor hubiere cumplido con entregar la cosa si ésta es inmueble, el comprador puede válidamente retener el todo o parte del precio, mientras el vendedor le demore —no sólo se niegue— a otorgar la escritura pública (art. 1427). El vendedor carecería de derecho para pedir la resolución o la aplicación del pacto comisório contractualmente previsto. Y la obligación del vendedor de otorgar la escritura pública de la venta le es exigible aún cuando no se hubiera estipulado. La misma obligación tiene el comprador: art. 1407. Esta obligación de instrumentar (e. p.) el contrato de compra-venta de cosas inmuebles se infiere de los arts. 1407 y 1427 y su cumplimiento se exige invocando el art. 1340, que autoriza a las partes a compelerse recíprocamente cuando la ley señala el otorgamiento de escritura pública.

El vendedor puede o no demandar la aplicación del pacto comisorio. Si quiere puede dejar de lado el pacto y reclamar el pago del precio. De otro modo, si el pacto resultara de cumplimiento obligatorio, la resolución de la venta quedaría librada a la voluntad del comprador, a quien le bastaría dejar de pagar el precio y resolver el contrato.

Por tanto, la condición resolutoria puede ser expresa, es decir, encontrarse pactada en una de las cláusulas del contrato de compra-venta. Asimismo, dicha condición resolutoria expresa puede declarar que quedará resuelto de pleno derecho, el contrato si el vendedor no cumpliera con entregar inmediatamente la cosa vendida, o si el comprador no pagara inmediatamente el precio, o dentro de cierto término, sin que sea necesario constituir en mora a ninguno de los contratantes, porque también la mora se produce *ipso iure*. Como se ve, la cláusula resolutoria expresa puede haberse estipulado no sólo para penar el incumplimiento del vendedor, sino también del comprador. Y puede también declararse contractualmente que como la resolución del contrato se opera automáticamente, no será necesario demandar la resolución en la vía judicial.

[Para RIPERT (52 quater) la condición resolutoria que vive en todo contrato bilateral, se funda en una razón de justicia contractual. Para GIORGI (52 quinquies), se apoya en razones de conveniencia social. Para PLANIOL-RIPERT y Esmein (52 sexes), se funda la condición resolutoria en la causa-fin.

El ejercicio de la condición resolutoria tácita o expresa corresponde al contratante que no es culpable del incumplimiento.]

Producida la resolución del contrato por efecto del pacto comisorio o condición resolutoria, no habrá venta y ambos contratantes procederán a restituirse lo que hubieren recibido. El derecho de propiedad que el comprador hubiere adquirido por el contrato, quedará revocado con efecto retroactivo. Por tanto, el inmueble se restituirá al vendedor, libre de cargas y gravámenes (servidumbres, hipotecas, anticresis, etc). La resolución del contrato puede llevar consigo el pago de los daños y perjuicios a cargo de la parte que por su culpa originó la reso-

(52 quater) La règle morale, Nº 76, p. 137.

(52 quinquies), Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, t. IV, Nº 205, p. 212.

(52 sexes) Tratado Práctico de Derecho Civil francés, t. VI, Nº 420, tex. y n. 2 de la p. 593.

lución y si la otra parte prueba los daños y perjuicios y su cuantía.

Si la venta hubiere sido de cosas muebles, el pacto comisorio o condición resolutoria, no opera contra los terceros adquirentes a título oneroso (compradores, acreedores pignoratícios).

Esto es lo que se sostiene en la doctrina foránea. Veamos la cuestión conforme a nuestro vigente cód. civ.:

El art. 1109 previene:

“La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho”.

Quizá si, como habrá de verse después, la ubicación de esta regla es errónea donde está, o sea dentro de las modalidades de los actos jurídicos.

El art. 1010 declara: “La condición no funciona retroactivamente, salvo que se hubiese establecido lo contrario”.

De allí que pactada la condición resolutoria expresa para la hipótesis de que el comprador no pague el precio de la venta dentro de cierto término y vendido el inmueble comprado en esta forma a un tercero, la resolución del contrato no produciría efecto contra este subadquiriente de buena fe y a título oneroso. Y la verdad es que ésta no es una buena solución, que parecería podría defenderse en vista de la ubicación del precepto número 1109, que se refiere al pacto comisorio o condición resolutoria.

Veamos el problema con respecto a los inmuebles inscritos y aún cuando la condición resolutoria expresa no conste inscrita. Sin embargo, del asiento en que consta la transferencia de dominio del vendedor al comprador aparece netamente que el comprador ha quedado debiendo el precio en todo o en parte; y que aún cuando expresamente no se hubiere constituido, existe una hipoteca legal a favor del vendedor. Si con posterioridad, el comprador enajena el inmueble a título oneroso, el adquirente responderá con la cosa comprada del pago del precio que el comprador originario estuviere adeudando. Ello es claramente lógico, porque la inscripción registral le hace conocer al subadquiriente que la cosa inmueble que se le ofrece en venta está debiendo el precio de una operación anterior. El registrador está obligado a consignar en el asiento en que consta la inscripción de la compra-venta, si el precio se queda debiendo en qué cuantía y la forma y plazos en que se pagará (art. 46 del Reglamento de las Inscripciones). La prescripción no es la de 15 años, sino la de 20, porque la hipoteca produce acción real.

Ahora, examinemos la cuestión respecto a los inmuebles no registrados. Los abogados al estudiar los títulos de propiedad de un inmueble, nos preocupamos siempre de comprobar si el precio ha sido pagado, por lo menos durante el lapso de 15 años, que es el término que para la prescripción de la acción personal señala el inc. 2º del art. 1168. Pues bien; si se hubiere pactado en un contrato de compra-venta de inmueble que no satisfecho el precio por el comprador, el contrato quedará resuelto de pleno derecho, no obstante que el último adquiriente tuvo que conocer esa cláusula, ya que se presume que el vendedor le entregó los títulos justificativos del dominio que pretendía enajenar, parece que esa cláusula no tiene efecto contra dicho adquiriente, porque ninguna condición funciona retroactivamente; empero, ello no es verdad.

Esta no es la doctrina del cód. civ., ya que expresamente hace una excepción con las cosas muebles, disponiendo que la resolución de la venta no surte efecto contra el subadquiriente que ya tiene esas cosas en su poder. Dice el art. 1416:

“La rescisión de la venta de cosas muebles ya entregadas, cuyo precio no se pagó ni afianzó, no perjudica al tercero que las hubiese adquirido con buena fe del primer comprador, siempre que las tenga ya en su poder”.

Ya se ha visto que la condición resolutoria es el pacto comisorio, o “*lex commissoria*”, o cláusula comisoria. Existirá pacto comisorio expreso en la venta, si se estipula que si el vendedor no entrega la cosa o el comprador no paga el precio, la venta quedará resuelta de pleno derecho.

Su ejercicio corresponde sólo al contratante que no es culpable del incumplimiento. Y si se produce, no habrá venta y ambos contratantes se restituirán lo que hubiesen recibido.

El derecho de propiedad queda revocado con efecto retroactivo, por lo que el inmueble enajenado se restituirá al vendedor libre de cargas y gravámenes (servidumbres, hipotecas, etc.). Empero, si lo vendido son cosas muebles, el pacto comisorio expreso no opera contra terceros adquirientes a título oneroso, ni contra los acreedores prendarios.

El contrato que contiene pacto comisorio expreso deberá señalar el término para el pago del precio, si el pacto se estipuló para el no pago del precio. Si el plazo no hubiere sido señalado, habría necesidad de interpelar al comprador para constituirlo en mora. La citación con la demanda interpuesta por

el vendedor no debe ser considerada como el requerimiento necesario para constituir en mora al comprador, porque ese no ha sido su objeto (interpelar). Por tanto, el comprador no incurso en mora puede válidamente pagar el precio que adeuda y evitar la aplicación de la condición resolutoria expresa o pacto comisorio. En materia civil, en nuestro derecho, no existe mora sin interpelación, a no ser que los contratantes hubieren estipulado que la mora del comprador no exige requerimiento alguno. Puede también existir mora si el término señalado para el pago del precio deberá considerarse como esencial para el vendedor, en cuyo caso estaríamos dentro de la previsión contenida en el inc. 2º del art. 1254 del cód. civ.

Si no se hubiese señalado plazo para el pago del precio, éste deberá ser pagado el día que la cosa debe ser entregada según el art. 1411 (término legal). No es aplicable el art. 1252, que contiene la regla general sobre pago de obligaciones que no señalan plazo, estableciendo que el acreedor puede reclamar el pago inmediatamente después de contraídas. Por tanto, el vendedor que reclama la aplicación del pacto comisorio por no haberse pagado el precio, sin que dicho pacto estableciera el término en que debía hacerse el pago, deberá acreditar que la cosa ha sido entregada o, en otro caso, que el comprador se encuentra en mora de recibirla. Es desde entonces que nace para el comprador la obligación de pagar el precio.

Y aún en el supuesto de haber entregado el vendedor la cosa, el comprador puede retener válidamente el precio si con dicha retención trata de obligar al vendedor a que le otorgue la escritura pública de la venta, siempre que la cosa vendida sea inmueble y no mueble, porque sólo para dichas cosas lo exige el art. 1427.

Puede darse la hipótesis de que el pacto comisorio expreso disponga que el contrato de compra-venta quedará resuelto si no se paga el precio en fecha determinada y sin que previamente sea necesario constituir en mora al comprador, ni tampoco entregarle la cosa vendida, porque conforme al mismo contrato, dicha entrega ha quedado diferida para un término que vence con posterioridad a la fecha señalada para el abono del precio.

No obstante el pacto comisorio que resuelve *ipso iure* el contrato de venta por el no pago del precio, el vendedor puede exigir la ejecución del contrato para que el comprador le pague el precio, si así viere convenirle. Este derecho del vende-

dor se admite uniformemente, porque de lo contrario la resolución del contrato quedaría librada a la sola voluntad del comprador, a quien le bastaría dejar de pagar el precio para deshacer el contrato.

Correlativamente, el pacto comisorio expreso puede regular la hipótesis de que el vendedor no entregue la cosa vendida dentro de cierto plazo, o, simplemente, para el caso de que no entregue la cosa. Existe un término legal para que el vendedor entregue la cosa. Lo señala el art. 1400, al disponer que la cosa se entregará inmediatamente después de la venta, si no existiera día señalado para ello. En ambos supuestos, hay que constituir en mora al vendedor, a no ser que en el pacto se hubiere previsto que la mora no requiere de interpelación para producirse.

Si la condición resolutoria tácita que resilia (rescinde) la venta, se opera por la falta de entrega de la cosa, estatuye el art. 1405 del cód. civ. que el vendedor no sólo deberá de devolver al comprador el precio que éste ha pagado, sino también los intereses corridos hasta la devolución. Esos intereses son los legales y éstos ascienden al cinco por ciento al año, según el art. 1325.

Además, la resolución procede si hubiere culpa del vendedor de un inmueble determinado; y en todo caso de venta de mueble(sea o no culpable el vendedor de la falta de entrega). En cambio, si el vendedor no entrega el inmueble y no es culpable, no cabe rescindir el contrato de venta. Sólo habría que aplicar la teoría del riesgo; y, en este caso, la cosa inmueble no entregada porque se ha destruido por caso fortuito, se perdería para su dueño y éste es el comprador.

Si la cosa que debe entregarse es mueble y se pierde ya perfecto el contrato de venta, pero antes de su entrega, esa cosa mueble es todavía del vendedor; y el riesgo de la pérdida lo sufrirá dicho vendedor. Procede entonces la resolución. Si la pérdida es sin culpa del vendedor, el art. 1175 cód. civ. declara que queda disuelta la obligación. Y el art. 1176 dice que si se pierde, por culpa del vendedor, que es el deudor de la obligación de entregar, le responde al comprador por su precio y por los daños y perjuicios. Es mejor decir que queda disuelto el contrato.

Por consiguiente, si la cosa mueble vendida y no entregada, se pierde sin culpa del vendedor, se opera la resolución del contrato. Es su disolución.

Y si el mueble (determinado, evidentemente) se pierde por culpa del vendedor, elegirá el comprador que se le devuelva el precio más los daños y perjuicios, o la resolución de la venta más los daños y perjuicios.

La falta de entrega de la cosa vendida, no siempre resuelve la venta. V. g., venta de inmueble determinado no entregado porque se perdió por el *casus*, no produce resiliación alguna.

La pérdida sin culpa del vendedor la sufre el dueño del inmueble, que es el comprador, según el art. 1172 del cód. civ.

Respecto al pacto o condición resolutoria expresa es interesante la sent. de 2 de noviembre de 1910 (22 septies), por la que se rescinde un contrato de compra-venta a plazos, de un terreno. En dicho contrato, al que erróneamente las partes habían denominado "promesa de venta", se había establecido un pacto de esta naturaleza y el pago del precio en el término de 50 meses. En virtud de ese pacto comisorio, el vendedor se había hecho justicia por su propia mano y había recobrado la posesión del terreno enajenado. Sin embargo, había promovido juicio contra el comprador para que le devolviera el documento de venta y éste reconvino para que se rescindiera el contrato y el vendedor le devolviera el precio recibido. En su contestación, el comprador adujo que siendo el contrato de venta, debería habersele constituido previamente en mora.

El pacto comisorio convenido disponía que en caso de transcurrir 4 meses consecutivos sin que se abonara el precio en las cuotas señaladas para abonarse cada mes por el comprador, quedaría el contrato rescindido, perdiendo el comprador todo lo que hubiese pagado, así como las obras levantadas en el terreno; otra de las cláusulas de la venta declaraba que en el caso de incumplimiento previsto en el pacto comisorio, el vendedor ocuparía nuevamente el terreno, sin necesidad de trámite judicial.

El Tribunal Supremo considerando que el art. 1405 del cód. del 52 permitía estipular en la venta de inmuebles, que no realizado el pago en el término pactado, quedaría ésta *ipso iure* rescindida; que con el fin de evitar que la sola voluntad del comprador, que dejara de pagar en el plazo convenido, determinara la rescisión, prevenía ese mismo dispositivo que a pesar de tal estipulación, podía el comprador pagar después del pla-

(52 septies) En "A. J.", 1910, p. 450 ss.

zo, mientras no se le hubiere constituido en mora, o sea mientras el vendedor no manifestara que optaba por la rescisión y no por la ejecución del contrato; que esta disposición autorizaba, además, al comprador, a conjurar la rescisión después de vencido el plazo, en tanto no hubiere sido constituido en mora, consignando la deuda al tiempo de serlo; que la ley no exigía que el requerimiento fuera de pagar la suma debida, por lo que debía reputarse que el comprador había quedado constituido en mora con la citación de la demanda, conforme al inc. 5º del art. 600 del en ese entonces vigente cód. de Enjuiciamientos Civil (22 octies), y porque esa citación con la demanda comprobaba la voluntad del deudor; que el comprador demandado no había cumplido con efectuar el pago después de la citación con la demanda y que, por el contrario, había reconvenido para que se declarara la rescisión; que por virtud de dicha rescisión procedería la devolución de la parte de precio recibida, si no se hubiese convenido, que en tal caso, el comprador pierda esa parte, a título de daños y perjuicios; que esta condición no era contraria a la ley y ha podido, por tanto, estipularse válidamente, conforme a los arts. 1256 y 1278 del cód. civ. abrogado. Por estas razones declararon fundada la demanda del vendedor e infundada la reconvencción en cuanto en ésta pedía el comprador que el vendedor le devolviera la parte de precio pagado.

Conviene conocer el texto de los preceptos del cód. civ. anterior citados por los jueces:

Art. 1256.—“Los contratos producen derechos y obligaciones recíprocas entre los contratantes, y tienen fuerza de ley respecto de ellos”.

Art. 1278.—“Se pueden poner en los contratos cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes, ni a la moral”.

Este fallo es cuestionable, en cuanto el vendedor recobró la posesión, sin fórmula de juicio, de la cosa vendida, y no devolvió la suma que el comprador le pagara, ni tampoco indemnizó al comprador por las obras que hizo en el terreno adquirido.

(22 octies) Declaraba el art. 600 inc. 5º del cód. de enjuiciamientos lo que sigue:

“Son efectos de la citación:

inc. 5º “Constituir al demandado poseedor de mala fe, e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda”.

CAPITULO X

PACTOS SOBRE EL DERECHO DE SUCEDER

41.—*Generalidades.*— Fiel a la tradición, el cód. civ. prohíbe los pactos sucesorios en los bienes de las personas que viven. La misma regla la contenía el cód. abrogado en su art. 1252. Así, el art. 1338 cód. civ. dispone:

“Se prohíbe todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignora”.

Existe, además, en el título de la compra-venta, un dispositivo cuyo sentido es análogo al que se ha reproducido. Es el art. 1396 cód. civ.:

“No puede venderse la herencia de una persona que vive, aunque ésta preste su consentimiento”.

En general, los pactos sucesorios determinan una serie de sentimientos inmorales; los contratantes están preocupados por el fallecimiento de una persona. Asimismo, dichos pactos son contrarios al principio de la libertad de las disposiciones de última voluntad.

Desde el derecho romano se ha considerado que estos pactos son inmorales y peligrosos, que aquel que espera beneficiarse con el pacto puede hasta matar a la persona cuyo fallecimiento da origen al proceso hereditario. Sin embargo, existen otros contratos que están sujetos a la vida de una persona; así, los de renta vitalicia (arts. 1749, 1751 y 1759 cód. civ.); los de donación que producirán sus efectos a la muerte del donante (art. 1467 cód. civ.).

En síntesis, en los pactos de sucesión futura habrá objeto ilícito por lo que su nulidad es absoluta (art. 1123 inc. 2º cód. civ.).

En los contratos sobre herencia futura se especula con la muerte de una persona. Asimismo, con estos contratos se puede violar las disposiciones del cód. civ. sobre intangibilidad de la legítima de los herederos forzosos, por lo que debe estimarse que la prohibición comprenda a aquellos contratos concluidos por el dueño de la herencia.

La prohibición de los pactos sucesorios se remonta a una Constitución de Justiniano, del año 531. Sólo que en esa época

el pacto sucesorio era válido si lo aprobaba el presunto causante. Estos pactos pueden ser adquisitivos o renunciativos.

En derecho germano, el BGB contiene el § 310:

“Es nulo el contrato por el que se obliga cualquiera a transmitir o gravar con usufructo su patrimonio futuro o una parte de este patrimonio”.

J. W. HEDEMANN (22 nonies) expresa con relación a la nulidad de los contratos sobre patrimonio futuro, que las partes pueden concertar un contrato obligatorio en derecho, pero que será nulo por su contenido, puesto que ninguna de las partes puede ejercitar acciones ni derivar derecho de ese contrato que es ilícito. Agrega que la razón del precepto es la protección del prometiende contra si mismo, ya que con tal contrato no se da cuenta de los alcances que tiene.

También es útil conocer el § 312 del BGB:

“El contrato sobre la sucesión de un tercero que aún viva será nulo. También lo es el contrato sobre la reserva o sobre un legado en la sucesión de un tercero vivo”.

“Estas disposiciones no se aplicarán al contrato concluido entre futuros herederos legítimos sobre la parte hereditaria legítima o sobre la reserva de uno de ellos. Este contrato ha de hacerse por escrito ante el juez o ante notario”.

PLANIOL - RIPERT y Esmein (52 decies) expresan que la razón más poderosa que justifica la prohibición de estos pactos es que el heredero presunto que los acepta compromete frecuentemente sus derechos o acepta cargas con ligereza; que la razón de que tales pactos son contrarios a la honestidad pública porque crean un interés por la muerte de una persona no es cierta, ya que de serlo nos conducirían a rechazar la venta por renta vitalicia, el seguro de vida en favor de determinada persona, la cláusula que señala el vencimiento de una deuda el día de la muerte del deudor o de un tercero.

Para MANRESA (53) la herencia futura no puede ser materia de contrato sino en aquellos casos en los que lo autoriza el cód. civ. español, en el párrafo 2º de su art. 1271, o sea cuando se trata de practicar la partición de un caudal perteneciente a un causante que todavía vive.

(22 nonies) Tratado de D. Civil. D. de Obligaciones, vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, § 5, p. 58 y s.

(52 decies) VI, Nº 246, p. 342.

(53) VIII, p. 634.

BEVILAQUA (54), comentando el art. 1089 del cód. del Brasil, que previene que "no puede ser objeto de contrato la herencia de persona viva", además de considerar que esos pactos determinan toda suerte de sentimientos inmorales, porque toman por base de sus combinaciones la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, lo cual se ha visto que no es fundamento muy sólido, enuncia si una razón muy fuerte y es la de que con lo mismos se contraría el principio de la libertad esencial de las disposiciones de última voluntad, que pueden ser revocadas hasta el momento de la muerte del disponente. Hace notar que la pureza del sistema del cód. civ. se destruye al permitir que los cónyuges en los contratos antenupciales regulen su sucesión recíproca, lo cual es desconocido en nuestro derecho, ya que no hay contratos o capitulaciones matrimoniales; y también porque los padres pueden, por acto entre vivos, partir los bienes entre sus hijos, lo que también puede hacerse con arreglo al art. 788 de nuestro cód. civ., sea por testamento o por escritura pública, y no es contrario al precepto 1338, que no prohíbe contratar sobre la herencia de una persona viva, sino los contratos de sucesión de quien no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se desconoce; y además, esta petición es una declaración unilateral del dueño de los bienes.

CAPITULO XI

LA CONTRATACION ENTRE CONYUGES

42.—*Prohibición.*— Preceptúa el art. 1339 cód. civ.:

"Se prohíbe contratar entre cónyuges, si no es para el otorgamiento de poderes".

Esta es una prohibición amplia. En el derecho romano eran permitidos entre marido y mujer todos los contratos que no encubriesen una donación. La teoría se condensaba en el aforismo de Alejandro *omnis contractus, non cadens in donationem, potest fieri inter virum et uxorem*.

En otros cód. se prohíbe los contratos de compra-venta y de donación entre los cónyuges. Nuestro cód. es más absoluto: prohíbe todo contrato, en general. Una ley posterior, la N° 9013,

(54) IV, p. 249 s. (7ª ed., 1948).

de 23 de noviembre de 1939, declaró que entre los mismos sólo podía celebrarse el contrato de mandato. La frase final del precepto fué agregada por ley posterior, como se deja establecido.

La fórmula se justifica porque si sólo se prohibiera el contrato de donación y el de compra-venta, los cónyuges podían eludir las prohibiciones celebrando una transacción, una *datio in solutum*, una permuta, un préstamo garantizado con hipoteca de un inmueble, una fianza hipotecaria.

43.—*A quiénes ampara.*— La prohibición protege no sólo a los acreedores de cualesquiera de los cónyuges (a quienes el art. 183 cód. civ. autoriza a perseguir los bienes propios de cada uno de ellos; lo mismo ocurre con el art. 214 del cód. civ., que autoriza a los acreedores a perseguir los bienes propios de la mujer cuando ésta fuere la deudora; asimismo, los frutos de los bienes propios de la mujer, que son bienes comunes según el inc. 1º del art. 184 cód. civ., no responden de las obligaciones personales del marido a estar a lo declarado por el art. 197 cód. civ.; en general, los bienes de un cónyuge no responden de las deudas personales del otro, sino de las que redundaron en provecho de la familia; al respecto, el art. 183 cód. civ. contiene la regla general y el art. 175 del mismo cód. es un caso particular); protege también a los herederos forzosos. Contribuye a la intangibilidad de la legítima. Todo contrato entre cónyuges tiene la presunción absoluta (*iure et de iure*) de simulación, salvo si lo contratado es un mandato.

Esa prohibición se refiere no sólo a los contratos que celebren los cónyuges por sí mismos, sino también a los que ultimen por medio de mandatarios, ya que la ley no puede permitir que se haga indirectamente lo que está prohibido hacer directamente.

La prohibición subsiste aunque se hubiere declarado la separación de bienes, porque ella no supone el divorcio (véase arts. 240 y 241 cód. civ.).

Los que fueron cónyuges pueden contratar libremente después de haber sentencia firme que declare el divorcio absoluto, no el relativo. Los efectos de éste no atentan contra el vínculo del matrimonio (art. 271 cód. civ.).

El fin de la prohibición es, como ya se dijo, el de prevenir el fraude; pero también existen otras razones, entre ellas la más importante es que la comunidad de vida que el matrimonio su-

pone sufriría grave perturbación si se autorizara a celebrar contratos entre marido y mujer. Se produciría entre ambos una pugna de intereses incompatible con el vínculo que los une.

Tanto el cód. de Napoleón como el cód. civ. argentino, no prohíben todos los contratos entre cónyuges, sino el contrato de venta (arts. 1596 y 1358, respectivamente).

La prohibición de vender entre cónyuges es tradicional, como advierten PLANIOL-RIPERT y Hamel (55). Desde el derecho romano se prohibían las donaciones entre cónyuges y esta prohibición se ha extendido a las ventas porque marido y mujer podrían hacerse donaciones disfrazadas bajo la forma de ventas y sería difícil probar que el contrato de compra-venta escondía una donación simulada. Además, con las mismas ventas podrían sustraerse bienes a la acción de los acreedores del marido o de la sociedad conyugal.

Deja de regir la prohibición si la venta se perfeccionó antes de celebrado el matrimonio, aunque sea en fecha próxima a la unión.

El cód. civ. francés permite la venta cuando se trata de daciones en pago. Así, si producida la separación judicial de bienes el saldo deudor de la liquidación, es pagado por cualesquiera de los cónyuges con una dación en pago; o si el marido es deudor de la mujer; o si la mujer es deudora del marido. La prohibición de vender que contiene el cód. argentino es absoluta, pero SALVAT (56) considera que no existe si se trata de venta forzosa en ejecución seguida por los acreedores de uno de los cónyuges y es el otro el que adquiere; o cuando se trata de la liquidación de un condominio y el inmueble común es adquirido por uno de los cónyuges. En ambos casos hay garantías suficientes para evitar los fraudes.

Tratándose de las deudas a cargo de la sociedad, responderán los bienes comunes, con arreglo al art. 196 del cód. civ. Parecería que también responderían los bienes de la mujer, porque el art. 183 del mismo cód. establece a *contrario sensu* que responden en caso de insolvencia del marido y siempre que se pruebe que las deudas se contrajeron en provecho de la familia; pero el art. 175 previene que "la mujer no responde con sus bienes propios de las obligaciones del marido, cualesquiera que sean la forma de la obligación y la renuncia que hiciere de

(55) X, Nº 59, p. 56.

(56) V, Contratos, I, ed. 1940, Nº 449, p. 204. s.

sus derechos. Además, el art. 201 declara que una vez aprobado el inventario se pagarán los bienes propios de la mujer y después las obligaciones de la sociedad.

En cambio, los frutos de los bienes propios de la mujer si responderán a los acreedores, si se demuestra que las obligaciones las contrajo el marido en provecho de la familia. Lo establece el art. 197 cód. civ. y no obstante que son bienes comunes por aplicación del inc. 1 del art. 184 del mismo cód.

Prima facie la obligación del hombre casado debería presumirse contraída en provecho de su familia. Sin embargo, la ley exige prueba de este extremo.

En la hipótesis de la comisión de un acto ilícito cometido por cualesquiera de los cónyuges, manda el art. 198 del cód. civ. que la responsabilidad del autor no se extiende sobre los bienes propios del otro cónyuge, ni sobre su parte en los comunes, o sea que esta no es una obligación a cargo de la sociedad.

Por las disposiciones relacionadas se percibe el peligro que existiría que un bien del marido, o de la sociedad, se transforme en bien propio de la mujer. Por eso se prohíbe la venta y nosotros llegamos a la extremidad de prohibir toda forma de contratación, salvo mandatos.

De no existir esa prohibición los acreedores tendrían que utilizar la acción revocatoria o pauliana, la cual resultaría las más de las veces ilusoria si el contrato entre marido y mujer fue a título oneroso, ya que los obligaría a probar la mala fe (arts. 1098 y 1099 del cód. civ.).

La contratación no es sólo anulable, sino nula, porque la prohibición se funda en razones de orden público; no es susceptible de convalidarse por la confirmación. De otro lado, el contrato, que es un acto jurídico, tendría objeto ilícito, por lo que se trataría de una nulidad *ipso iure* (art. 1123 inc. 2º cód. civ.).

Veamos algunas de las resoluciones dictadas aplicando la prohibición:

La sent. de 4 de junio de 1934 (56 bis) expresa que carece de valor jurídico la escritura pública de declaración de propiedad hecha por el marido a favor de su mujer. Ambos cónyuges habían en este caso, procedido burdamente. En la ejecución se había trabado embargo en un predio de propiedad del deudor, según el Registro de la Propiedad Inmueble. Con posterior-

(56 bis) "R. de los T.", 1934, p. 157.

ridad al embargo, el ejecutado había declarado por escritura pública, que el predio era de su mujer, porque lo había adquirido con dinero de ella.

En la sent. de 23 de noviembre de 1955 (56 ter) se resuelve que la transacción en la que el cónyuge reconoce que un bien de la sociedad conyugal es propio de ella, es nula, porque se prohíbe contratar entre cónyuges.

Los bienes adquiridos por el marido, o por la mujer, estando casados, son bienes comunes. Así lo dice el inc. 2º del art. 184 del cód. civ., el que agrega "...aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges". La escritura pública en que consta la compra de un inmueble por la mujer y en la que concurre su marido para el efecto de declarar que su esposa compra con dinero de ella, no priva al inmueble así adquirido de ser bien común, o sea bien que forma parte del patrimonio de la sociedad conyugal. Pues bien, ese inmueble le responde a los acreedores de la sociedad, de conformidad con lo que dispone el art. 196 del cód. civ.

En el Registro de la Propiedad Inmueble los predios adquiridos por la mujer en instrumento público, con intervención del marido para el efecto de declarar que el predio es propio de su esposa, porque ésta lo compra con dinero que le pertenece, se inscribirán con la calidad de comunes. El art. 61 del Reglamento de las Inscripciones, a la letra dice:

"La inscripción de los inmuebles y derechos inscribibles adquiridos durante el matrimonio, se extenderá siempre con la calidad de comunes, debiendo hacerse constar en el asiento los nombres y apellidos de los cónyuges, salvo que se presente el título que justifique la calidad de propios en los casos de los incisos 1º y 2º del art. 177 del cód. civ., o resolución judicial que les asigne esa calidad en los demás casos del citado artículo, o la de reservados en el caso del art. 206 del mismo cód".

Para inscribir como predio propio de la mujer el inmueble, a estar a lo declarado por los incisos 1º y 2º del art. 177, deberá presentarse el testimonio de la escritura pública de compra del predio cuya fecha de otorgamiento es anterior a la fecha en que aparece celebrado el matrimonio de la mujer según la partida correspondiente del Registro del Estado Civil, que también se acompañará al Registrador. Como la partida es instrumento público acredita la autenticidad de la fecha *prima facie*.

Tratándose de lo declarado por el inc. 2º del art. 177, la mujer conseguiría que se le inscriba el predio como propio, si acompaña el testimonio de la escritura pública de donación que de dicho predio le hace un tercero, o el testamento en que se le lega tal predio. En otro caso, la declaración de herederos y la partición por escritura pública o por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, de la que aparece que se le ha adjudicado en propiedad el predio de referencia. Estos sería, *ad exemplum*, los títulos que reclama el art. 61 del Reglamento de las Inscripciones, para inscribir como propio el inmueble que ha resultado ser del dominio de la mujer casada.

La resolución judicial que también exige el art. 61 para inscribir como propio un bien inmueble adquirido por la mujer casada, es la sentencia firme dictada en juicio ordinario seguido por la mujer con el Ministerio Fiscal, con intervención de su marido. En ese proceso la mujer probará que el dinero con que ha pagado el precio de compra es de su exclusivo dominio, sea porque ha recibido por herencia la cantidad representativa del precio; sea porque esa cantidad la ha obtenido con el producto de su trabajo; sea, en fin, porque la cantidad invertida en pagar el precio la obtuvo por la venta de uno o varios de sus bienes propios. Es claro que esto no bastaría afirmarlo, sino probarlo en forma indubitable. Es posible que la mujer pueda haber conseguido el dinero necesario por otros medios.

En el último supuesto que hemos relacionado, que es el de venta de uno de sus bienes propios que hace la mujer, la prueba es fácil si se trata de predio de la mujer casada vendido por escritura pública, en la que ésta aparece recibiendo el precio. Sería entonces aplicable el art. 186 del cód. civ., que declara: "Los bienes sustituidos o subrogados a otros, se reputan de la misma condición legal de los que sustituyeron o subrogaron".

Debe tenerse en cuenta lo resuelto en la sent. de 28 de abril de 1942 (56 quater), por la que no es suficiente acreditar la existencia de dinero en manos de la mujer casada, con que ésta paga el precio de compra del inmueble, para establecer que un bien adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal tiene la calidad de bien propio. La existencia de dinero en posesión de la cónyuge habíase tratado de acreditar con una escritura pública de adelanto de legítima.

(56 quater) "A. J." 1942, p. 94.

CAPITULO XII

PROMESA DE HECHO QUE EJECUTARA UN TERCERO

44.— *Su concepto.*— Lo da con toda nitidez el art. 1337 cód. civ.:

“Se puede prometer el hecho de un tercero, con cargo de indemnización si éste no cumple”.

Ya las Institutas (3, 19, § 3) decían *Si quis a lium datorum facturum ve quid spoponderit, non obligabitur . . . Quod si efecturum se ut Titius daret, spoponderit, obligatur.*

45.— *Su contenido.*— No debe confundirse esta promesa con las estipulaciones en favor de tercero reguladas en los arts. 1345 y ss. cód. civ. y de las que es un ejemplo típico el contrato de seguro. En la estipulación para tercero éste es el beneficiario; es acreedor de la obligación; en la hipótesis del art. 1337 cód. civ. el tercero viene a ser el deudor de la obligación.

Nadie puede obligar a otro a cumplir aquello que no ha prometido personalmente, a no ser que se encuentre autorizado suficientemente con un contrato de mandato.

(Continuará)