

346.02  
C 146c  
1971  
F J YCS  
Ej: 6

078838

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LA CONDICION RESOLUTORIA EN LAS OBLIGACIONES



Anita Calderón de Buitrago

TESIS DOCTORAL

AGOSTO DE 1971.

of. III

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector:

Doctor Rafael Menjivar

Secretario General: /

Doctor Miguel Angel Sáenz Varela

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS  
SOCIALES

Decano:

Doctor Napoleón Rodríguez Rufz

Secretario:

Doctor Mauricio Alfredo Clará Recinos



TRIBUNALES EXAMINADORES DE PRIVADOS

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. Carlos Alfredo Ramos  
Primer Vocal: Dr. Carlos Ferrufino  
Segundo Vocal: Dr. Guillermo Orellana Osorio

MATERIAS PROCESALES, Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Guillermo Manuel Ungo  
Primer Vocal: Dr. Fernando Castillo  
Segundo Vocal: Dr. Orlando Baños Pacheco

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Marcos Gabriel Villacorta  
Primer Vocal: Dr. Salvador Navarrete Azurdia  
Segundo Vocal: Dr. Carlos Rodríguez

ASESOR DE TESIS

Dr. Jose Napoleón Rodríguez Ruíz

JURADO EXAMINADOR DE TESIS

Presidente: Dr. Napoleón Rodríguez Ruíz  
Primer Vocal: Dr. Carlos Alfredo Ramos  
Segundo Vocal: Dr. Mario Salazar Valiente

Dedico este trabajo:

A mis padres,

A mi esposo,

A mi hijo.-

## INDICE GENERAL

### CAPITULO I

#### ASPECTOS GENERALES DE LA OBLIGACION

1-Concepto de obligación.....	1
2-Elementos de la obligación.....	2
3-Referencia especial de la prestación.....	4
4-Contenido económico de la prestación.....	5
5-Posibilidad de la prestación.....	6
6-Licitud de la prestación.....	7
7-Utilidad del objeto.....	11
8-Determinación de la prestación.....	12
9-Modalidades de la obligación.....	14
10-El plazo.....	16
11-El modo.....	17
12-La condición como modalidad.....	19
13-Otros requisitos de la condición.....	24
14-Clases de condición.....	25
15-Condiciones imposibles-Condiciones ilícitas.....	30
16-Condiciones suspensivas y resolutorias.....	33
17-Condiciones afirmativas y negativas.....	37
18-Condiciones expresas y tácitas.....	37
19-Condiciones alternativas,conjuntivas y disyuntivas.....	38

### CAPITULO II

#### LA CONDICION RESOLUTORIA EN LASDOCTRINA

19-Concepto de condición resolutoria.....	39
20-Requisitos de la condición resolutoria.....	40
21Clases de condición resolutoria.....	40
22-Condición resolutoria ordinaria.....	40
23-La condición resolutoria ordinaria en el Derecho Romano.....	42
24-Hipótesis especial en el contrato de compravent.,según el Derecho Romano.....	43
24-La condición resolutoria ordinaria en el Derecho francés.....	43
25-Concepto de condición resolutoria tácita.....	43
26-La condición resolutoria tácita en el Derecho Romano.....	44
27-La condición resolutoria tácita en la Edad media.....	45
28-La condición resolutoria tácita en el Derecho clásico.....	46

29-Contratos a los que se aplica.....	47
30-Diferencia entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria ordinaria.....	48
31-La condición resolutoria expresa.....	50
32-Supuestos del pacto comisorio expreso.....	52
33-Efectos jurídicos de la condición resolutoria.....	55
34-La condición resolutoria pendiente.....	56
35-El problema de los riesgos.....	57
36-Pérdida o deterioro parcial de la cosa.....	61
37-Regulación sobre los frutos de la cosa.....	61
38-Condición resolutoria cumplida.....	63
39-Problema relativo a la oposición de la resolución.....	65
40-Condición resolutoria fallida.....	66
41-Efectos jurídicos de la condición resolutoria tácita.....	67
42-La retroactividad de la condición resolutoria tácita.....	68

### CAPITULO III

#### LA CONDICION RESOLUTORIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

43-Contratos a los que se aplica.....	71
44-La mora.....	75
45-Caso del contrato no cumplido.....	77
46-Acción resolutoria y cumplimiento de contrato.....	78
47-Condición resolutoria contraria a pago.....	79
48-Enriquecimiento sin causa y acción resolutoria.....	80
49-Imposibilidad de ejercitar la acción resolutoria eficazmente	80
50-Efectos contra terceros.....	86

### CAPITULO IV

#### LA ACCION RESOLUTORIA

51-Es una acción personal.....	101
52-Es una acción patrimonial.....	101
53-Prescriptibilidad.....	104
54-Resolución y rescisión.....	108
55-Requisitos de la rescisión.....	110
56-Vicios del consentimiento.....	111
57-¿Quién puede ejercitar la acción de rescisión?.....	111
58-Tiempo en que debe ejercitarse la acción.....	112
59-Renunciabilidad de la acción.....	115
60-Efectos de la rescisión en relación a las partes contratantes	115

62-Efectos de la rescisión en relación a los terceros.....	116
63-Resolución y terminación.....	117
64-La revocación.....	120
65-Elementos del fraude pauliano.....	120
66-Características de la acción pauliana.....	122
67-Efectos producidos por la revocación.....	123
68-La acción pauliana en el Código Civil.....	124

CAPITULO V

LLEGISLACION COMPARADA

Italia.....	126
Francia y Bélgica.....	127
Alemania .....	127
Argentina.....	128
Chile .....	129
Guatemala.....	130
Costa Rica .....	131
Mexico.....	132

CAPITULO VI

JURISPRUDENCIA

## CAPITULO I

### DE LA CONDICION RESOLUTORIA EN LAS OBLIGACIONES

#### ASPECTOS GENERALES DE LA CONDICION:

La condición se nos presenta a primera vista como un elemento accesorio del derecho o de la obligación. En buena medida podrá decirse, sin cometer un equívoco, que la condición es más importante que el derecho o la obligación, desde luego que sin el cumplimiento de aquella, ni el uno ni el otro podrían tener plena existencia jurídica.

Partimos de la existencia de una sola condición ya que tal como pretendemos demostrarlo más adelante la llamada condición extintiva no es más que una modalidad de la suspensiva.

Es bueno advertir que por otra parte la condición, aisladamente del hecho en que se hace consistir, no tiene ningún valor. Es necesario que se relacione el hecho con la situación especial determinativa de una obligación, con el dar, el hacer o no hacer una cosa. En otras palabras se quiere significar que un hecho aislado, de la naturaleza más diversa que este sea, jamás puede provocar nuestra atención si no lo ubicamos en el campo jurídico, el papel de hacer nacer una relación sancionada por el derecho. Se quiere significar también que la obligación en sí misma está subordinada a la existencia de una condición, (cuando se trata de obligaciones condicionales) ya que sin la existencia de aquella, la obligación no puede tener plena existencia jurídica (1).

Así planteadas las cosas, conviene hacer memoria de lo que es la obligación, pues solo así obtendremos una real apreciación del tema que nos hemos propuesto desarrollar.

#### 1. CONCEPTO DE OBLIGACION:

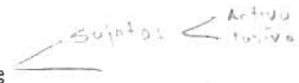
La obligación desde tiempos inmemoriales ha sido concebida como un vínculo jurídico entre dos o más personas en virtud del cual uno de ellos o varios, se encuentran ligados a favor de otro u otros, para dar, hacer o no hacer una cosa (2).

Significa lo anterior que cada vez que alguien se relaciona en el mun



do del derecho con otra persona, para obtener algún beneficio de tipo patrimonial recayendo esta relación en un dar un hacer o en un no hacer, nos encontramos en presencia de una obligación.

2. ELEMENTOS DE LA OBLIGACION:



De la definición anteriormente citada se colige que necesariamente habrá de participar en ella un sujeto activo y un sujeto pasivo. El primero a cuyo favor está establecida la obligación, es el acreedor, el que puede accionar para obtener el cumplimiento de la obligación. El otro, es la persona que se obliga en beneficio de la primera; es el denominado deudor, quien puede ser compelido por los medios previamente establecidos por la ley, para la satisfacción de la obligación.

Estos sujetos recordemos, pueden ser dos o varios. El número no es lo determinante dentro de una obligación. Lo determinante es que existan perfectamente delimitados tanto el acreedor como el deudor.

② El vínculo jurídico, es el lazo que constriñe, que ata en cierta medida al deudor. Se dice vínculo jurídico para diferenciarlo de otro tipo de vínculo que antiguamente se entendía existir entre el sujeto activo y pasivo de la relación jurídica. Baste recordar que antiguamente la obligación era concebida en su aspecto puramente material. La vida, la libertad, en fin los atributos esenciales de la persona, se consideraban a la orden del acreedor, todo con el objeto de asegurar el cumplimiento de la obligación. Tan era así esta situación, que en los diversos pueblos de la antigüedad era muy corriente relegar a la esclavitud o, lo que es más grave, castigar con pena de muerte al deudor moroso. Ejemplos abundantísimos nos da la historia. Basta recordar lo que acontecía en Atenas. "Toda acción de justicia supone la violación delictiva de un derecho; el deudor que rehúsa pagar sufre castigo y si no presta las seguridades prometidas, es castigado con la pena de muerte". (3)

Esta situación naturalmente ha evolucionado. Actualmente el concepto materialista de la obligación ha sido sustituido por el concepto patrimonialista. No es el cuerpo de deudor el que responde de una obligación contractual, sino que son sus bienes. ③ El vínculo jurídico supone una relación de derecho, entendiéndose esto último como un conjunto de reglas establecidas por

al legislador para sancionar las obligaciones. En este sentido el derecho, es la principal y fundamental fuente de las obligaciones.

Quien dice obligación, dice ligamen; quien dice ligamen dice vínculo. Y verdaderamente la necesidad es que se encuentra el deudor de someterse a la sentencia condenatoria, a la ejecución sobre sus bienes, es un vínculo potente. El más potente, según el decir de muchos autores, de que es dable disponer al poder social en beneficio del acreedor, puesto que, siendo invulnerable la libertad de la voluntad, es imposible someter la del deudor a un perfecto constreñimiento. Por lo demás queda al deudor la facultad de no cumplir la obligación, pero no la de eludir el fallo condenatorio, y que le es forzoso, a pesar suyo, prestarse al resarcimiento de daños y perjuicios. (4)

"La utilidad de este elemento de la obligación es de suma importancia. Recuérdese que la obligación no es tanto un deber de parte del deudor cuando un derecho respecto al acreedor. Ejemplo de ello lo vemos a través de todo el estudio del Código Civil nuestro, en el que salvo raras excepciones, el legislador se ha colocado en beneficio exclusivo del acreedor, es decir, del sujeto activo de la relación jurídica. Y como derecho de acreedor, es que la obligación ocupa un lugar preferente en el derecho privado, regulándose su estudio en atención a los llamados derechos patrimoniales. Derecho patrimonial significa facultad jurídica de exigir lo que nos es debido, es decir, facultad protegida por el poder social con todos los medios posibles e idóneos para garantizar su cumplimiento, a fin de que el acreedor pueda considerarse seguro de tener en su patrimonio, o a aquellos mismos bienes que son sujeto material del derecho, o al menos, su equivalente. Y falta esta facultad siempre que no asiste al acreedor la acción, porque ésta es el único medio por el cual el acreedor puede obtener fallo condenatorio y proceder a la ejecución o entablar directamente ésta cuando las leyes procesales, atendida la naturaleza del título lo permitan". (5).

El párrafo anterior nos pone de manifiesto la importancia del vínculo jurídico como elemento de la obligación. Sin extendernos sobre el tema es conveniente recalcar que en general el derecho de obligaciones es una institución eminentemente favorecedora del sujeto activo. Y que como tal, cuando entremos al estudio detallado de la condición habremos de tenerlo muy en cuenta para poder al menos encontrarle alguna solución a los problemas.

El otro elemento de la obligación es la prestación, es decir el hecho positivo o negativo que el deudor debe realizar en provecho del acreedor. - Es decir hechos que se traducen en una acción o en una omisión. En términos generales, la obligación positiva tiene por finalidad mediata dar una cosa o ejecutar un hecho, hacer. La negativa, por el contrario consiste en abstenerse de un hecho, en un no hacer.

A este respecto conviene recordar las frases de don Luis Claro Solar, quien al efecto dice: "En nuestro derecho, prestar, prestación, es la palabra general que comprende todo lo que puede constituir el objeto de la obligación. En la definición latina de la obligación se dice *salvere*, pagar, expresión más enérgica con la cual se continúa la comparación del vínculo - que encadena a la persona obligada. Es la misma idea expresada por nuestro código al decir que las obligaciones se extinguen por la solución o pago en efectivo y que el pago es la prestación de lo que se debe. Esta prestación puede, por lo tanto, referirse a una cosa que debe hacerse o no hacerse, y según sea el objeto mediato de las obligaciones pueden ser ellas clasificadas en obligaciones de dar, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer". (6).

### 3. REFERENCIA ESPECIAL A LA PRESTACION.

La prestación a su vez necesita de una serie de formalidades o requisitos para que pueda ser objeto de una obligación. Esta idoneidad solo es propia de aquellas que reúnen los siguientes caracteres:

Posibles

Lícitas

Útiles para el acreedor

Que no queden enteramente al arbitrio del deudor

Determinadas y,

Evaluable en dinero.

### 4. CONTENIDO ECONOMICO DE LA PRESTACION.

Todos los autores advierten que los cinco primeros requisitos son de tal precisión que la falta de uno de ellos quitaría todo derecho al acreedor e impediría la formación del vínculo jurídico entre él y el deudor. Respecto

al último no menos importante que los demás, está sujeto a una serie de críticas por cuanto que, modernamente se tiende a la idea (imperante en el derecho alemán) de que la prestación no necesariamente ha de tener un contenido económico, sino que puede ser de índole moral. Ihering es uno de los autores que defienden este punto argumentando que conforme a la información suministrada por los teóricos del derecho romano, Gaius entre ellos, el juez romano debía hacer recaer la condenación que pronunciaba, en una suma de dinero". Reprocha el hecho de que los teóricos por su celo de integrar la historia del derecho y por sus esfuerzos por utilizar lo mejor posible los descubrimientos sobre esta materia, hayan tratado de aplicar reglas de derecho aplicables a otras épocas, es decir, conservar instituciones con fines que podrían ser más de arqueología que explicar situaciones jurídicas. Es lo que ha ocurrido relata Ihering con las cuestiones de tipo pecuniario de las prestaciones obligatorias. Arguye que no solo el patrimonio es bien que el derecho tienda a proteger como objeto del contrato. La jurisprudencia romana por el contrario había fijado la idea de que la vida humana, la noción de valor no consiste en dinero. Hay otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye valor y quiere que el derecho los proteja. De tal manera es así, que si una persona se interesa por otro, por un objeto, por una situación, es porque se siente depender de ellos desde el punto de vista de su propia existencia, de su satisfacción, en suma de su felicidad". (7)

De este modo pues, se llega a la conclusión por parte del autor citado de que la obligación puede tener un contenido moral. Así cuando una persona a quien le molesta el ruido, alquila su casa de apartamento a otra, haciéndole ver que no quiere molestias, y después resulta que el arrendador es músico. En este caso la infracción de la obligación puede ser perseguida porque es eficaz y el infractor debe ser condenado a la indemnización de perjuicios que deberá fijar el juez.

Otros autores por el contrario estiman que los contratos son sancionados por la utilidad que le prestan a los hombres, de tal manera que cuando una convención es inútil, deja de existir la razón para que el legislador intervenga y la autoridad pública preste su concurso a fin de procurar su ejecución forzada. Es imposible esta ejecución, pues si bien es cierto que el legislador permite obrar en defensa de un interés puramente moral, en materia de obligaciones el interés debe ser apreciable; un interés moral no es

bastante para obrar; no habría medio de condenar al deudor de daños o perjuicios, de lo que se seguiría que la obligación quedaría sin sanción y por consiguiente sin vínculo de derecho. (8).

Pero la tendencia de la doctrina, de la jurisprudencia en general es la de aceptar las dos corrientes: la del interés pecuniario y la del interés moral. Suele decirse que cualquiera que sea el interés que determine a una persona para contratar, debe ser protegido por el derecho.

Nuestro código al igual que el chileno no ha definido la obligación. En los actos y declaraciones de voluntad solo habla de que aquella debe recaer sobre un objeto lícito y posible. No establece el requisito de que el objeto, la prestación, deba ser apreciable en dinero o no. Sin embargo, cuando se regulan los actos y hechos ilícitos, el simple daño moral puede dar lugar a indemnización, con lo que nuestro código estaría acorde a esta corriente innovadora del derecho.

##### 5. POSIBILIDAD DE LA PRESTACION.

La prestación debe ser posible. Significa esto que en el mundo de los hechos sea real, sea patente que la obligación pueda cumplirse. Significa en términos generales, que la obligación no sea imposible, que no haya algo que pueda exceder al poder del hombre. Naturalmente como la fuerza individual de los hombres varía, según sus facultades, habrá dos especies de indivisibilidades: una absoluta, es decir una imposibilidad aplicable a todos los hombres sin distinción; y una imposibilidad relativa, es decir una imposibilidad aplicable a un individuo determinado. Giorgi a este respecto nos dice: "el que no esté dotado de voz sonora ni esté iniciado en el arte de cantar, no podrá hacer de tenor ni de bajo en su ópera; y una obligación contractual de este género será para él un objeto imposible. Y sin embargo, centenares de artistas se exhiben en los teatros del mundo civilizado. Demuestra que esta prestación no tiene nada de eso. Si alguno contrae deudas superiores a sus recursos patrimoniales, se encontrará reducido a no poder pagarlas; pero ¿quién contaría por esto el pago de las deudas entre las prestaciones imposibles? Y continúa diciendo al respecto: "La imposibilidad absoluta, no ya la relativa a una situación especial en que el deudor, es lo que daña a la validez de la prestación contractual. La imposibilidad relativa o mas bien impotencia, no impide la perfección de un contrato" (9).

Veamos más en detalle, ¿cuáles son las prestaciones imposibles? De acuerdo con el código civil, son cosas imposibles aquellas que están fuera del comercio. Esta fórmula general tanto abarca a las prestaciones imposibles por su naturaleza, cuanto las imposibles jurídicamente.

1- Se señalan entre la primera categoría las prestaciones que tienen por objeto la entrega de individuos, especies o géneros no subsistentes, por que se ha extinguido, o porque como muy bien se califican "son hijos de la fantasía". Es corriente encontrar en algunos textos antiguos, las disputas que al respecto sostuvieron los naturalistas, los cuales cuestionaban sobre la existencia del centauro. Entre los modernos se cita la disputa sobre la existencia del licornio o unicornio.

2- Las prestaciones dirigidas a la entrega de cosas que por su naturaleza física no son susceptibles de ocupación, como el aire, la luz, el mar, el espacio.

3- Las prestaciones de un hecho personal, positivo o negativo que ningún ser humano sea capaz de poner en práctica. Un ejemplo clásico es el de tocar el cielo con un dedo, no cerrar los ojos en tres días, sostener con el cuerpo un edificio que se cae etc. Hay que tener en cuenta sin embargo que los límites del progreso humano en las ciencias y en las artes no están señalados en ninguna parte, de ahí la recomendación que se hace de proceder con cautela, a fin de no tachar como imposibles prestaciones que puedan convertirse en posibles en un futuro próximo.

Veamos ahora las prestaciones denominadas imposibles jurídicamente. En general pueden ubicarse en este rubro todas las obligaciones que son incompatibles con las propias disposiciones de la ley, hasta el grado de no poder concebirse su existencia jurídica. Los autores agrupan estas obligaciones así:

1- Las prestaciones dirigidas a hacer nacer o a adquirir derechos de familia o derechos civiles o políticos, sin las condiciones necesarias que la ley requiere. Para el caso la capacidad de contratar. Nuestro código señala expresamente en el art. 1318 C. C. que son absolutamente incapaces los impúberes, esto es las personas que no han cumplido catorce o doce años,

según sea el sexo masculino o femenino. Art. 26 C. Si a un menor de catorce años se le hiciera intervenir en una obligación, ésta sería imposible jurídicamente, ya que no es dable de acuerdo con el precepto citado hacer surgir una obligación.

2- Las prestaciones que pretenden crear una entidad jurídica que no sea tolerada por la ley. Por ejemplo el fideicomiso.

3- Las prestaciones que se encaminan a transmitir o hacer adquirir derechos reales sobre las cosas que, aun siendo susceptibles naturalmente de ocupación, están puestas fuera del comercio. Por ejemplo los bienes públicos del Estado o de los municipios. Hay que tener en cuenta que las cosas que están fuera del comercio, a veces pueden perder su condición jurídica. Una plaza por ejemplo, perdiendo la finalidad para la cual fue creada, pierde su calidad de bien público, de tal manera que pueden perfectamente ser adquiridas por un particular.

Veamos ahora el siguiente requisito de la prestación.

## 6. LICITUD DE LA PRESTACION.

El objeto debe ser lícito. Significa en palabras claras que el objeto de la obligación debe estar apegado a la ley, enmarcado dentro del ámbito de lo permitido, de lo que no viola la ley, del orden público o las buenas costumbres. A contrario sensu, diríamos que el objeto de la obligación es ilícito cuando conlleva una violación de la ley jurídica o moral. Se habla de una violación para aclarar que se trata de una contradicción entre la prestación contractual y la ley. No hay que confundirse con lo que al hablar de lo posible calificamos como de imposibilidad jurídica.

En efecto, se dice que lo ilícito y lo imposible jurídicamente tiene similitudes. A este respecto las palabras del maestro italiano G. Giorgi nos aclaran la situación: "lo ilícito como lo imposible jurídico son dos formas de contradicción a la ley; dos formas de contradicción entre las cuales media una diferencia nacida de la índole diversa de las leyes. En efecto, digan lo que quieran algunos filósofos, consideradas las leyes en relación con el hombre, no solo son preceptivas y prohibitivas, sino también declarativas. Las primeras se dirigen a la voluntad del hombre, y son para él otros

tantos mandatos autorizados; las declarativas no se dirigen directamente a la voluntad del hombre, sino más bien a su inteligencia, para indicarle las condiciones necesarias a una figura jurídica para su validez, las definiciones y condiciones necesarias de una institución.

En otro apartado dice: "Las leyes morales nunca son declarativas sino preceptivas o prohibitivas, las leyes jurídicas a veces pueden ser declarativas a veces preceptivas o prohibitivas. De donde resulta que la contradicción a las mismas, unas veces puede asumir la figura de lo imposible, y otras la de lo ilícito. De lo imposible, si la ley siendo declarativa, la prestación que los contratantes se proponen tiene por objeto un quid iuris contrario a las declaraciones de la misma ley. De lo ilícito si la ley, siendo preceptiva o prohibitiva la prestación consiste en que qui factis contrario a su imperativo o a su prohibición. Quien se proponga adquirir la propiedad de un lugar público, constituir una hipoteca oculta, se propone otras tantas prestaciones imposibles jurídicamente porque siendo así que consisten en un quid iuris, disposiciones clarísimas de la ley declaran que el lugar público es imprescriptible e inalienable y que todas las hipotecas deben ser públicas, etc. Por el contrario el que se propone no inscribir a sus hijos en el Registro Civil, o matar a alguno, se propone dos prestaciones ilícitas, pero no imposibles, porque se propone simplemente un quid facti, y las leyes que mandan aquel hecho, o que prohíben el otro, se dirigen a su voluntad libre, y por consiguiente, puede violarlas, aunque reprobablemente". (10).

Dijimos anteriormente que lo ilícito conllevaba la idea de ser contrario a la ley. Se dice que no toda disposición de la ley tiene eficacia tan perfecta que haga ilícito cuanto no esté en armonía con la plena observancia de su precepto. De ahí que los autores digan que son ilícitos únicamente las contrarias a una ley prohibitiva, ya que extenderla a leyes meramente declarativas, es muy amplio. Sin embargo, creemos que lo conveniente es establecer cuáles son las reglas generales en donde se aprecia una violación a la ley. Así encontramos las prestaciones que constituyen delitos o contravenciones. Los pactos sobre sucesiones futuras etc.

Asimismo es ilícito lo contrario al orden público y a las buenas costumbres. No es objeto de este trabajo el definir cada uno de estos conceptos. Respecto al primero su vaguedad hace casi imposible toda definición y en cuan



to al segundo, definirlo solo conllevaría el dar otro vocablo de igual significado. Nos concretaremos a enunciar algunos de los casos que se estilán como ilícitos en atención a la violación del orden público y buenas costumbres.

Es ilícito el pacto denominado de *dolus praestetur*, es decir dar por anticipado un perdón del dolo futuro. Un contrato con ánimo de fraude, de intención maliciosa de causar perjuicio a otro, es inmoral. Este pacto dentro de nuestro Código, se considera inválido. El Art. 1336 al respecto dice:

Art. 1336: El pacto de no pedir mas en razón de una cuenta aprobada no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro, no vale.

Una especie de convenio ilícito según la doctrina es el que tiene por objeto comprometer la elección del estado civil. Así el obligar a una persona a mantenerse en estado de soltería o a casarse con persona determinada. Se dice que los estados relativos a la viudez y conyugal han suscitado algunas dudas y para resolverlas es necesario acudir a la intención, al móvil del convenio. Si éste es favorecer y facilitar un matrimonio conveniente, prometiendo un premio a la parte que se mantenga fiel al convenio, éste sería válido porque favorece las buenas costumbres. Pero si el móvil ha sido el de imponer la pena a la parte que quiera hacer uso de su libertad natural en cuanto a la elección del estado, el convenio será ilícito, contrario a las buenas costumbres.

Respecto a la viudez en el capítulo relativo a las asignaciones testamentarias condicionales, en el Art. 1057 C., se dice que la condición de permanecer en estado de viudez se tendrá por no puesta, a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferirsele la asignación.

Como se ve, dentro de nuestra ley positiva se desestima la anterior condición, precisamente porque atenta contra las buenas costumbres.

Otra cuestión que merece importancia dentro de este acápite es el relativo a la venta de empleos públicos. Naturalmente esto es una cosa prohibida. Lo que se cuestiona es el hecho de si las buenas costumbres o el or-

den público permiten estipular un precio para renunciar de un cargo a fin de que otro pueda ocuparlo, prometiéndose a quien dimite una cuota de utilidad para el futuro. En Francia estos convenios se consideraron siempre ilícitos y los equipararon a la venta de empleo público. Entre nosotros si bien no hay una regulación expresa sobre el asunto citado, en general podrá decirse que choca con los principios generales que deben privar en la vida del derecho. Hay de manifiesto una inmoralidad en tales convenciones que lesiona el orden jurídico establecido y no podría aceptarse como válidas. Ya el Art. 1333 nos dice que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público salvadoreño.

Hay objeto ilícito en las deudas que se contraen mediante juegos y apuestas. En sentido jurídico se entiende por juego el entretenimiento acompañado del pacto de que el ganancioso debe lucrarse con una suma a expensas del que pierde; apuesta, son los pactos de ganar o perder en que estos acontecimientos dependen de una causa que es extraña a la obra de los contratantes, esto es, de hechos de terceros o de la suerte.

“Cuando el pasatiempo reemplaza a la especulación, cuando engañosamente se fomenta las más bajas pasiones. ¿Puede decirse que sea lícito un acto ejecutado en juegos de azar?”

No podríamos decir en ningún caso que sí, desde el momento que el juego llevado a esos extremos agota al hombre como fuente de producción y como muy bien dicen los autores italianos “le degrada o le enajena ante la magia de la suerte, sirena no fabulosa, sino verdadera, larga de promesas y sordida en obras, que todo lo quita y tan poco da, que no multiplica las riquezas y que en cambio, las roba”(11).

La ley no puede ver con buenos ojos obligaciones resultantes de tales acontecimientos, de ahí que la sanción impuesta sea declararlas ilícitas y en consecuencia, sin ningún valor.

Nuestro Código Civil, en su Art. 1137 nos dice:

Art. 1337: Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar, en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridades competentes, de láminas, pinturas, estatuas obscenas, y de impresos condenados como alusivos a la libertad de la prensa y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes.

Por supuesto no hemos agotado el asunto. Cuando tratemos el punto central de este trabajo volveremos a insistir sobre estos interesantes aspectos.

## 7. UTILIDAD DEL OBJETO.

Es necesario para que pueda hablarse de una obligación jurídica contractual, que la prestación que se hayan propuesto los contratantes tenga una utilidad manifiesta para el acreedor.

Pero; cómo puede distinguirse una prestación útil de una inútil? Se dice que es una cuestión de hecho, sobre la cual la ciencia no puede dictar cánones, y que el solo interés de afección puede bastar para hacer útil el objeto del contrato.

Puede suceder que la prestación considerada en sí, parezca inútil pero que sea útil si se le agrega una cláusula penal. Si yo le digo a una persona que si vende su casa dentro de tres años, me tendrá que entregar \$ 10.000.000, es claro que si el dueño de la casa viola la promesa, me deberá pagar la cantidad convenida, viéndose entonces un interés para el acreedor.

Se ha señalado insistentemente por la mayoría de legislaciones desde la romana, que cuando un tercero es el que reporta beneficio en la obligación no puede haber una utilidad para el acreedor. En efecto, cuando en una negociación los beneficios de ella recaen en un tercero ajeno al acto o contrato, se dice que la utilidad del acreedor no se manifiesta desde luego que éste en la negociación carece para exigir el cumplimiento del mismo, de las acciones derivadas del contrato. En un momento dado, sería el tercero quien tendría a su favor tales acciones.

En el derecho romano esta situación estaba reglamentada de la siguiente manera: como no existía al principio de la representación, era imposible, inconciliable e ilícito, adquirir un derecho por medio de mandatario o representante. Por otra parte consideraron que una estipulación en la cual un contratante no buscaba nada para sí, sino para un tercero, no podía atribuirse acción al acreedor, porque era él quien primero se ponía fuera de ella, al contratar por cuenta exclusiva de otro. La estipulación tampoco podía va

ler para un tercero, porque los principios del derecho civil no habian llegado a permitir que alguien pudiera considerarse parte contratante en una estipulación en que no interviniera (12).

Sin embargo, esta regla no era del todo rígida y permitía sus excepciones, tales para el caso cuando era al siervo o al hijo al tercero beneficiado, ya que en este caso se consideraba que la utilidad la representaba en definitiva el paterfamilia. Recuérdese que el paterfamilia se le consideraba una sola persona junto con sus hijos o siervos. Hay otras excepciones pero no son del caso enumerarlas, basta decir que aun en la época romana este principio tuvo alguna flexibilidad.

Lo anteriormente expuesto nos llevaría a poner en duda, dentro del derecho moderno, si se puede o no contratar a favor de un tercero.

En el derecho moderno, desde que se admitió el principio de la representación, se puede estipular válidamente por otro llenándose determinados requisitos para que tenga eficacia la estipulación. Estos requisitos consisten esencialmente en la ratificación que haga el tercero. Así dentro de nuestro código el Art. 132. regula la estipulación a favor de tercero. La acción se concede únicamente al tercero y el contrato puede revocarse mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita.

El interés, requisito primario de la obligación, no se ve a simple vista para el acreedor en una estipulación de este tipo.

Hemos expuesto que como cuestión de hecho la utilidad de la prestación no puede determinarse a priori.

En efecto, si nos atenemos a lo que es en sí el contrato o estipulación a favor de tercero, nos daremos cuenta que el único que puede reclamar el cumplimiento de la obligación es él y todo depende de su ratificación, para que tenga plena validez. Yendo mas al trasfondo del asunto, podemos imaginar que el interés del acreedor sea el solventar una deuda previamente contraída con el tercero, y, la estipulación, solo sea uno de los tantos medios que puede utilizar para solventar frente al tercero, la obligación. El interés realmente no sería patrimonial, pero sí hay interés, entendiéndolo éste

como una utilidad de cualquier orden. En el citado caso, pudiera ser la utilidad, no ser embargado por el tercero, (en la obligación previa, su acreedor). El hecho mismo de no contar con dinero en el momento de cumplir el contratante su obligación, frente al tercero.

Vemos, pues, de la anterior manera, que aun cuando planteados estos problemas aisladamente, el beneficio no resulte manifiesto, pero en su conjunto sí puede apreciarse. La mente humana es muy fértil y no concluiríamos con todas las posibles soluciones que se nos pudieran ocurrir a este respecto.

### B. DETERMINACION DE LA PRESTACION.

La determinabilidad consiste en que la prestación esté de tal modo delimitada, que el derecho del acreedor no sea ilusorio. Una obligación en la que se diga se entregará el maíz, sin decir cuanto, o de que cosecha; una obligación en la que se tenga que entregar un par de bestias, sin decir de qué clase, o cuáles de tantas que hayan en un establo causarían claramente una inseguridad, una indeterminación en el objeto que haría ilusoria la contratación. El objeto de la obligación entonces puede ser no la prestación de un cuerpo cierto y determinado sino de una especie o cantidad.

Por cuerpo cierto hay que entender todo aquello que se determina de modo que pueda distinguirse de otra cosa. El caballo blanco Lucero, la casa de la calle trece, etc., pueden ser citados como ejemplos.

Género, es una especie determinada no por sus caracteres propios que la distinguen de las otras, sino también por aquellos comunes a un cierto número de individuos. Cuando se dice un caballo, una casa, se está en presencia de un género, porque no se sabe cuál caballo o cuál casa se habrá de comprometer.

Finalmente, la cantidad, se refiere a todas las especies que no tienen entre individuos o individuo diferencias importantes, desde el punto de vista en que puedan ser consideradas.

Para que el objeto se considere perfecto es necesario que llene el requisito de determinación. Esta determinación puede ser establecida de un -

modo absoluto o de un modo relativo.

Cuando estamos frente a una prestación de cuerpo cierto y determinado el objeto del contrato está perfectamente delimitado. Es decir en forma absoluta. La determinación relativa puede ser por obra de las partes o por disposición de la misma ley.

Se dice ser relativa la determinabilidad de la prestación cuando las partes contratantes olvidando determinar directamente la prestación, se ponen de acuerdo en que por otro u otros medios extraños al contrato, se podrá determinar el objeto. La parte final del Art. 1332 del C.C. dice: "La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato, fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla."

La determinación relativa de la prestación puede hacerse según la doctrina, de tres formas:

- a) Remitiéndose al juicio de un tercero;
- b) Refiriéndose a datos ciertos extraños al contrato;
- c) Haciendo depender la determinación de acontecimientos futuros que ofrezcan elementos infalibles de determinación.

La primera forma indica que será una persona ajena al acto o contrato la que determinará el objeto del contrato. Este principio es corriente en casi todas las legislaciones. En el código de Napoleón se dice en el Art. 1454: "El precio puede dejarse al arbitrio de un tercero elegido por las partes en el acto de la venta. También puede pactarse que la elección se haga posteriormente de acuerdo entre las partes con tal que se exprese en el convenio que, de no concentrarse las partes, la elección del pretor o el conciliador del lugar del contrato, del domicilio, o de la residencia de las partes..."

Igual disposición encontramos en el capítulo relativo a la compraventa dentro de nuestro código civil. Los Arts. 1612 y 1613, reglamentan la determinabilidad del precio de la venta. La regla general es que se haga de común acuerdo, usando de los medios idóneos que en los mismos artículos se señalan. Lo excepcional es que un tercero haga la determinación. Lo que no puede estimarse es dejarlo al arbitrio de una de las partes.

La segunda forma surge de un criterio ajeno al contrato, pero en base a su contenido que pueda apreciarse con alguna facilidad. Así si alguien se obliga a prestar alimentos o por disposición de la ley se obliga a alguien a prestarlos, la determinación se puede hacer fácilmente, tomando en cuenta las condiciones económicas de las partes.

La última forma de determinación relativa tiene lugar cuando los elementos de la determinación a que se refiere el contrato, aun no son conocidos. Sin embargo con el transcurso del tiempo podrían precisarse.

Es claro que la ley solo dice que en caso de incumplimiento de una obligación de hacer una cosa, ésta se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse la cosa. Art. 1426 C.C. Pero la determinación de la cantidad en que ha de recaer los daños y perjuicios no se puede fijar a priori. Se fijará cuando se den los presupuestos que la ley señala. Por eso se dice que con el tiempo pueden precisarse.

Ahora, la determinación relativa por virtud de la ley, se da en las obligaciones alternativas, en las de especie y en las de cantidad.

La obligación alternativa tiene por objeto la deuda de varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras. Art. 1370 C. La indeterminación surge porque es el deudor el que habrá de elegir la cosa objeto de la obligación con la que la solucionará. La regla general es que el deudor tiene derecho de elección, pero deberá cumplir una vez hecha ésta, para que no se vuelva ilusorio el derecho del acreedor.

## 9. MODALIDADES DE LA OBLIGACION.

La condición, el plazo y el modo, son las modalidades que más nos interesan en este estudio. Naturalmente que modalidades las encontramos no solo en la obligación, sino a nivel de todos los actos jurídicos. Vemos cómo la condición se encuentra no solo en las obligaciones sino en el reconocimiento a la existencia de la persona antes de nacer, y en los derechos reales, así como en la sucesión hereditaria. Es corriente que los autores estimen que sería un acierto dictar una legislación uniforme para las moda-

lidades y no tratarlas en cada apartado de la ciencia del derecho. En tales términos se expresa don Raymundo Salvat: "La ventaja de una legislación general sobre la materia, evita los reenvíos como el que el derecho sucesorio dirige al derecho de obligaciones" (13).

Se agrega por algunas legislaciones otras modalidades de la obligación, entre ellas la Suiza: la solidaridad, las arras y la cláusula penal. Sin entrar a consideraciones de fondo, nos parece que la solidaridad, las arras y la cláusula penal no responden al concepto, a la idea que sobre la modalidad se tiene. En efecto, la obligación accesoria no influye en la existencia ni en los efectos de la obligación. Y aun cuando se diga que "las cláusulas accesorias de una obligación fueren imposibles, con apariencia de condición suspensiva o fueren condiciones prohibidas, su nulidad hace de ningún valor la obligación principal", lo que parecería dar a la obligación accesoria función de modalidad. Sin embargo ha sido admitido y nos parece que en efecto esa es la realidad, que el carácter de la condición es el que hace producir esos efectos, y no el que la obligación sea accesoria (14).

Entendemos por modalidad de la obligación todas aquellas circunstancias que de alguna forma afectan el vínculo jurídico de la obligación. En sentido estricto solo podemos considerar a la condición, al modo y al plazo como modificaciones de la obligación o de los actos jurídicos. Naturalmente que si aceptáramos el criterio que predomina en algunos civilistas de que por modalidades debe entenderse todas las clases de obligación, tendríamos que incluir a más de las circunstancias mencionadas, toda una gama de obligaciones. Y la verdad es que en un sentido amplio la palabra modalidad se emplea para designar toda clase de obligaciones.

Para Giorgi la condición y el plazo son modificaciones accidentales de los contratos, o sea alteraciones impuestas por la voluntad de las partes - que están encaminadas principalmente a modificar los efectos jurídicos de esta figura.

"La accidentalidad de que hablamos se reduce a la condición, al término, a la facultad de elegir entre varios objetos a los que alcanza la obligación, a la cláusula penal" (15).

Aún a riesgo de romper el orden señalado en relación a las modalidades,



veremos brevemente en qué consiste el plazo y el modo. Después nos ocuparemos de la condición que es el punto central de este estudio.

## 10. EL PLAZO.

Existe plazo cuando los efectos del acto jurídico están subordinados al transcurso del tiempo. Nuestro código dice: el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación. Puede ser expreso o tácito. Tácito es el indispensable para cumplirlo.

Los caracteres esenciales del plazo:  $\left\{ \begin{array}{l} \text{futuro} \\ \text{cierto} \end{array} \right.$

a) el plazo siempre es futuro. Esto es así, porque si señalamos un plazo de días, meses o años, es natural que deberán cumplirse en un futuro. Es pues, en relación a un acontecimiento que va a ocurrir, que aún no ha ocurrido.

b) el plazo es siempre cierto. Una obligación podrá tardar el tiempo de duración que le hayamos fijado, pero es claro que el día, la época, habrá de llegar indefectiblemente. Así, si decimos en un contrato de mutuo que habremos de devolver la suma prestada el día veinte de enero de mil novecientos setenta y dos, es evidente que ese día habrá de llegar indefectiblemente. Igual si decimos dentro de tres meses, diez años, etc.

Tanto la ley como la doctrina estima que el plazo o término es de dos clases: suspensivo, llamado primordial y resolutorio o extintivo, llamado también final.

El término primordial no afecta la existencia de la obligación sino su ejecución. Contratada una obligación, ésta nace perfecta, como si el contrato no tuviera plazo u otra modalidad. He aquí un ejemplo: Si "X" y "Y" celebran un contrato de mutuo, "X" le entrega a "Y" \$100.00 en calidad de préstamo, para que se devuelva éste en el plazo de un año, el contrato en sí, es perfecto. Ha habido acuerdo de voluntades, una causa real y lícita. Un objeto lícito, etc.; la entrega del dinero se ha verificado. Sin embargo, ese contrato lleva invóluto un plazo, un plazo de un año. Significa que aun cuando la deuda exista, ésta no será exigible sino después de cumplido el año señalado.

El término final fija la época en que cesará la obligación y la deuda

dejará de ser exigible. Cuando una persona arrienda a otra su casa de habitaci3n, en el contrato respectivo se dice que el contrato durará dos años. Llegado este tiempo, el contrato se da por terminado en otras palabras, las cosas vuelven al estado que tenían antes de la fecha del contrato: el arrendatario tendrá que desocupar esa casa porque precisamente se convino en el contrato que éste solo duraría dos años.

Nuestro código sin embargo le da mas primacia al término primordial. Tan es así, que toda la regulaci3n del plazo se contrae al plazo suspensivo.

El plazo suspensivo a su vez divídese en dos clases: plazo propiamente dicho o de derecho, y plazo de gracia. El primero es el que la ley fija a las partes en el contrato de que se trata. De ahí que también se le conozca a este plazo, como convencional.

El plazo de gracia es el que, fuera del contrato y sin que forme parte de él, obtiene el deudor de su acreedor. Sucede que el acreedor puede en base a circunstancias especiales, en la confianza que puede tener de la persona de un deudor, concederle un término prudencial para que le pague. El acreedor, como dueño del crédito, tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligaci3n en el tiempo convenido, pero por cuestiones personales, o de su entero albedrío puede darle algún tiempo de más a su deudor para que satisfaga la obligaci3n.

Suele clasificarse también el plazo atendiendo a la época de su realizaci3n, en plazo determinado y en plazo indeterminado.

Es determinado cuando la fecha o época en que se realizará el acontecimiento, es conocida de antemano. El dos de mayo, el 15 de setiembre del próximo año, son ejemplos de ello.

Es indeterminado cuando se sabe que el acontecimiento se producirá, pero no se sabe cuándo. La muerte de una persona.

El plazo en nuestro código está regulado en los Arts. 1365 al 1369 C. de donde se remite para las asignaciones testamentarias a días.

## 11. EL MODO.

En términos generales el modo es una obligación impuesta a aquel que adquiere un derecho. Alfredo Colmo la define así: se llama cargo o modo la cláusula por la cual se impone la obligación excepcional al adquirente de un derecho (16).

El modo se conoce también como el nombre de cargo y se emplea con bastante frecuencia, en las instituciones de herencia y donaciones.

Es corriente ver en testamentos cláusulas en las que se deja determinado bien a una persona con la obligación de que construya una iglesia o algo semejante. Es pues una obligación que se impone a la persona que acepta la herencia.

De ahí pues que esta modalidad, reúna ciertos requisitos.

a) Se impone una obligación. Esto significa que el cumplimiento o la ejecución de la misma, pueda ser exigido en forma coactiva.

b) Es una obligación excepcional: se deriva de ello que es necesario que se trate no de una obligación resultante de un acto jurídico realizado, sino de un acto de naturaleza extraña. La obligación de pagar el precio de una cosa dentro del contrato de venta, no constituye una carga; por el contrario, es el resultado normal del acto jurídico celebrado. Es de la misma naturaleza del contrato de venta, que una de las partes tiene que pagar el precio de la cosa que se le vende.

En cambio, el construir una iglesia, un monumento, etc., no es de la esencia del contrato de donación, ni del acto de instituir a alguien heredero. Es ajeno a este tipo de actos, de ahí que estos sí sean verdaderos cargos.

c) La obligación se impone al adquirente de un derecho. Significa que el modo o cargo no se concibe sin una imposición al adquirente. Encontramos a menudo esta modalidad, como imposición al heredero, al donatario, al legatario. No en el caso de que la obligación se imponga al que constituye el cargo, es decir al donante, al testador.

Del cargo puede decirse además que en principio, no afecta la existen-

cia ni el ejercicio de un derecho. Quiere decir que la persona a quien se impone el cargo, adquiere inmediatamente el derecho, pero que éste se resuelve si no se cumple con la carga o el modo. El Art. 1070 de nuestro código civil da una expresión de lo que estima efecto del cargo. "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertos cargos, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada".

Para muchos autores y aún a veces a la luz del derecho positivo, el modo funciona algunas veces como condición. Nuestro código incluye las obligaciones condicionales junto con las modales. Y al ver el contenido del articulado correspondiente (Arts. 1344 al 1364 C.) en un solo artículo, el 1364 hace alusión a las modales en donde expresamente se remite al capítulo IV del libro III que trata de las asignaciones modales. En el resto del articulado se concreta a enfocar la condición, con lo que se da a entender que el legislador ha querido darle el mismo tratamiento a las obligaciones modales.

Dentro del articulado que se refiere a las asignaciones modales encontramos disposiciones tales, que por de pronto hacen coincidir en algunos aspectos la condición resolutoria con el modo. Así del Art. 1072 se desprende que la obligación nace desde un principio, y que el adquirente se hace dueño de la cosa. Su derecho se extinguirá únicamente cuando cumpla el modo impuesto. Y esto será así únicamente cuando se haga constar dentro del mismo acto, la condición resolutoria expresa. El Art. 1077 hace otro tanto. Por virtud de la cláusula resolutoria las cosas vuelven a su estado primitivo, de tal manera que el obligado con el modo, debe restituir lo que hubiere recibido, para que engrose el haber hereditario.

El beneficiado con el modo será abonado con una suma equivalente a la del objeto que no pudo constituirse a través del modo.

Hay otras normas relativas al efecto. El Art. 1075 declara que si el testador no ha determinado suficientemente el tiempo o la forma especial en que habrá de cumplirse el modo, el juez puede determinarlo consultando en lo posible la voluntad del testador y dejando al asignatario modal un bene-

ficio que asciende por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada. Esto naturalmente tiene relación con lo que más adelante se dice en el caso de que la obligación sea de tal naturaleza que sea indiferente la persona que lo ejecute, es decir, que no hay un tiempo preciso ni persona señalada. En tal caso dice el Art. 1076: el modo podrá pasar a los herederos del asignatario.

La imposibilidad ya física o moral (en los mismos términos de las condiciones) puede presentarse dentro del modo, y el código da una regulación especial en el Art. 1074: "Si el modo es por naturaleza, imposible o inductivo a hecho ilegal o inmoral o concebido en términos ininteligibles, no - Valdrá la disposición".

Sin embargo en el siguiente inciso precisa la validez de la disposición, cuando el hecho se hace imposible posteriormente, en cuyo caso vale la disposición, Esencialmente hemos descrito las características del modo.

## 12. LA CONDICION COMO MODALIDAD.

La condición es un hecho futuro e incierto del cual se hace depender - el nacimiento o la extinción de un derecho.

La condición agregada a una obligación, da lugar a la obligación condicional llamada así porque la obligación en sí, está subordinada a un acontecimiento incierto y futuro que puede llegar o no.

Desde estos anteriores conceptos la condición es una modalidad que hace eventuales todos los derechos, subordinándolos a un acontecimiento posterior y según Claro Solar "con estas palabras, puede, según los casos, designarse o la modalidad misma, o sea la subordinación de un derecho a un acontecimiento futuro de que depende, o al acontecimiento mismo a que según se realice o no, está subordinada la relación de derecho". (17)

Nuestro código da una definición de la obligación condicional en los términos siguientes:

Art. 1344: Es obligacional condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

De la definición anterior como de los conceptos expuestos ya podemos sacar los requisitos esenciales de toda condición:

- a) Hecho futuro; ✓
- b) Hecho incierto. ✓

¿Por qué futuro y por qué incierto?

Veamos, la obligación condicional no puede referirse a un hecho que ya ha transcurrido o que está transcurriendo, es decir a situaciones pasadas o presentes, aun cuando no se tenga la certeza de que han sucedido o no. Lo futuro nos indica que el acontecimiento aun no ha sucedido, que se dará dentro de cierto tiempo que puede ser mañana o nunca. De tal manera que un hecho que está sucediendo o que ya sucedió, no puede por lógica considerarse objeto de la condición.

En el tiempo los acontecimientos pueden ser presentes, pasados o futuros. Es presente, cuando el hecho se está dando, cumpliendo en el mismo acto. El hoy es el presente, lo que se palpa, lo que se ve, ya por nuestros propios sentidos, ya por cualquier método científico. Algo de lo cual no tenemos ninguna duda porque precisamente está ocurriendo en alguna parte del universo.

Pasados son los hechos sucedidos en épocas anteriores, lo que queda atrás de nosotros mismos, el ayer en términos generales.

Futuro, lo que no ha ocurrido todavía, el acontecimiento que se espera ha de ocurrir, el hecho que precisamente nos hace dudar de muchas cosas, pues no tenemos la certeza de si ha de suceder o no.

Pues bien, la condición es uno de esos hechos que en el tiempo no se sabe si ocurrirán o no, desde luego que el hecho en que se hace consistir es futuro, subordinado a un mañana. No obstante, la legislación francesa apartándose de la mayoría de legislaciones, comprende como obligación condicional, aquella que aunque ya ha sucedido es ignorada por las partes. El Art. 1181 del Código de Napoleón dice:

"La obligación contraída bajo condición suspensiva es aquella que depende o de un acontecimiento futuro e incierto, o de un acontecimiento actualmente realizado, pero aun desconocido de las partes. En el primer ca-

so la obligación no puede ser ejecutada sino después del acontecimiento. En el segundo, la obligación tiene su efecto desde el día en que ha sido contraída".

El código francés pues toma en cuenta el acontecimiento como pasado - derivativo de una condición siempre que las partes contratantes lo desconozcan. Nuestro código por el contrario, tajantemente en el Art. 1053 relativo a las asignaciones condicionales dice:

Art. 1053. La condición que consista en un hecho presente o pasado, no suspende el cumplimiento de la disposición. Si existe o ha existido, se mira como no escrita; si no existe o no ha existido, no vale la disposición. Lo presente, pasado y futuro se entenderá con relación al momento de testar, a menos que se exprese otra cosa.

Conviene recordar que en el derecho romano, se hacía ver que la condición debía consistir en un hecho futuro e incierto y que si un acontecimiento, que ignorándolo las partes se hubiera ya verificado o hubiera faltado, en el primer caso se consideraba cumplida la condición, en el segundo, imposible.

El código italiano sigue la línea del derecho romano y lo mismo podemos decir en relación con la mayoría de los códigos modernos.

La regla en el derecho moderno es que si la condición consiste en un evento pasado o presente, aunque ignorado por las partes, no se verifican los efectos de la condición.

Sobre este punto es del caso notar que en la ley de las Partidas al referirse a las obligaciones condicionales hacía alusión al tiempo en que debían realizarse. "La tercera manera de promisión valedera es: como quando promete un ome a otro de dar o de fazer alguna cosa so condición e esta es llamada en latin promisión condicional; e fazese de esta fuisa diziendo assí: prometo a fulan de da o de fazer tal cosa, si tal naue viniere de Marrueços a Sevilla; o de otra manera semajante desta, que puede ser, que se cumplira la condición o non. E aun dezimos: que esta promission condicional se faze en otra manera, como si dixiesse el que la faze prometo de dar, o -

de fazer tal cosa, si han fecho Papa a fulano o en otra manera semejante destas: que pertenezca a que sea fecha a tiempo passado. E esta condición, non es de tal natura, como la primera que es del tiempo por venir, porque en esta, que es el tiempo passado: maguer que aquel que la faze, non sabe si es verdad aquello, so que faze la condicion, luego que la faze finca - por ello obligado ai es verdad, o si non finca desobligado. E si acaescie sse que se cumpla aquello que dixo, finca entonce obligado. E si non se cumple la condicion, entonces non vale la promision"" (18)

Abonando lo anterior, el alemán Von Thur nos dice en atención a lo - pasado o presente: ""IV. No existe verdadera condición cuando las partes acuerdan que la eficacia del contrato dependa de un hecho perteneciente al pasado o al presente (condicio in praeteritum del praesens relata) v.gr., cuando se venda una finca bajo la condición de que esté asegurada por - 1000.000 francos o un cuadro bajo condición de que sea el pincel de Rubens. Creemos que es más técnico designar estas cláusulas no con el nombre de - condición, sino con el de presuposición del contrato.

Por las mismas razones que quedan expuestas respecto a la presuposición, no existe condición cuando la eficacia de un contrato se hace depender de un suceso que no puede ocurrir o que, por el contrario, tiene necesariamente que ocurrir (dies certum an) En el primer caso el contrato es ineficaz desde el primer momento, en el segundo caso es válido desde el momento mismo de su celebración, si bien por regla general, sus efectos se aplazan hasta que el hecho futuro se realice"" (19)

La incertidumbre es otro dato relevante en la condición. Significa que el acontecimiento puede llegar o no. Esta incertidumbre debe ser objetiva, es decir que caiga sobre la posibilidad que el acontecimiento mismo exista o no pueda existir. Por el contrario si el acontecimiento necesariamente ha de existir, la ignorancia personal de las partes, no es suficiente para hacer depender de él una condición.

Así por ejemplo, el hecho de condicionar una prestación al doctoramiento de una persona, es un hecho incierto que radica en el acontecimiento. Una persona puede que se doctore, puede que no, depende pues de muchas circunstancias que inciden en el acontecimiento como ya se dijo. Sin embargo -



si se dejara una prestación a X persona con la condición que se doctorara, si X ya se doctoró, aun cuando el benefactor lo ignorara, no conllevaría el acto jurídico una condición en el sentido estricto de la palabra, pues la -incertidumbre habrá desaparecido.

El Art. 1053 ya antes transcrito, lo mismo que la parte final del 1054 en lo que dice: ""si la condición que se impone como para tiempo futuro, consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador..., si el testador al tiempo de testar lo supo, y el hecho es de aquellos cuya repetición es imposible, se mirará la condición como cumplida, y si el testador no lo supo se mirará la condición como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho"", nos dan la pauta para declarar que en nuestro código el acontecimiento para que integre la condición, deberá ser incierto. Un hecho que no reúne esta característica jamás puede constituir una condición. Recuérdese que el término o plazo, aún cuando es futuro, siempre es cierto, en cambio la condición debe ser futura e incierta. (Ver No. 10)

""El calificativo de condición que se da al acontecimiento futuro no lo hará ser, por lo mismo condicional, si se trata de un día cierto aunque sea indeterminado, como el día de la muerte de una persona, que solo puede ser condicional cuando va unida a otras circunstancias de realización incierta que vienen en realidad, a constituir la condición, como ocurre, por ejemplo con el fideicomiso en que no es la muerte del fiduciario la condición, sino la existencia del fideicomisario en dicho día, ya que si falleciese antes el fideicomiso se extingue"". (20)

Además de los requisitos ya enunciados, la condición debe reunir otros, que aunque no son específicos de ella, -pues se establecen en todos los actos jurídicos- son de tal importancia que si no se comprenden anulan el acto celebrado.

### 13. OTROS REQUISITOS DE LA CONDICION.

Estos requisitos son: Posibilidad y Licitud.

Lo posible significa que el acontecimiento sea realizable en toda su magnitud, y que en consecuencia no sea contrario a las leyes de la naturaleza. A este respecto Lafaille dice: ""Mucho se ha enseñado por maestros emi-

nentes, que este requisito debe ser objetivo, es decir contemplado en relación a todo género de individuos, y no a un sujeto especial aunque sea parte en el acto jurídico. En nuestro sentir, si el obstáculo pudiera cesar por razón de la ciencia o de eventualidades posibles, estaríamos dentro de la regla; pero no en el supuesto inverso, so pena de atribuir a la calidad estudiada un alcance extremadamente rígido y opuesto al sentimiento de justicia en múltiples ocasiones"" (21)

En otras palabras se trata de demostrar que la imposibilidad de la condición no tiene que ser absoluta, sino que puede ser relativa. Alguien puede considerarse impotente para realizar una condición, aunque las demás personas pueden llevarla a cabo, en tal supuesto, es obvio que el acto se verá viciado, porque la condición era para el sujeto interesado, imposible.

Por otra parte debemos distinguir entre imposibilidad jurídica e ilicitud. El hecho jurídicamente imposible lo es tanto como el naturalmente imposible. Veamos. Si yo prometo algo bajo la condición que me vendan el mar, o cualquier otra cosa que está fuera del comercio la condición será imposible. Nuestro derecho positivo no distingue entre ilícito e imposible jurídicamente. (Recordar los efectos jurídicos de la negativa de un hecho imposible, etc.)

La licitud de la condición se circunscribe a que el suceso no se oponga a la ley, ni a las buenas costumbres. Lo ilícito de un acto se refiere a que haya una violación de las reglas positivas o de las buenas costumbres.

Como lo hemos dejado establecido, lo ilícito e imposible es aplicable a todo acto jurídico, como elemento negativo, que deja sin valor alguno el acto. El Art. 1332 al referirse al objeto de la obligación, en el inciso final dice: ""Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres, o al orden público""

Sobre estos requisitos volveremos más adelante cuando tratemos la clasificación de las condiciones.

14. CLASES DE CONDICION. ① ② ③ ④

a) Condiciones casuales, mixtas, potestativas y meramente potestativas. 1) Llámase casuales las condiciones que versan sobre un acontecimiento que no depende de la voluntad de ninguna de las partes, sino de leyes naturales, o de la voluntad de un tercero. Por ejemplo, te daré \$100.00 si el país gana el campeonato mundial de fútbol. Te daré mi casa, si Juana se va al extranjero.

En relación a la condición casual se discutió hace mucho tiempo si la venta que se hace mediante un precio que se deja al arbitrio de un tercero es válida. Justiniano resolvió el asunto por la afirmativa, pero declarándola venta condicional, desde luego que dependía de la voluntad del tercero para determinar el precio. Los códigos franceses e italiano adoptaron la misma disposición, con la diferencia de que el segundo permita al tercero hacer la elección con posterioridad al contrato (22)

2) Son potestativas aquellas condiciones cuyo cumplimiento depende de la voluntad de uno de los contratantes. Por ejemplo. Te cederé mis bienes si voy a Roma. Pothier al estudiar esta clase de condición, solo la ve desde el lado del acreedor y pone un ejemplo: "Yo me obligo con mi vecino a darle tal suma si tira un árbol de su campo que me tapa la vista" (23)

Sin embargo la condición potestativa no solo depende de la voluntad del acreedor, sino de la del deudor. Son las dos voluntades las que están incidiendo en esta condición. Esta condición doctrinariamente también es conocida con el nombre de simplemente potestativa, y consiste como ya se ha indicado, en un acontecimiento que está sujeto a la voluntad del deudor o del acreedor o de ambas de realizar o de impedir. Por supuesto que la parte de quien depende la condición puede romper la convención o hacerla producir sus efectos, lo cual hace que se debilite el vínculo jurídico que liga al deudor con su acreedor. Sin embargo, aun con lo potestativo de la condición, éste no es de tal alcance que excluya la idea de vínculo, de obligación. Si bien es cierto que de quien depende la condición, puede llevar adelante o retractarse de la obligación, su voluntad no es enteramente libre desde el momento en que para hacerlo tiene que llevar a cabo la prestación o abstenerse de ella. En cierta medida pues, queda ligado, obligado.

Lo anterior conlleva a la exigencia de distinguir la condición potestativa de la sola voluntad del acreedor y del deudor. Toda obligación requiere la voluntad de obligarse de parte del deudor y no se podría decir que alguien queda obligado, si en una obligación manifiesta que entregará tal cosa, si quiere, o si puede o si le agrada.

Una obligación en tal sentido, prácticamente no existiría. Por eso se dice por muchos autores: "es contrario a la esencia de la obligación, que ella depende de la pura y sola voluntad de aquel que se supone haberla contraído" (24)

Nuestro Código al respecto de este punto dice en el Art. 1349:

"Son nulas las obligaciones contraídas bajo la condición potestativa que consista en la sola voluntad de la persona que se obliga".

3) Las condiciones mixtas, son las que dependen en parte de la voluntad del acreedor o del deudor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso.

Se discutía en el siglo pasado si la condición que dependía a la vez de la voluntad de una de las partes y de un acaso era mixta. A este respecto, Laurent nos dice: "La condición que depende de la voluntad de una de las partes y del acaso, es mixta? Según la definición de Pothier, adoptada por el código, es preciso responder negativamente; para que la condición sea mixta, debe depender en parte de la voluntad de un tercero; si la condición depende en parte del acaso, no entra en la definición de la condición potestativa. La condición "si yo me establezco en Paris, no es condición mixta, es una condición potestativa; es cierto que pueden presentarse circunstancias fortuitas que pongan obstáculo a mi establecimiento en Paris, pero en general, será mi voluntad la que decida. Puesto que la voluntad representa el papel principal en el cumplimiento de la condición, el legislador le ha dado el nombre de potestativa" (25)

En efecto, en el código francés la condición mixta es la que depende de la voluntad de una de las partes o de un tercero. No admiten el acaso como algo que pueda incidir en la condición mixta.

Nuestro código en un solo artículo define las tres clases de condiciones ya enunciadas.

Art. 1348: "Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; y mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso".

En la anterior clasificación la doctrina moderna ha tomado partido de distinguir entre la condición puramente o metafísicamente potestativa y la que es simplemente potestativa. La primera "merum arbitrium" consistiría en la mera voluntad y hace nulo el contrato. La segunda, tendría por objeto no la misma voluntad de obligarse, sino un hecho dependiente de la voluntad.

Cuando la condición queda al mero arbitrio del que se obliga la condición es nula, mejor dicho no puede haber condición. Ahora bien, si el deudor se reserva únicamente la elección de un tiempo, la condición es válida, y lo único que habrá de demostrar será que el deudor quiso que en definitiva si no cumplía és la condición, se cumpliera por parte de sus herederos (26).

En la hipótesis de que el deudor haya ligado su voluntad a la ejecución de un hecho externo que esté en la facultad de ejecutar o no ejecutar, la obligación será válida; desde luego que no puede desligarse si no es a riesgo de ejecutar o de omitir el hecho; la obligación no depende de su mero arbitrio. Sin embargo cuando el hecho pudiera ser fácilmente evadido o se estimare ilusorio, como si se dijese "te entregaré lo que te debo si me quito el sombrero, o si levanto la pierna", no podría estimarse válido porque en tales términos hay un mero arbitrio e implica una reserva del con sentimiento.

Los comentadores del Código de Napoleón introducen alguna duda respecto a la supresión de la palabra puramente del Art. 1174, con la que anteriormente se había formulado, de forma tal que mientras el mismo artículo declaraba nula toda obligación ultimada bajo condición puramente potestativa de parte del deudor, ya en la redacción del código se estableció la nulidad, sin añadir nada para ninguna condición potestativa de parte del que se obligaba. (27).

Nuestro Código a este respecto dice:

Art. 1349: Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga.

Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá.

El código italiano por su parte ha limitado la nulidad a la sola condición puramente potestativa que haga depender la obligación de la mera - voluntad de quien se ha obligado.

En el Art. 1162 del código italiano se dice que: es nula la obligación contraída bajo una condición que dependa de la simple voluntad del obligado.

Conviene agregar, para terminar con esta clasificación, lo relativo al interés práctico de la división en casuales, potestativas y mixtas.

Se dice que en el derecho romano había una diferencia entre estas - condiciones en lo relativo a los legados. De tal manera que si la condición casual no se cumple, los legados caducan. No sucedía lo mismo con las otras dos clases de condiciones. Así, los legados reciben su efecto aún cuando la condición no se cumpla siempre que el legatario haya hecho cuanto estuvo de su parte por cumplirla. Sería así el legado: "Te dejo mi casa de campo si te casas con mi sobrina". Recibe su cumplimiento si el legatario hizo todo lo que estuvo a su alcance par casarse con la sobrina del difunto. En nuestra legislación la regla es diferente. No importa que el asignatario haya puesto toda la diligencia de su parte para - cumplir con la asignación, desde luego que si la condición a que está sujeta es un hecho que depende de la voluntad del asignatario y de un tercero, y éste no quiere o no puede cumplirla, o surge un accidente que la haga imposible, la condición se tendrá por fallida. En efecto el Art. 1352 es convincente:

Art. 1352: La regla del artículo precedente inciso 1º se aplica aún a las disposiciones testamentarias. Así cuando la condición es un hecho que depende de la voluntad del asignatario y de la voluntad de otra persona, y deja de cumplirse por algún accidente que la hace imposible, o -

porque la otra persona de cuya voluntad depende, no puede o no quiere cumplirla se tendrá por fallida, sin embargo de que el asignatario haya estado por su parte dispuesto a cumplirla.

#### 15. CONDICIONES IMPOSIBLES - CONDICIONES ILICITAS.

Lo determinante en esta clasificación está dirigido a estudiar cómo lo imposible e ilícito llega a anular el contrato o convención, y si resultan algunas otras consecuencias en perjuicio de la parte que ha puesto la condición ilícita o imposible. (Omitimos, en atención al Código, la diferencia entre imposible jurídicamente e ilícito).

Es claro que cuando la condición se refiere a la realización de un acontecimiento imposible o contrario a la ley, hace nula la obligación de que ella depende. El por qué de esta solución es fácilmente comprensible. Cuando se pone una condición contraria a la moral, a la ley, al orden público, se quiere una cosa que está en pugna con estos principios. La verdad es que las partes, no pueden reformar la moral ni la ley cuando esta última tutela intereses de tipo general. Se dice también que la consecuencia de que la obligación contraída bajo condición ilícita no es anulable, sino inexistente, porque la voluntad de las partes, en cuanto se opone a la ley, es ineficaz para producir el vínculo jurídico y absolutamente impotente. De esta importancia derivase la inexistencia de la obligación. (28)

Por supuesto que para determinar si la condición impuesta es o no ilícita resulta necesario tener en cuenta no sólo el acontecimiento designado por las partes, sino también el objeto que se propusieron al momento de contratar. De eso depende en buena medida la moralidad de la acción.

El hecho de ser religioso en sí, no tiene de ilícito o inmoral nada; pero si decimos te daré cinco mil colones si te haces cura, no podremos decir inmediatamente que se trata de algo ilícito o inmoral; habremos de investigar primero cuál fue la intención del que impuso la condición. De tal manera que si "X" quiere hacerse cura y yo, en muestra de esa actitud le doy los cinco mil colones, nada de ilícito e inmoral habrá. Pero si yo doy los cinco mil colones porque quiero que se haga "X" cura, entonces estoy coartando su libertad de elegir su profesión, su carrera, en definitiva su futura vida. Aquí no podría considerarse eficaz la obligación.

Es corriente plantearse entre los estudiosos de la materia si una condición ilícita que no se refiera a la existencia de la obligación, sino a su resolución, es válida o nula.

Cuando la resolución del contrato se hace depender de una condición que es ilícita, tomando en cuenta el fin que se propusieron las partes, podría plantearse la situación de que una de las partes quisiera influir en la otra con el objeto de resolver la obligación; o con la finalidad tal vez de obligarla a hacer algo inmoral o ilícito. Como en uno y otro caso la condición está en oposición con la moral, la condición ilícita hace ineficaz la obligación aún cuando se refiera a la resolución de la misma.

Para que la condición sea válida y en consecuencia la obligación, es necesario que se trate de cosas que sean posibles de realizarse sin contrariar la ley, el orden público ni las buenas costumbres. Y si se trata de una condición positiva, se requiere asimismo que el acontecimiento se realice para que tenga efecto la disposición.

Hay que recordar que la posibilidad o imposibilidad no debe verse desde un plano estricto. El desarrollo científico es influyente en estos aspectos. (Ver No. 5)

La imposibilidad puede ser, tal como lo hemos dicho, física o jurídica, absoluta o relativa. En cualquiera de estos supuestos, es claro que el acto al cual está afectando la condición se verá viciado con nulidad.

Para nuestro legislador son condiciones imposibles: a) las contrarias a las leyes de la naturaleza; b) las que consisten en un hecho prohibido por las leyes o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público. c) las que están concebidas en términos ininteligibles Art. 1346 C.

Respecto a la ilicitud surge la duda de saber si basta que el hecho - en sí mismo sea ilícito para anular el contrato, o si es necesario que ofenda a la ley o a las buenas costumbres. En otras palabras si es necesario que haya una relación entre el acontecimiento puesto como condición y la prestación pactada. En realidad hay una serie de hechos que en sí mismos son inmorales que por lo demás no influyen de tal carácter el contrato. Se



dice, abrir una casa de citas es inmoral. Pero si en el contrato se estipula que aquel se resolverá si el que compra una casa establece en ella una casa de citas, no se ve la inmoralidad, ni podrá verse porque precisamente se está obligando a alguien a hacer algo que la misma ley prohíbe. Ahora bien, si la condición es tal que implica un premio por abstenerse de cometer un acto ilícito, la obligación es nula, porque a nadie hay que premiar para que permanezca honrado. En otras palabras, el abstenerse de hacer algo que la misma ley sanciona, anula el contrato o acto jurídico Art. 1347 C.

El hecho en sí mismo ilícito puede contagiar de ilicitud el acto jurídico pactado. Alguien dice: "La declaración de voluntad se convierte a nuestro juicio, en contrario a la moral, a las buenas costumbres, a la ley, en virtud de la relación entre el hecho puesto como condición y las prestaciones pactadas".

La condición puede asimismo tener por objeto un hecho positivo ilícito de parte del que se obliga. El contrato será indudablemente ilícito, puesto que el mismo contratante deberá realizar el hecho ilícito si quiere ampararse de los beneficios del contrato. Si me ayudas a falsificar esta firma, te haré mi secretario. Ilícito sería también si se obligara a alguien a no realizar un acto completamente lícito y exigido por la ley. Te daré mil colones, si no votas.

Para concretar sobre este punto, se hace necesario recordar que en materia de condición ilícita no podemos distinguir si se trata de una condición suspensiva o resolutoria. Cualquiera que sea la forma como se haya pactado la condición, lo ilícito las invade.

## 16. CONDICIONES SUSPENSIVAS Y RESOLUTORIAS.

Dos son los modos mediante los cuales se puede hacer depender la obligación contractual, de la realización de un acontecimiento incierto. Dos modos de los cuales se derivan bien el perfeccionamiento, el principio o el fin de la resolución del vínculo contractual. A la primera especie se le conoce con el nombre de condición suspensiva y a la segunda, con el de condición resolutoria. Esta denominación no siempre se ha usado en estos términos. Los romanos solo nos hablan de una condición, la suspensiva. La que actualmente se le denomina resolutoria, los romanos la concibieron

como pura o simple, desde el momento que lo que estaba en suspenso era la terminación del contrato, no su constitución. El contrato bajo condición resolutoria nace a la vida del derecho perfectamente válido, sin ninguna traba. El contrato sujeto a condición suspensiva, no tiene eficacia, no cobra vida jurídica, mientras tanto no se cumpla la condición del cual depende.

Para el caso, si alguien vende su casa a un tercero con la condición de que si le coloca ventanas se resuelva el contrato, es decir se deje sin efecto. El contrato así concebido, fue válido desde un principio. El comprador se hizo dueño de la casa, tomó posesión de ella. El vendedor se hizo a su vez dueño del precio fijado como venta. El contrato surtirá todos sus efectos y solo podrá dejarse sin efecto, si el comprador incumple con su promesa de poner ventanas.

En la condición suspensiva, todo el acto está suspenso, es decir frente a una expectativa. En consecuencia, si se pacta que "X" venderá su casa a "Y" cuando Pedro se case con María, es claro que Y no podrá hacerse dueño por mucho interés que tenga o urgencia, mientras Pedro no se case con María. Hay pues en la condición suspensiva un hecho ajeno a la voluntad de las partes que hace imposible la realización del acto propuesto.

† De ahí que se diga que en el fondo y por definición, solo exista una condición, la suspensiva. Y que la resolutoria no sea sino una mera forma ideada por los teóricos del derecho, para hacer más detallado o comprensible el estudio de la condición.

Conviene a este respecto subrayar las palabras de los maestros Colin y Capitant "Analizando de cerca la condición resolutoria se ve que no es más que una variedad de la condición suspensiva; lo que suspende no es el nacimiento, sino la desaparición del vínculo de derecho. El acto sometido a condición resolutoria es un acto puro y simple anulable de un modo condicional; pura est obligatio sed resolvitur sub conditione" (29)

Es importante pues, tener en cuenta las anteriores frases, desde luego que si aquí hablamos de clases de condición, técnicamente es una impropiedad tratarlas aquí; sin embargo la distinción entre ambas es útil

porque las dos modalidades producen efectos completamente distintos. Por lo demás, cuando hablemos de la condición resolutoria en general, habremos de volver sobre este problema.

Nuestro código al igual que el francés distingue dos clases de condiciones: las suspensivas y las resolutorias. En efecto el Art. 1350 dice:

""La condición se llama suspensiva si mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho"".

Aun cuando por definición hemos visto que nuestro Código adopta la posición dualista de la condición -suspensiva y resolutoria- ello no es óbice para reconocer que en la realidad del derecho solo hay una condición, la suspensiva. Y la verdad es que la condición como modalidad afecta la exigibilidad de la obligación. Ciertamente, el acontecimiento futuro e incierto que constituye el elemento primordial y específico de la condición, mantendrá en suspenso la adquisición del derecho mientras la condición no se cumpla; y asimismo mantendrá en suspenso la pérdida del derecho para la otra parte, mientras aquella no se cumpla. La comodidad pues, es la que nos ha hecho usar las dos fórmulas, desfigurando la concepción romanista.

★ Usando de esa comodidad, o practicidad veamos cómo es que se puede reconocer si la condición es suspensiva o resolutoria cuando las partes no han determinado claramente su naturaleza. Se dice, que en la duda, prevalece el criterio de considerar la resolutoria y no la suspensiva. Sin embargo, otros autores sostienen lo contrario, o sea, que en la duda habrá de ser la suspensiva la que resuelva el problema. Sin embargo, es bueno aclarar que no hay criterio uniforme, seguro e infalible para resolver tal dificultad. Recuérdese que se trata de una interpretación en donde la cuestión se hace depender del buen sentido del juez más que de la regla de los jurisprudenciosos.

La condición resolutoria no puede concebirse de un modo puramente potestativo del deudor, suele decirse, aduciendo que la condición resolutoria ni es verdadera condición, ni hace suspender el nacimiento de derecho sino sólo su resolución. La mayoría de autores sostiene que la regla contenida en el Art. 1349 de que no vale la condición que depende del mero ar

bitrio del deudor, no puede aplicarse a esta situación.

Las razones aducidas son que la disposición se refiere únicamente a la condición suspensiva, por la contradicción entre querer obligarse y pretender dejar a su arbitrio la facultad de obligarse y además esta contradicción no puede resultar nunca de la resolutoria, desde luego que el contrato es perfecto desde un inicio y no queda obligado sino a la facultad de resolver o no el contrato. Un ejemplo de esta condición resolutoria meramente potestativa lo tenemos según Alessandri en el llamado pacto de retroventa. Art. 1679. Tómese en cuenta que no es en verdad una condición meramente potestativa de acuerdo a lo expuesto en el N° 13.

Por último diremos que hay otra serie de clasificaciones de las condiciones que no tienen mucha importancia y que se refieren más que todo a puras diferencias de fórmulas, criticadas a veces como de "poco resultado práctico" porque no presentan efectos jurídicos dignos de profundización. De tal manera que nos concretaremos a enunciarlas y comentarlas muy brevemente.

#### 17. CONDICIONES AFIRMATIVAS Y NEGATIVAS.

Se considera la condición positiva o negativa, según que su cumplimiento deba consistir en la realización o no realización del acontecimiento que se ha previsto. Nuestro código no consagra esta división, la que por otro lado tiende a desaparecer con marcada insistencia de las legislaciones, debido al poco interés práctico que presenta.

Una condición será positiva o negativa, según los términos que se empleen al concebirla. Se dice en tales casos: me iré al extranjero, si me das tu casa. Me iré al extranjero si no me das tu casa. En el primer caso la condición será positiva, en el segundo, negativa. No obstante ello el acontecimiento en que se hace consistir la condición es el mismo.

#### 18. EXPRESAS O TACITAS

Estas condiciones solo tienen valor en cuanto tiendan a determinar si la condición existe como tal o no, y debe o no, por consiguiente ser cumplida. El término expresas y tácitas, nos indican que en un caso la condición debe hacerse constar en el acto o contrato, En el otro caso, no hay necesidad de hacerla constar; se entiende contenida en el acto o contrato.

Sin embargo esto último sólo es cierto, tratándose de los contratos bilaterales. En el Art. 1360 C. se dice que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Nos da margen esta disposición, para aclarar más: la condición tácita sólo se considera tal, tratándose de los contratos bilaterales, y cuando se trata en verdad de una resolución y no de una expectativa de derecho. De tal manera que tratándose de la condición suspensiva no podríamos decir que hay condición tácita.

La regla general entonces es que los contratantes hagan constar en el acto o contrato de que se trata, la condición, ya suspensiva, ya resolutoria. Ello no obstante, no es obstáculo para que si no se hace constar, se entienda contenida en ellos, tratándose únicamente de los contratos bilaterales, es decir en aquellos contratos que se perfeccionan por el acuerdo de dos voluntades.

#### 19. ALTERNATIVAS, CONJUNTIVAS y DISYUNTIVAS.

Estas condiciones producen la diferencia de efectos que naturalmente se desprenden de la respectiva definición, de estos dos grupos de condiciones. En las conjuntas se necesita el cumplimiento de todas las condiciones que han sido impuestas a la persona obligada. En las alternativas se imponen varias condiciones pero no es indispensable el cumplimiento de todas ellas, basta el de una. Por supuesto que las reglas aplicables a este último tipo de condición serán las contenidas en el capítulo de las obligaciones alternativas. En las disyuntivas, se plantea como obligatorio el cumplimiento de una condición y si se cumple ésta no se podrá ejecutar la otra. Ejemplo: te doy \$1.000.00 si vas a Santa Ana y en ese caso no podrás ir a San Miguel, ni podrás ir a Santa Ana.

Ejemplo de las otras será: Te doy mi casa, si cuidas a mis hijas mientras cumplan veinte años, y si no sales fuera del país durante el mismo tiempo, ni te vas a trabajar a la capital.

Te haré mi secretario si me ayudas en la campaña electoral o colaboras para que me suban el sueldo.

Hay otra serie de clasificaciones pero que no es del caso mencionarlas, desde luego que no tienen mayor interés ni científico ni práctico.

## CITAS DEL CAPITULO I

- (1) Raymundo Salvat Derecho Civil Argentino, Tomo I, pág. 523
- (2) George Giorgi Teoría de las Obligaciones en el D. Moderno, Capítulo I, pág. 117
- (3) Adolfo Oscar Miranda Teoría de las obligaciones. Copias de clase.
- (4) Braudy-Lacantinerie Traite de Droit Civile Tomo I, pág. 301
- (5) Héctor Lafaille Derecho Civil Argentino Tomo II, pág. 224
- (6) Luis Claro Solar Explicaciones de Derecho Civil, Obligaciones, pág. 16
- (7) George Giorgi Obra citada, Vol. I pág. 228
- (8) F. Laurent Lecciones de Derecho Civil, Vol. XVI, p. No. 81
- (9) George Giorgi Obra citada, Vol. II, pág. 435
- (10) George Giorgi Obra citada, pág. 325
- (11) George Giorgi Obra citada, pág. 371
- (12) D. Ildelfonso García C. Cuerpo del Derecho Civil Digesto, pág. 505
- (13) Raymundo Salvat Derecho Civil Argentino, pág. 522
- (14) G. Giorgi Obra citada, Tomo IV pág. 201
- (15) G. Giorgi Obra citada, Tomo IV, pág. 304
- (16) Alfredo Colmo Derecho Civil, pág. 228
- (17) Luis Claro Solar Explicaciones de D. Civil, Tomo X pág. 79
- (18) Quintus Mucius Scaevola Derecho Civil, Tomo XIX, pág. 615
- (19) A. Von Thur Las obligaciones, pág. 217
- (20) Luis Claro Solar Obra citada, pág. 79
- (21) Héctor Lafaille Derecho Civil Tomo II, pág. 134
- (22) Ver Art. 1592 del Código Civil Francés
- (23) F. Laurent Principios de D. Civil Tomo XVII, pág. 71
- (24) Francesco Ricci Derecho Civil Tomo XIII, pág. 177
- (25) F. Laurent Ob. cit. pág. 72
- (26) G. Giorgi Ob. cit. pág. 310
- (27) G. Giorgi Ob. cit. pág. 317
- (28) Francesco Ricci Ob. cit. pág. 171
- (29) Colin y Capitant -Derecho Civil, Tomo III, pág. 336

## CAPITULO II

### LA CONDICION RESOLUTORIA EN LA DOCTRINA

Tal como lo hemos expresado, todos los autores antiguos y modernos, están de acuerdo en que la condición resolutoria no es una verdadera modalidad de la obligación. Por el contrario dicese que la obligación en a aquellos términos, se ha contraído pura y simplemente. En efecto, la condición resolutoria no se presta ni adapta, a la concepción jurídica de la condición como una modalidad.

Se sabe que para que exista la condición, se requiere de un acontecimiento futuro e incierto, del cual precisamente, se hace depender el nacimiento de una obligación. En otras palabras, la obligación no existirá, no tendrá eficacia jurídica mientras no se de el acontecimiento futuro e incierto. En la mal llamada condición resolutoria, la obligación se da, tiene existencia legal; no hay que esperar el acontecimiento incierto y futuro. Por el contrario, el acto jurídico, la convención, produce en un momento dado la extinción de la obligación mediante el acontecimiento futuro e incierto. En otras palabras pues, la obligación contraída en tales términos es pura y simple, solo es la extinción de esa obligación la que está sujeta a la resolución.

#### 19. CONCEPTO DE CONDICION RESOLUTORIA.

De conformidad al Art. 1350, la condición es resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

En la condición resolutoria, siempre hay un acontecimiento futuro e incierto, del cual se hace depender la duración de un derecho. Quiere decir que aún cuando el derecho ya ha nacido, aún cuando produzca sus efectos, si el acontecimiento futuro e incierto se lleva a cabo, la obligación se extingue, y las cosas tal como ya se explicó anteriormente, deben de volver al estado inicial en que se encontraban al momento de contratar.

Ya que el derecho ha nacido, ha producido efectos jurídicos, no podemos decir que estamos frente a una modalidad. Por el contrario, la obligación no sujeta a modalidad alguna se denomina pura y simple porque nace a la vida jurídica sin ninguna traba u ostáculo.

Lo que sucede en la resolutoria, es que el acontecimiento futuro e incierto subordina la existencia de la obligación. De tal manera que cuando se cumple la condición, el derecho feneca.

En la obligación sujeta a condición resolutoria pues, la modalidad no está afectando el vínculo jurídico en su surgimiento, sino en su durabilidad. No obstante, siempre se puede decir que existe esa "condición" en los términos que se han explicado.

Siendo que la condición solo es una, la suspensiva, y que la resolutoria solo un aspecto de aquella, es natural que cuando hablamos de condición resolutoria, debemos de regirnos por el mismo estatuto de la condición suspensiva. Hay que aclarar sin embargo, que en cuanto a efectos jurídicos - la condición resolutoria difiere de la suspensiva.

## 20. REQUISITOS DE LA CONDICION RESOLUTORIA.

Los requisitos de la condición resolutoria son:

- a) Acontecimiento futuro
- b) Acontecimiento incierto

No nos detendremos de nuevo en desarrollar los elementos de la condición resolutoria, desde luego que ya los vimos en el acápite correspondiente a la condición suspensiva. (Ver No. 12)

## 21. CLASES DE CONDICION RESOLUTORIA.

La doctrina divide corrientemente la condición resolutoria en tres categorias:

- a) Condición resolutoria ordinaria
- b) Condición resolutoria tácita
- c) Condición resolutoria expresa

## 22. CONDICION RESOLUTORIA ORDINARIA.

La condición resolutoria ordinaria es aquella que consiste en un hecho futuro e incierto, que tiene la virtud de extinguir un derecho y una obligación. Este podrá ser un hecho cualquiera, pero nunca el incumplimiento de la obligación. En este caso el contrato se extinguiría pero no por la condición resolutoria.



Este tipo de condición se establece libremente por las partes contra tantes o por el testador; su objeto es extinguir una situación jurídica ya dada si el evento de la condición se cumple. Esta condición se caracteriza asimismo porque opera de pleno derecho. Quiere decir que no hay necesidad de una declaratoria judicial, para que se extinga la obligación.

Se fundamenta lo anterior en el hecho de que la condición por su mis ma naturaleza consta en el acto o contrato. Determinado claramente que la condición se ha dado, el acto o contrato deja de producir sus consecuencias. Esto se deduce precisamente de la parte final del Art. 1350 ""... y resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho". y del - Art. 1358 que dice:

"Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiera recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renun- ciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere".

La condición resolutoria ordinaria nace no del fallo del juez sino de la situación producida por el cumplimiento de la condición, la cual es taba condicionando la duración del acto jurídico.

El papel del juez en esa situación se limita a declarar si la condi- ción se ha cumplido o no y a ordenar la restitución de la cosa.

Son tipos de la condición resolutoria ordinaria, el pacto de retro- venta y el pacto de retracto. Veamos con ejemplos:

"X" le vende a "Y" una casa de su propiedad en \$5.000.00, y se esti- pula en el contrato respectivo, que "X" se reserva la facultad de recobrar su casa en el plazo de dos años contados desde la fecha de celebración - del contrato.

"X" le vende a "Y" una casa de su propiedad en \$5.000.00 y se estipu- la en el contrato respectivo que si dentro de seis meses "X" puede vender a otra persona la misma casa en un precio superior a \$5.000.00, el contra to celebrado con "Y", se resolverá.

### 23. LA CONDICION RESOLUTORIA ORDINARIA EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano la condición resolutoria fue también conocida. Un ejemplo de una estipulación con una condición resolutoria es: "centum aureos annuos dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?". Esta modalidad no tiene por objeto en ningún caso suspender la existencia de la obligación, que nace como si la estipulación fuera pura y simple; las partes han querido que la obligación se extinguiera, si la condición se realizaba.

Sobre esta clase de condición se dice: "el derecho civil no tiene en cuenta la condición resolutoria; cuando se ha realizado, el acreedor puede aún reclamar el pago al deudor. Pero, para hacer respetar la voluntad de las partes, el pretor permitió al deudor que rechazara la acción del acreedor por una excepción de pacto o de dolo" (30).

Se asegura que la condición resolutoria no puede conllevar la extinción de la obligación, la cual es perpetua. Se pregunta: ¿Pero es que la resolución del contrato no puede producirse, de manera que a la llegada de la condición se considere el contrato como si no ha existido jamás, y en consecuencia, como si no ha producido nunca obligación? Los romanos solucionaban la anterior interrogante, distinguiendo previamente según fuera la naturaleza del contrato. Así, si la estipulación se había hecho verbis, por el cambio de palabras solemnes, el cumplimiento de la obligación no puede resolver la estipulación. Tratándose de los contratos consensuales se decía, que formados por el solo consentimiento de las partes pueden disolverse por el mutuo disenso. O sea, que el acuerdo que basta para crearlos, también basta para disolverlos. En consecuencia, si las partes han subordinado la resolución del contrato a la llegada de una condición, el día en que esa condición llegara a realizarse, el contrato se anula. Ello es así porque la causa que engendraba aquellas obligaciones ya no existe. Por consiguiente, las que aún no han sido ejecutadas se consideran como si no hubieren existido nunca, y si se han ejecutado, es preciso que se vuelvan a poner las cosas en el estado que se encontraba antes del contrato.

### 24. HIPOTESIS ESPECIAL EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SEGUN EL DERECHO ROMANO

La condición resolutoria dentro del contrato de compraventa reviste

una situación especial: se estima que cuando se ha hecho la tradición de la cosa al comprador, la resolución de la venta no tiene como consecuencia hacer volver de pleno derecho la propiedad. Esto derivado por supuesto de un principio general de la época clásica: "La propiedad no puede ser transferida ad tempus".

Para resolver la anterior situación los romanos se idearon dos acciones: la derivada del contrato de venta, acción venditi y la acción in factum. Estas acciones estaban destinadas a obligar transferir la propiedad de la cosa al vendedor, el cual por su parte debía devolver el precio de la cosa. El fundamento de estas dos acciones era que al resolverse la venta, la causa desaparece y el comprador ya no puede conservar en su poder la cosa que se le ha vendido.

Más tarde, Marcelo y Ulpiano admitieron que después de la resolución de la venta, la propiedad vuelve de pleno derecho al vendedor el cual goza de una acción personal más eficaz, "la reivindicatio". Esta solución acabó por prevalecer en el Bajo imperio y en el derecho del emperador Justiniano. (31)

#### 24. LA CONDICION RESOLUTORIA ORDINARIA EN EL DERECHO FRANCES.

En el código francés la condición resolutoria ordinaria está colocada en un capítulo especial, que se denomina "De la condición resolutoria". El Art. 1183 dice: "Condición resolutoria es aquella cuyo cumplimiento rescinde la obligación, y pone las cosas en el mismo estado que se hallarían, si el convenio no se hubiese celebrado. Por ella no se suspende cumplimiento de la obligación; sólo se obliga al acreedor a restituir lo que recibió, si se verifica el suceso previsto por la condición".

Del contexto del artículo transcrito se desprende lo que ya se dijo anteriormente, que la condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho; que pone las cosas en el mismo estado que se encontraban antes de la celebración del negocio jurídico, y que, el deudor, queda obligado a restituir al acreedor lo que recibió.

#### 25. CONCEPTO DE CONDICION RESOLUTORIA TACITA.

La condición resolutoria tácita se llama así porque a diferencia de la anterior, no es necesario estipularla en el acto o contrato; por el contrario, se sobreentiende en virtud de la ley. Quiere decir entonces, que

la condición resolutoria tácita por imperio de la ley, tiene la virtud de resolver, de dar por terminada una relación de derecho, cuando se dan los requisitos que la misma ley establece para que haya lugar a la resolución.

## 26. LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA EN EL DERECHO ROMANO.

Doctrinariamente se dice que la condición resolutoria tácita viene del uso. En el derecho romano, no se conoció el pacto comisorio tácito y no la admitía como consecuencia del incumplimiento. En la compraventa por ejemplo no podía pedir la resolución del contrato si el comprador no había pagado el precio. Se entendía que en tal caso el vendedor no había sacado de su propiedad la cosa; que continuaba siendo dueño y que lo que convenía era ejercitar la acción reivindicatio: Se entendía que la propiedad no se transfería mientras no se pagaba el precio. En otras palabras, el vendedor había hecho la tradicional condición que se pagara el precio de la cosa. Mas si el vendedor habíase basado en la buena fe del comprador y le hacía tradición de la cosa, ya no podía intentar la reivindicatio, sino una acción derivada de la venta misma.

Pero esta acción derivada de cada contrato en particular, a más de engorrosa no reportaba mayor utilidad. Frecuentemente los gastos que tenían que invertirse en el cobro de las deudas, eran tan excesivos que terminaban por absorber buena parte del crédito. De ello dependía muchas veces que el vendedor perdiera la cosa y el precio. Sin embargo, para solventar estos problemas se dejaba al vendedor que estipulara un pacto en el que se dijera que si no se le pagaba el precio de la cosa dentro de cierto plazo, podía aquél recuperar la cosa.

El rigorismo del derecho romano obligaba pues que este pacto se estipulara. Esta estipulación se conoció con el nombre de pacto comisorio. Este pacto vino a resolver las largas y costosas demandas.

Sin embargo, esta estipulación no se aplicó a los contratos innominados. Se dice que estos tenían una acción especial denominada praescriptis verbis, encaminada a exigir el cumplimiento del contrato. Pero a la par de este derecho podía pedir la restitución de la cosa intentando la acción "conditio ob rem dati o causa data causa non secuta". Esto implicaba en el fondo una resolución del contrato, pero hasta cierto punto iluso

rio, pues la conditio fue dada en una época en que la convención sinalagmática o bilateral, era un pacto desprovisto de acción. Esta acción solo se otorgaba para sancionar el enriquecimiento sin causa (32)

Con el derecho canónico la conditio adquirió mayor fuerza y fue aplicada también a los contratos nominados.

## 27. LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA EN LA EDAD MEDIA.

Surgió la costumbre en la edad media que cuando se pactaba un contrato, se hacía bajo juramento. Mediante este juramento no se podía invocar motivo alguno para dejar de cumplir con la obligación contraída. Mas como el juramento quedaba a la conciencia de las partes, esto condujo a una serie de abusos los cuales se trataron de evitar por diversos medios.

El derecho canónico sancionaba con medidas o penas eclesiásticas la inejecución de todo compromiso, de toda promesa bilateral. Se daba acción para hacer observar los pacta nuda y encontraba tal acción su aplicación en todas las convenciones sinalagmáticas, contratos innominados y pactos nudos.

Como es natural, estos principios del derecho canónico tuvieron repercusión en el Derecho Civil. Se admitió unánimemente la regla según la cual en un contrato sinalagmático, no podía demandar con probabilidades de buen éxito si uno no había ejecutado u ofrecía ejecutar una prestación. De ahí que no era necesario que el que prometía respetara el juramento cuando el que prestaba el juramento, violaba por su parte los compromisos que había adquirido para con el otro contratante. Razón por la cual aquél tenía derecho de hacer cesar la ejecución de su obligación y además a invocar su liberación total de todo compromiso, como si no hubiera existido juramento alguno.

Se dijo entonces que esta forma de resolver una situación de compromiso contenía una condición subentendida. Sin embargo, era diferente del pacto comisorio regulado por los romanos. Como era una condición subentendida, fue necesario que se legislara sobre ella y se la legitimara. En un principio, esto no se aplicó a los contratos que se perfeccionaban por el solo acuerdo de las partes, puesto que se decía que eran perfectos desde

su formación y no podían sus efectos jurídicos ser anulados por un hecho posterior. Pero como era corriente que los gastos que se ocasionaban en el cobro de las deudas, excedían a veces del crédito, las partes se apartaban del rigor de los principios y se admitía que un vendedor pudiera demandar la resolución del contrato de venta por falta de pago de precio aún cuando no hubiese pacto comisorio. En tales situaciones el juez fijaba un tiempo prudencial para el cumplimiento de la obligación después del cual, si no cumple se le permite al vendedor entrar en posesión de su derecho o cosa que ha vendido. Si aún después de pasado el tiempo señalado no paga el precio de la cosa, el vendedor tiene que intentar una segunda demanda, para comprobar que no se cumplió con lo primero y que se declare nulo el contrato, pudiendo recuperar la cosa.

Generalizando esto por medio de los canonistas, la falta de cumplimiento del contrato por uno de los contratantes daba lugar a la resolución, aunque expresamente no se hubiera convenido el pacto comisorio. Esto en el fondo fue la condición resolutoria tácita.

### 38. LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA EN EL DERECHO CLASICO.

Llegados estos principios al derecho francés se toman como valederos después que la práctica judicial llegó a ser una institución aceptada por la doctrina. Los compiladores del Código de Napoleón lo consagraron finalmente "en forma solemne" según Giorgi, en su Art. 1184. Esta disposición con algunas modificaciones fue incorporada en los códigos modernos. El código italiano lo modificó más o menos en los mismos términos del código salvadoreño y chileno. (33)

Después de ver el desenvolvimiento histórico de esta modalidad, se buscó el fundamento racional bajo el cual se estableció tal pacto. Si descansa en principios de equidad natural, como Pothier lo sostuvo, esta disposición podría aplicarse en forma extensiva, es decir a todo tipo de contrato. Mas si descansa en una regla de conveniencia, será forzoso limitar la aplicación de él a los casos expresamente señalados por la ley. Otros tratadistas ven en la condición resolutoria tácita un corolario de los principios que rigen la técnica de las causas y finalmente otra opinión, se fundamenta en la voluntad presunta de las partes.

## 29. CONTRATOS A LOS QUE SE APLICA

Una importante cuestión, aún cuando ya fue dicha implícitamente, es la de determinar en qué tipo de contratos se sobreentiende la condición resolutoria tácita. De acuerdo a nuestro código, el Art. 1360 nos dice claramente, que a los contratos bilaterales.

Art. 1360: en los contratos bilaterales va en cuenta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio - o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios en uno y otro caso.

La anterior disposición tiene un sentido legal pues el Art. 1310 define que son, los contratos bilaterales: "cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente"

Los contratos son bilaterales entonces porque desde el momento en que las partes están contratando saben que obligándose uno de ellos a hacer algo, tiene esta actitud una respuesta correlativa.

Sin embargo, sabemos que la ciencia jurídica distingue los contratos bilaterales de los bilaterales imperfectos. Así se dice que los contratos bilaterales o sinalagmáticos hacen que la relación contractual constituya a ambas partes en deudoras y acreedores recíprocamente. La palabra bilateral es también capaz de expresar un sentido impropio y entonces puede comprender a los contratos unilaterales en que el deudor puede pretender no por la naturaleza misma u ordinaria del contrato, sino por accidente, una prestación del acreedor. El comodato, el depósito, el mandato son contratos por naturaleza unilaterales, Si el comodatario, el depositario, el mandatario han hecho gastos, por ejemplo, conservar la cosa, o en la misma ejecución del mandato, surgen accidentalmente créditos que hacen que aquellos contratos se conviertan de unilaterales, en bilaterales. Pero esa bilateralidad, no es un sentido estricto y de allí que se les denomine a tales contratos bilaterales imperfectos (34)

Explicado lo anterior, a cuál de estos contratos se aplica la condición resolutoria tácita? Se señala que lo anterior es una cuestión muy controvertida por los tratadistas del derecho. Se cita a Valette, Duvergier y Demolombe entre los que sostienen que la condición resolutoria tácita se aplica tanto a los contratos bilaterales perfectos, como a los im

perfectos. Pero la mayoría de tratadistas se colocan en la posición contraria: aplicar la condición resolutoria tácita únicamente a los contratos bilaterales, o sinalagmáticos perfectos. El criterio que priva para sostener la anterior tesis es el que se asienta en la voluntad presunta de las partes que inspira esta condición.

Esa voluntad se manifiesta lógicamente desde que las partes consienten en el negocio jurídico. Laurent, colocado en la segunda posición dice a este respecto: "Si cuando se hizo el contrato una sola de las partes se obligó, ¿se puede decir que la otra tiene derecho de demandar que se le libere de sus obligaciones aunque no las tenga? La cuestión es absurda". Rechaza así mismo la analogía que algunos autores arguyen para poder aplicar a los contratos bilaterales imperfectos e incluso a los unilaterales, la condición resolutoria tácita. Dice así "El Art. 1184 (Código Francés) establece una condición legal, pero no hay condición legal más que en virtud de la ley, ni hay substitución legal más que en virtud de una ley, de la misma manera que sin la ley no habría hipoteca legal. Cuando un derecho es legal solo el legislador tiene el derecho de establecerlo, él solo es el juez de las consideraciones de la equidad por las cuales se sobreentiende la condición resolutoria en ciertos contratos, y él solo podrá aplicar a todos los contratos lo que ha establecido para los contratos bilaterales" (35)

De las razones anteriores se concluye pues, que la condición resolutoria se aplica únicamente a los contratos bilaterales perfectos. No puede aplicarse a los bilaterales imperfectos desde luego que éstos técnicamente no son contratos bilaterales en el sentido que la ley le da al Art. 1360 C. No podríamos pues, bajo el anterior criterio, ni siquiera cuestionar si se aplica a los contratos unilaterales. La razón cae por su peso (36).

### 30. DIFERENCIA ENTRE LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA Y LA CONDICION RESOLUTORIA ORDINARIA.

La condición resolutoria tácita o pacto comisorio, se diferencia de la condición resolutoria ordinaria. En efecto, en la condición resolutoria tácita, la resolución del contrato no ocurre de pleno derecho, sino por declaración del juez. Ello conlleva necesariamente a otro presupes-



to: la resolución debe pedirse ante tribunal, el cual puede admitirla o rechazarla. Si la admite, puede incluso conceder un plazo a la parte que no ha cumplido, para que cumpla con su obligación. La parte respecto de la cual no se ha cumplido el contrato tiene dos vías: o pedir la resolución del contrato, o el cumplimiento del mismo. En uno y otro caso, deberá ser indemnizada por los perjuicios que se le hayan ocasionado.

Según los términos del Art. 1360 la resolución puede ser demandada cuando una de las partes no cumple con su obligación. ¿Se necesitará que haya o no culpa o negligencia de parte del incumplidor?

Se sostiene por algunos autores que la ley no distingue esa situación por lo que en tal caso, opinan que no es necesario que haya una negligencia. En otros términos, basta que haya un incumplimiento, sea éste culpable o no. Sin embargo, esto parece ser demasiado absoluto. En realidad debe tratarse de un incumplimiento culpable es decir, que no haya sido ocasionado por alguna fuerza extraña, ajena a su voluntad.

Es principio general en derecho, que el caso fortuito y la fuerza mayor gozan de parte del legislador de determinadas prerrogativas, en atención precisamente a que son circunstancias que generalmente no pueden preverse. El Art. 1418 Inc. 2º nos dice que el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora etc. El 1429 Cn 2º. La mora producida por caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

En el código francés, el juez puede conceder un plazo al deudor que no ha cumplido, para que satisfaga la obligación en un tiempo prudencial; en esa virtud se dice que el Juez puede incluso apreciar si ha habido negligencia o no, de parte del deudor, para hacer tal concesión. El inciso tercero del Art. 1184 del C.C. francés, dice: "la rescisión podrá pedirse ante un tribunal, el que podrá conceder al demandado una dilación según las circunstancias".

Esas circunstancias compete determinarlas al funcionario judicial. Entre nosotros no hay una disposición semejante que autorice al juez a conceder algún plazo al demandado. Por el contrario tendrá que resolver de acuerdo a las pruebas presentadas. Su actuación está encaminada a de

terminar la falta de cumplimiento imputable al demandado que da derecho al demandante a pedir o no la rescisión.

### 31. LA CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA.

La condición resolutoria expresa, también conocida con el nombre de Pacto comisorio expreso, consiste en la estipulación por medio de la cual las partes convienen que el contrato se resolverá si alguna de ellas no cumple sus compromisos. En otras palabras, es la condición resolutoria - que vimos en el anterior apartado, conocida como pacto comisorio tácito. Pero a diferencia de la anterior, son las partes, y no la ley, la que establece que el contrato se resuelva si no se cumple por cualquiera de ellas lo establecido. Como es natural comprender, tratándose de los contratos bilaterales si las partes no colocan una cláusula de esta naturaleza, la ley la da por establecida de conformidad al Art. 1360. Las partes pueden decir expresamente que el contrato se resolverá quedando sin efecto, si no se cumple.

Se denomina pacto comisorio expreso porque es el pacto que fija el día o época para el cumplimiento obligatorio de la obligación, bajo pena de resolverse a voluntad del otro contratante.

De vital importancia es determinar el efecto del pacto en cuestión. Se preguntan los estudiosos del derecho: ¿tiene el pacto comisorio los efectos de una condición resolutoria expresa, o de una condición resolutoria tácita? En la doctrina como en la jurisprudencia de todos los países hay alguna incertidumbre a este respecto.

Laurent afirma que la respuesta tiene que ser, en la intención de las partes contratantes.

En principio, cuál será el objeto de insertar dentro de un contrato, una cláusula que la misma ley sobreentiende? Conocer esta intención es muy difícil desde luego que puede variar de un caso a otro.

De ahí entonces que se diga, que el pacto comisorio pueda tener efectos diferentes, según haya sido la intención o voluntad de las partes. Hay que saber entonces interpretar esa voluntad.

Se dice sobre este pacto, con bastante frecuencia, que no es una cláusula de estilo. En otras palabras, el notario no hace más que reproducir el contenido del Art. 1360, o sea, que si una de las partes no cumple, la otra tiene el derecho de demandar la resolución del negocio. En tales supuestos ¿tendrá tal cláusula el valor de condición resolutoria ordinaria? Sin temor a equivocarnos podemos decir que no, porque ¿de donde vamos a sacar otros efectos que no sean los derivados del contenido del Art. 1360, o sea de la condición resolutoria tácita? Desde este ángulo surge otra interrogante. ¿Cómo se producen los efectos jurídicos de este pacto, de pleno derecho o hay que demandarla ante la autoridad competente?

Si hemos dicho anteriormente que no podemos aplicar en el supuesto dado, otra disposición que la que se desprende del Art. 1360, tenemos que concluir en base a los principios que rigen tal disposición que los efectos jurídicos no se producen de pleno derecho, sino que habría que iniciar un procedimiento judicial. En el libro de Laurent se lee: "Las partes escriben esta disposición en la escritura en que hacen sus convenios. Esta cláusula ¿cambiará la naturaleza y el efecto solo por estar escrita? Para que así fuera se necesitaría que la intención de las partes hubiera sido transformar la condición resolutoria tácita en condición resolutoria expresa. Lo más común es que las partes no redacten la escritura y si la cláusula resolutoria se inserta en ella, es en virtud de una antigua costumbre (37)

Por el contrario si las partes han hecho insertar en la escritura una cláusula resolutoria expresa, el contrato será resuelto de pleno derecho y no podrá demandarse por la parte afectada el cumplimiento del contrato desde luego que la regla en que se ampara la intención de las partes no es la derivada del 1360, sino de la condición resolutoria expresa.

En este aspecto se puede agregar lo siguiente: la condición resolutoria por falta de cumplimiento deja de ser tácita, cuando se agrega al contrato. Y es que el pacto comisorio no se sobreentiende, sino que es expreso y como tal debe producir los efectos de la condición resolutoria expresa.

Bajo esta hipótesis resultaría que quien ha estipulado el pacto comi

sorio expreso, en los términos de resolver el contrato, si una de las partes no cumple con su obligación, como es expreso, se entendería que so lo puede pedir la resolución pero no el cumplimiento de la obligación. La verdad es que en caso de incumplimiento y de acuerdo al 1360 el acreedor tiene dos acciones: o pedir el cumplimiento forzoso de la obligación, o la resolución del contrato. Pero si ha estipulado la resolución del contrato dentro de un pacto, no quiere decir por ésto que renuncia al derecho de exigir el cumplimiento.

Hasta ahora pues no hemos encontrado una verdadera solución al problema sobre qué efecto jurídico le vamos a asignar al pacto comisorio. Se alega de parte de los autores franceses que del Art. 1189 (1360 nuestro) se deduce que el pacto comisorio obra de pleno derecho. Se funda en el inciso segundo de la anterior disposición que dice: "en tal caso no se rescinde el contrato de pleno derecho, sino que la parte por la cual no se cumplió la obligación, puede o bien obligar a la otra al cumplimiento de lo convenido, siendo ello posible, o pedir la rescisión con el pago de daños y perjuicios".

Desde que la condición no es tácita sino expresa, no pueden aplicársele los efectos de aquella, sino que opera de pleno derecho. Pero esta posición no es muy decisiva. De ahí que conviene hacer un enfoque más profundo para llegar a una solución más atinada.

### 32. SUPUESTOS DEL PACTO COMISORIO EXPRESO.

Bajo una primera situación podría decirse que el pacto comisorio, difiere de la condición resolutoria expresa. Que pueden aplicársele los efectos de la condición resolutoria tácita y que aún cuando se diga en el acto o contrato que se resolverá éste, se puede exigir el cumplimiento forzoso de la obligación. Se cita corrientemente una sentencia de la Corte de Lieja en ese sentido. (38).

En una segunda situación podrá decirse que por el pacto comisorio el contrato será resuelto de pleno derecho. De esa forma tal pacto derogaría formalmente el Art. 1184 (1360 nuestro). En consecuencia las disposiciones de tal artículo no tendrían ninguna aplicación. As las cosas no habría necesidad de una demanda judicial.

Ahora, si el acreedor opta por la resolución del contrato, habrá que demandarla. Y podrá hacerlo según los tratadistas franceses cuando el acreedor quiera. Distinguen ellos entre la resolución de pleno derecho y sin requerimiento o notificación alguna. No habría pues necesidad de un requerimiento previo o demanda judicial. Invocan por otro lado el Art. 1656 para el caso de venta de inmuebles en el que se dispone que si por falta de pago del precio en la forma convenida la venta no se resolverá de pleno derecho. El comprador puede no obstante, pagar después de vencido el plazo mientras no ha sido constituido en mora por un requerimiento. Sin embargo, no hay acuerdo respecto la forma en que está voluntad de resolver el contrato ha de manifestarse.

En conclusión se sostiene por los tratadistas franceses que no hay diferencias entre el pacto comisorio y la condición resolutoria expresa, cuando el primero tiene lugar de pleno derecho sin constitución en mora o requerimiento judicial. En tal caso las partes han renunciado al cumplimiento del contrato, si el pacto comisorio lo da a entender claramente.

En el código civil chileno la solución al problema se da de la siguiente manera: tratándose del contrato de compraventa, luego de dejar establecido que el pacto comisorio definido en el Art. 1877 "no priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el Art. 1873". y el 1879 en el caso de la condición resolutoria tácita agrega "que si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido se resuelve ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda". Quiere decir que el vendedor que exige la resolución, debe demandarla judicialmente, aun cuando en el contrato se haya dicho que se resolverá de pleno derecho; si bien limita su derecho diciendo que puede pagar en las veinticuatro horas... de la demanda, significa, que esta demanda la ha tenido que promover el vendedor que pidió la resolución. En otras palabras significa que el contrato puede hacerse subsistir pagando el precio convenido dentro del término de ley. En el contrato no queda resuelto de pleno derecho, aún cuando en él se diga tal cosa; de tal manera que si ha habido demanda judicial pidiendo la resolución, el contrato puede seguir teniendo vigencia

si el comprador paga el precio dentro de las veinticuatro horas ya señaladas. Naturalmente que este tiempo ha de estimarse mientras no se haya pronunciado la sentencia definitiva que resuelva la contratación.

Se puede concluir entonces en atención a lo dicho que no es posible confundir la condición resolutoria expresa con el pacto comisorio, ni - aún con aquel que se estipula en el contrato en términos tales que se resolverá ipso iure o de pleno derecho si no se cumple la obligación determinada.

El pacto comisorio trata de asegurar el cumplimiento del contrato y no afecta por su parte los derechos que emanan de aquél, sino con la manifestación del contratante que puede preferir o la resolución o el cumplimiento de la obligación forzosamente.

Los efectos jurídicos del pacto comisorio sí puede decirse que son los mismos que los de la condición resolutoria ordinaria expresa: el contrato desaparece como si no se hubiera celebrado ningún acuerdo de voluntades, teniendo lugar las restituciones que hubiere lugar, desde luego - que la resolución opera retroactivamente: si por medio del contrato se - había procedido a la entrega de la cosa y tradición de la misma, la resolución en virtud del pacto comisorio hace volver ese dominio al otro contratante el cual se entiende que no ha estado privado de él entre la celebración del contrato y su resolución.

El pacto comisorio dentro de nuestro código no se encuentra regula- do. Fue suprimido por el legislador de 1902.

En la mayoría de legislaciones sí se regula. En Chile lo regulan especialmente para el contrato de compraventa, aunque no es óbice para no poderlo aplicar a cualquier otro tipo de contrato. Sin embargo, lo trata en el párrafo diez del título de la compraventa, cuando dice del pacto - comisorio en que se estipula expresamente, con relación a la obligación del comprador de pagar el precio, que no pagándose el precio en el tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta. El Art. 1877 dice:

""Entiéndese siempre esta estipulación en el contrato de venta; y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio y produce los efectos que van a expresarse"".

### 33. EFECTOS JURIDICOS DE LA CONDICION RESOLUTORIA.

Analizaremos los efectos jurídicos de la condición resolutoria frente a las diferentes situaciones en que puede encontrarse toda condición. Estas situaciones legalmente son tres: pendiente, fallida y cumplida.

Se dice que la condición está pendiente, *conditio pendet*, mientras se realiza o verifica el acontecimiento en que consiste y se ignora si se realizará o no.

La condición está fallida, *conditio deficit*, cuando no llega a analizarse el acontecimiento, siendo positiva, o se ha verificado, siendo negativa.

Por último la condición está cumplida, *conditio existit*, *impleta* o *expleta* est, cuando el acontecimiento se ha efectivamente realizado o verificado, si el hecho es positivo, o no se ha realizado o se ha hecho imposible el negativo.

Así las cosas, la condición pendiente mantiene en suspenso la adquisición del derecho correlativo de la obligación o mantiene en suspenso la resolución del mismo. Se dice entonces que mientras la condición está pendiente no puede por lo tanto exigirse el cumplimiento de la obligación sea esta suspensiva o resolutoria, pues no se sabe en definitiva si el deudor estará o no obligado a cumplir la obligación que se ha hecho depender de un acontecimiento futuro que puede suceder o no, o deberá hacer efectiva su resolución.

Si la condición falla, la obligación que de ella depende no llega a formarse, o no se resuelve aquella, cuya resolución está subordinada a dicha condición. Para saber cuándo la condición está fallida hay necesidad de distinguir si la condición es positiva o es negativa. Además si es o no determinada, es decir si tiene plazo fijado para su realización. Y así, se considera fallida la condición positiva cuando el plazo dentro del cual el acontecimiento previsto debía realizarse, no se ha verificado.

La condición negativa es fallida cuando el acontecimiento contemplado en ella llega a realizarse dentro del plazo señalado para su no realización. Ver Art. 1353 C. salvadoreño.

La condición debe cumplirse literalmente en la forma convenida, reza el Art. 1355. El Art. 1356 señala que para exigirse el cumplimiento de la condición es necesario que aquella se verifique totalmente. Los siguientes Arts. 1357 y 1358 también huden a la condición cumplida fijando cada uno normas reguladoras de diferentes situaciones.-

Visto somera y superficialmente las situaciones en que se encuentra toda condición, entremos ahora a explicar los efectos jurídicos de la condición resolutoria. Advertimos que estos tres estados nos servirán en la explicación de los efectos jurídicos.-

Veamos primeramente, los efectos relativos a la condición resolutoria ordinaria.-

Hemos dicho a lo largo de este trabajo que la condición resolutoria no afecta la adquisición de un derecho, sino la extinción del mismo. Se dice atinadamente que la condición a que ordinariamente esté subordinado la adquisición de un derecho por una persona, tiene el carácter de resolutoria del mismo derecho para el actual propietario obligado a traspasar al acreedor condicional.-

#### 34. LA CONDICION RESOLUTORIA PENDIENTE

No afecta la adquisición del derecho. Por el contrario, el contrato bajo condición resolutoria es puro y simple, más la resolución es condicional. Siendo su derecho puro y simple, el contrato o acto jurídico en cuestión surte todos sus efectos derivados del mismo negocio jurídico. Se vuelve consecuentemente en propietario de la cosa, y puede exigir, prescindiendo de la condición, el cumplimiento inmediato del contrato. Una condición resolutoria es perfecta desde el momento de su realización, de consiguiente el acreedor puede perseguir su pago. Si el contrato es de aquellos que implica la tradición\* de la cosa, el comprador se hace dueño de la misma desde el momento de la celebración del contrato, adquiere pues la propiedad de la cosa. El vendador por su parte, debe desprenderse de la cosa y hacer la tradición\* de la misma a su nuevo dueño. Tratándose de otro tipo de contrato el comprador adquiere todos los derechos derivados de aquel y puede ejercer las acciones correspondientes para obligar al vendedor a cumplírselas. (40)

El contrato hecho bajo condición resolutoria, siendo puro y simple



en cuanto a su existencia, recibe su cumplimiento como si no hubiera condición. Se sigue de aquí que el comprador bajo condición resolutoria tiene todos los derechos que resultan de la venta y responde toda las obligaciones que de él se desprenden. Puede demandar la entrega de la cosa vendida y debe pagar el precio y cubrir el importe de los derechos que ocasione la transferencia de dominio. El comprador tiene todas las acciones posesorias a su favor o de petición, relativa a la cosa vendida. El vendedor tiene a su vez todos los derechos que se le conceden al acreedor condicional. Especialmente a los actos de conservación. Ello es así porque el comprador bajo condición resolutoria es deudor de la cosa bajo condición suspensiva y por consiguiente el vendedor es acreedor bajo condición suspensiva.-

### 35. EL PROBLEMA DE LOS RIESGOS

La teoría de los riesgos es el enunciado general de la imposibilidad de ejecución de una obligación, proveniente de casos fortuitos que deterioran o destruyen la cosa debida. Su objeto principal es determinar cual de las dos partes contratantes soporta las consecuencias perjudiciales de esa falta de ejecución. Los riesgos y peligros de la cosa debida se refiere al cuerpo cierto y determinado que es el objeto de la obligación, y no al género porque éste no perece.-

En concreto podemos decir que para que opere la teoría de los riesgos se necesitan dos circunstancias.-

- a) Que la cosa que parezca sea un cuerpo cierto y determinado.
- b) Que la cosa parezca a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor.-

Tratándose de los contratos unilaterales, el daño de la pérdida e imposibilidad recae sobre el dueño de la cosa. Aquí tiene cabida el principio res perit creditor. Así en el depósito, la pérdida de la cosa coloca al depositario en la imposibilidad de devolver la cosa al depositante. En tal caso quien sufre la pérdida es el depositante. Sin embargo, si expresamente se hubiera estipulado que el depositario respondería de todo peligro, no obstante, que fuera casual la pérdida de la cosa, sería éste el que cargaría con los riesgos de la cosa.-

En los contratos bilaterales si la prestación del riesgo se atribuye

al deudor, tendría aplicación la regla de res perit debitori. Esto quiere decir que él perderá la cosa sin poder exigir el cumplimiento de la obligación asumida por el otro contratante en beneficio suyo. Por el contrario si se le atribuye al acreedor, significa que no obstante la extinción de su derecho para poder exigir del deudor, queda obligado a ejecutar lo que había acordado.

Sin embargo, hay una tesis de origen romanista que sostiene que la obligación de prestar riesgos y peligros de la cosa debida solo los debe soportar el dueño. El aforismo jurídico "res perit domino", significa, la cosa perece para su dueño. Quien tiene la propiedad de la cosa soporta los riesgos, cualquiera que sea su participación en la relación contractual. Con estos antecedentes cabe preguntarse: Quién sufre esta pérdida, el acreedor condicional o el deudor condicional?

En Francia, se dice que la ley no ha resuelto la cuestión en términos financos. Según la opinión más generalizada la pérdida es para el comprador y no puede demandarse la restitución del precio, aún cuando la condición resolutoria se cumpla. El deudor condicional sufre los riesgos y como el comprador es deudor condicional se le aplicaría la disposición del Art. 1182 (1358 C.C.S. La base para ello es que la condición resolutoria cuando se ha cumplido anula el contrato como si nunca hubiera existido, entonces se pregunta. ¿No se podría decir que el vendedor soporta los riesgos, en el sentido de que la cosa perece para el propietario? Mas se dice: la resolución no puede tener lugar. En caso de resolución, el comprador debe restituir la cosa. Pero esta restitución se hace imposible. Por lo tanto, el comprador no puede invocar la resolución del contrato para demandar la restitución del precio, porque de su cuenta también está obligado a restituir la cosa y como no puede restituirla tampoco puede demandar la restitución del precio.-

La posición que más predomina en cuestión de riesgos es la que sostiene que la pérdida de la cosa pendiente condición-pendente conditione impide que se verifique la condición resolutoria, y de ahí que el acreedor entendido como el que goza de todos los derechos al verificarse la condición sea quien soporte el daño no solo cuando el evento llegue a ocurrir, sino cuando no ocurre. En ambas situaciones el acreedor pierde según esta tesis, todos los derechos. Así el comprador en un contrato de venta, no tiene derecho a pretender la resolución del contrato ni la restitución del precio (41).

Otros autores opinan lo contrario. En principio niegan que la pérdida de la cosa impida en todo caso la resolución del contrato. Para aclararlo formulan dos hipótesis: Si la pérdida ocurre cuando la condición resolutoria aún no se ha verificado, es soportada necesariamente por el acreedor, es decir por el comprador. Este no podrá pedir la restitución del precio desde el momento en que el contrato de venta permanece irrevocable. Mas si la condición resolutoria se verifica, es decir se cumple el evento en que se hace consistir, la pérdida es soportada por el deudor, es decir el vendedor, desde luego que el contrato se entiende no ultimado, no verificado. El comprador en el caso de la venta podrá resolver el contrato y demandar la restitución del precio al vendedor, el cual está obligado a pagárselo, no obstante que el comprador no puede restituirle la cosa.-

Laurent, autor francés, por su parte critica la solución sustentada por sus colegas franceses, apoyada en la disposición legal. Art. 1182 C. Francés, en éstos términos: "A nuestra vista el acreedor condicional deberá sufrir los riesgos, así como el acreedor puro y simple; pues es claro que este principio, si es cierto, debe recibir su aplicación a la condición resolutoria, porque esta condición implica una condición suspensiva; a decir verdad no hay otra condición que la condición suspensiva, y una y sola condición no puede producir dos efectos distintos. Esto que se opone a la retroactividad de la condición resolutoria es nada menos que decisivo. (42)

Y agrega algo más importante: Creemos que la regla del res perit domini no es aplicable en materia de obligaciones. Que la cosa perezca para su propietario cuando no forma el objeto del contrato alguno, es evidente la propiedad es un derecho real y todo derecho real se extingue por la pérdida de la cosa que se ejercita. Deja de ser así cuando la cosa es una cosa debida por el deudor y estipulada por el acreedor. (43)

Algunos autores italianos, entre los cuales se destaca Giorgi, por su parte estiman que la posición correcta en esta cuestión es la que se apoya en principios de razón e intención de las partes contratantes. Así dice: "si consultamos la razón nos dirá que la voluntad presunta de las partes es el único criterio para regular los riesgos. Ahora bien: ¿Cuál es la voluntad de las partes cuando contratan bajo condición resolutoria?

Quieren quizás que, ocurriendo la resolución, queden firmes los efectos del contrato, y éste sea causa del lucro o de pérdida para alguno de ellos? No sin duda, ocurrida la resolución no debe quedar ninguna consecuencia del contrato ultimado. Todo aquello que puede ser cancelado debe extinguirse, y todo deb volver inpristinum, como si el contrato no hubiere sido nunca ultimado". "Ahora bien, esto trae consigo como consecuencia necesaria el deber de soportar por el vendedor la pérdida de la cosa por ser sobre el que recaería, si el contrato de venta no se hubiere ultimado nunca (44).

Don Luis Claro Solar, sostiene que la pérdida de la cosa es para el comprador, quien no puede pedir la restitución del precio, aunque se realice la condición, desde luego que no puede restituir la cosa. Que ello es consecuencia del principio sostenido por el Art. 1486 C. C. Chileno de que se extingue la obligación con la pérdida total, porque su obligación de restituir la cosa en el evento de la condición no puede ya formarse desde que la cosa no existe, y, por que la obligación del vendedor de restituir el precio tampoco puede formarse por no existir causa. Además que el Art. 1486 no limita su contenido al caso de la condición suspensiva, sino que es de aplicación general.

Según nuestra opinión la cuestión de los riesgos no ha sido debidamente regulada. El Art. 1357 da una solución, pero nos parece que se aplica únicamente a la condición suspensiva y no la condición resolutoria. El derecho romano, los expositores del derecho nosnos dan una solución uniforme al problema.

Veamos lo que dice el Art. 1357 en mención:

Art. 1357: Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida parece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios.

En realidad la anterior disposición no es más que una aplicación de la regla contenida en el Art. 1421 que prescribe que el riesgo de el cuerpo cierto cuya tradición se debe es siempre a cargo del deudor, a menos que el acreedor se constituya en mora de recibir, pues en tal caso será a cargo de éste el riesgo de la cosa hasta que la tradición se verifique.

Pendiente la condición resolutoria, el evento en que ésta consiste no se sabe si se producirá o no. En otras palabras, el comprador en un contrato de venta, se hace propietario de la cosa y la resolución de su derecho, se ignora si se producirá o no. En tal situación, si la cosa perece en su poder, por caso fortuito o fuerza mayor, el riesgo lo sufrirá el comprador, si la condición no llega a realizarse pues es claro que no habrá modo de pedir la resolución de la obligación. Aquí pues, pierde la cosa, y además perdería el derecho de reclamar el precio que pagó al obtener la propiedad de aquella, y no habría modo de reclamarlo. Pero si la condición se cumple, la cosa ha parecido sin culpa del comprador, el riesgo ha de sufrirlo únicamente el vendedor. Ello es así desde luego que cumpliéndose la condición, el comprador tendría que entregar la cosa. Más como éste ya no existe el vendedor perderá la cosa. Tiene aplicación aquí la regla del Art. 1418 inc. 2o. que dice... El comprador a su vez puede entablar la resolución de la obligación y pedir la devolución del precio.

#### 16 - PERDIDA O DETERIORO PARCIAL DE LA COSA.

Pendiente la condición resolutoria, el riesgo siempre lo sufrirá el comprador, desde luego que la condición no se ha cumplido y no puede tener lugar la resolución del contrato. Por el contrario si la condición se cumple el riesgo lo sufre el vendedor quien deberá recibir la cosa en el estado en que se encuentre, siempre que exista por supuesto para el uso a que esté destinada. Los Arts. 1357 y 1460 C. se aplicarían a este respecto.

Giorgi opina que en esta situación debe de regir la misma regla que para la pérdida total de la cosa. Y solamente cuando las partes manifiesten una voluntad contraria, o quisieran que la condición no se ratrotrayese, los riesgos serán soportados por el comprador. Sobre esto insistiremos más adelante.

#### 37 - REGULACION SOBRE LOS FRUTOS DE LA COSA.

Tal como se ha venido repitiendo la condición resolutoria no suspende la adquisición del derecho de dominio sobre la cosa bajo condición. El comprador pendiente la condición se convierte en propietario de la cosa. Así adquiere los frutos que aquella va produciendo, y los hace -

suyos.

En un contrato de compraventa vemos más claro este aspecto. El comprador adquiere la propiedad de la cosa vendida. En consecuencia, convertido en propietario tiene derecho a apropiarse de los productos ya naturales ya civiles que la cosa produzca. El art. 627 dice que los frutos naturales de la una cosa pertenecen al dueño de ella, sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes o por un hecho del hombre al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario. Y, el art. 629 en relación a los frutos civiles dice lo mismo: que pertenecen al dueño.

El vendedor por su parte, hace suyos los intereses que le pueda producir el precio de la venta. Esta cuestión es tan amplia que aun cuando la condición se cumpla, el comprador que restituye la cosa, no está obligado a la devolución de los frutos a menos que por disposición de una ley o la voluntad de las partes o del testador en su caso, así se determine. En tales términos se expresa el Art. 1359. La ley considera aquí una especie de compensación entre los frutos de la cosa y los intereses del precio.

La regla mediante la cual los frutos pertenecen al comprador puede ser entonces modificada. En efecto, la ley, las partes o el mismo testador pueden hacer variar esta regla.

El art. 1677 es un caso típico en que la ley dispone lo contrario: Cuando la venta se resuelve por no haberse pagado el precio, el vendedor tendrá derecho a retener las arras o a exigir las dobladas y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que le corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagado. Asimismo los arts. 1060 y 1071 al referirse a las asignaciones testamentarias condicionales y modales, disponen que los frutos percibidos no quedan en poder del asignatario, al cumplirse la condición. A menos que el testador lo hubiere expresamente concedido. En la asignación modal se impone la obligación de devolver la cosa, junto con los frutos.

Respecto a la voluntad de las partes y del testador, sabemos que por el principio de la autonomía de la voluntad, pueden modificar las reglas establecidas. La intención de las partes, es motivo digno de tomar

se en cuenta.

El código francés no tiene ninguna disposición que autorice a la recepción de los frutos tal como lo tenemos en nuestro código. Resuelven este problema en base al principio de la retroactividad de la condición. Ello significa que si la condición se cumple, las cosas deben de volver al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. - No obstante dan la misma solución sostenida por nuestro código, diciendo que en la cuestión relativa a los frutos no puede tener aplicación plena el principio de la retroactividad. La razón es que tales frutos se han adquirido en virtud de un título oponible al vendedor.

Por supuesto ésta no es la única opinión. Hay otra que sostiene lo contrario. Si se aplica el principio de la retroactividad, los frutos pertenecerán al que enajenó la cosa bajo condición resolutoria. Si las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato, es lógico que los frutos deben ser restituidos.

La tendencia más generalizada en esta cuestión, sin embargo es la de que pendiente la condición resolutoria el comprador se hace dueño de los frutos y debe quedarse con ellos al cumplirse aquella (45).

### 38 - CONDICIÓN RESOLUTORIA CUMPLIDA.<sup>x</sup>

Bajo este estado, la condición se ha verificado. El evento futuro e incierto del cual se estaba haciendo depender la existencia del derecho, se ha dado. Significa entonces que la condición se cumplió. Cumplida aquella, tiene lugar la resolución del contrato.

El cumplimiento de la condición trae como consecuencia la extinción del derecho. En el ejemplo de la compraventa pendiente la condición el comprador se hace dueño de la cosa como si la obligación fuera pura y simple. Al verificarse la condición, el comprador perderá su derecho sobre la cosa, su derecho entonces se habrá extinguido.

Consecuente con lo anterior, el vendedor recobrará la cosa vendida. El comprador recobrará a su vez el precio que hubiere dado por ella. De conformidad al art. 1358, las cosas deben volver al estado anterior a la

celebración del contrato.

Art. 1358.- Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que éste haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación si el deudor lo exigiere.

De los términos en que está redactada la anterior disposición se deduce que la condición cumplida extingue ipso iure, de pleno derecho, por su sola verificación, el contrato y las obligaciones que de él se derivan. Naturalmente que el legislador no se ha servido de las anteriores palabras para dar por terminado el contrato. Más es claro que ese es el efecto que quiso darle.

Además el mismo código cuando habla de la condición resolutoria tácita, en los efectos de ésta dice que la resolución o el cumplimiento deberá pedirlos ante el Juez. Y si se ha diferenciado una condición de otra, es precisamente porque una no necesita sentencia que la declare y otra sí.

Don Luis Claro Solar se basa para defender esta tesis, en la palabra usada en el art. 1360., pero en tal caso. Es decir, en el caso de la condición resolutoria tácita, la resolución no se opera ipso iure; es preciso que el acreedor lo pida al Juez. Luego, el otro caso, el de la condición resolutoria convencional, se produce la resolución por el simple cumplimiento de la condición sin necesidad de demanda ante el Juez (46).

Laurent por su parte dice que la resolución de pleno derecho, resulta dentro del código francés-, de la combinación de los arts. 1183 y 1184. Este último tratándose de la condición resolutoria tácita prescribe que "en este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho". Lo que supone, dice, que hay otro caso en que el contrato se resuelve de pleno derecho. El 1183 por su parte "la condición resolutoria expresa produce la revocación de la obligación" y aun cuando no dice de pleno derecho, su sentido es claro.

En resumen: cuando se cumple la condición resolutoria, el derecho se extingue sin declaratoria judicial. Lo único que habrá de probarse ante el funcionario es que la condición se cumplió. Verificado lo anterior, deberá quedar resuelto el contrato. Un juez no podría tener por resuel-



to un contrato en el que conste que estaba sujeto a condición resolutoria y ésta se ha dado.

Cumplida la condición resolutoria, las cosas vuelven al estado anterior a la celebración del acto como si nada hubiese sucedido. El comprador devuelve la cosa. No podrá ser obligado a la devolución de los frutos, salvo excepciones ya estudiadas. El vendedor devolverá el precio de la cosa y los intereses quedarán en su poder, salvo excepciones.

### 39 - PROBLEMA RELATIVO A LA OPOSICION DE LA RESOLUCION.

La resolución puede ser opuesta a todos, es decir a las partes y a los terceros sin necesidad de declaratoria judicial. Todo el que tenga interés en la resolución podrá a su vez invocarla sin necesidad de sentencia que lo autorice a ello.

Es natural que esta resolución produce sus efectos en la forma dicha. Respecto a las partes los efectos son los mismos derivados de la resolución que antes se explicaron. Queda algo por resolver aún. Podrá exigirsele a quien haya deteriorado la cosa indemnización por los perjuicios? En lo tocante a los riesgos vimos algo de esto. Queda por agregar solamente, que si el deterioro es culpable el infractor deberá responder de tales perjuicios.

Pero que sucedería si el comprador no entrega la cosa porque la ha enajenado? Y que sucedería si el vendedor no entrega el precio? Estas interrogantes las dejamos planteadas para resolverlas en el Capítulo III.

Respecto a los terceros, ¿cómo los afecta la condición resolutoria?

Entendemos por tercero el que no ha tenido participación en el contrato original, en el cual se pactó la condición resolutoria, pero que por actos posteriores se ve ligado de alguna manera. Así, si el comprador bajo condición resolutoria vende a un tercero la cosa recibida, al resolverse el contrato, ¿cómo lo afectará? ¿Puede decirse que el primer vendedor puede promover la resolución contra el comprador, es decir el tercero?

La acción de resolución, como lo veremos oportunamente, es una ac-

ción de tipo personal. En consecuencia no podría ejercitarse en contra del tercero. En cuanto a la otra interrogante, se contesta que como la resolución se produce de pleno derecho, el vendedor primitivo sigue siendo dueño de la cosa y por lo tanto podrá perseguir por la reivindicación la cosa en manos del que la poseyera. En este sentido es que la resolución produce efectos contra terceros.

El problema no termina. Nos preguntamos, ¿cual será el efecto de los actos ejecutados por un tercero contra el propietario bajo condición resolutoria? Más claramente se relaciona la interrogante con los acreedores del comprador condicional. Suponiendo que éstos le embarguen la cosa - que está en su poder, al cumplirse la condición, ¿que es lo que pasa?.

Este problema suele resolverse por unos, con base en la retroactividad. Si la condición se cumple, resolución de pleno derecho. Consecuencia: las cosas vuelven a su estado primitivo, y así, se considera que el comprador no ha sido propietario de la cosa, y los gravámenes que pasan - sobre el inmueble o cosa objeto del contrato, también deben desaparecer. Laurent: "No puede decirse que el comprador es causahabiente del vendedor; debe pues aplicarse el principio en virtud del cual el vendedor no puede estar ligado por un fallo en que no ha sido parte ni ha sido representado. (47).

Otros estiman que cumplida la condición resolutoria, el embargo que pesa sobre la cosa mueble o inmueble tiene que quedar sin ningún valor. El comprador deberá restituir la cosa a su primitivo dueño. Si el bien es inmueble el simple embargo no lo hace salir de su propiedad. Se podrá intentar una demanda de desembargo comprobado la propiedad de la cosa de parte del vendedor.

Si la cosa embargada es mueble, sale del poder del comprador; al cumplirse la condición se verá el comprador con dificultad de entregarla. En tal caso puede igualmente pedirse el desembargo.

#### 40 CONDICION RESOLUTORIA ? ALLIDA.

En este estado la condición resolutoria queda irrevocablemente firme. El acontecimiento del cual se hacía depender la existencia del derecho, -

es cierto que ya no se realizará. El derecho del comprador queda como en un principio, puro y simple: como si se hubiera ultimado ab initio, sin condición resolutoria. Los actos realizados por el comprador son perpetuados, es decir quedan completamente válidos. Si haciendo uso del derecho sobre la cosa el comprador la había enajenado, las enajenaciones quedan válidas. Nada podrá oponerse a ello.

En ningún caso podrá ser obligado el comprador a devolver los frutos. El vendedor por su parte queda anulado en su derecho potencial de recobrar la cosa. Si ha ejecutado con ese carácter algún acto sobre aquella, serán nulos tales actos. Naturalmente se hace dueño definitivo también del precio de la cosa y de los frutos producidos.

En general pues, se entiende que falló la condición resolutoria, si siendo positiva el plazo dentro del cual debía verificarse ha llegado y la condición no se dió. Y siendo negativa si llega a ser cierto que el acontecimiento no podría realizarse jamás. Tómese en cuenta lo dicho en el No. 33.

#### 41 - EFECTOS JURIDICOS DE LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA.

La ley da el nombre de condición resolutoria tácita, a la que se sobrentiende en los contratos bilaterales, pero no determina cuales son sus efectos.

La verdad es que no podemos aplicar tajantemente a la condición resolutoria tácita, todo lo que se dice de la condición resolutoria.

Veamos, la condición resolutoria tácita de conformidad al Art. 1360, no produce sus efectos de pleno derecho. El artículo citado claro está que no lo dice. Pero siendo congruentes con su contenido podemos afirmar lo. En esa disposición se dan al acreedor, dos derechos: 1 - Pedir la resolución del contrato; 2 - Pedir el cumplimiento forzoso de él. Claro es tá que tanto en uno como en otro caso, cabe la indemnización de los perjuicios.

Si el legislador está ofreciendo dos acciones, no se puede estimar que la resolución opera de pleno derecho. De lo contrario estaríamos vedando al acreedor su derecho de elección. Naturalmente que al momento -

de entablar la demanda deberá decidirse por una de las dos.

Si la condición resolutoria tácita no produce sus efectos de pleno derecho, es necesario que al deducir cualquiera de las dos acciones, acuda ante el juez, con el objeto de obtener sentencia a su favor.

La frase "podrá pedir a su arbitrio", nos está poniendo de manifiesto que el contratante perjudicado debe demandar judicialmente su derecho.

El papel del juez no se reduce como en el caso de la condición resolutoria a establecer simplemente si el demandado ha dejado de cumplir su obligación y que se dió la condición. Por el contrario, el juicio es contradictorio. Habrá que resolver excepciones, las razones que aduzca el demandado, etc.

En el código de Napoleón, el art. 1184 declara que la resolución debe ser dada judicialmente. Sin embargo nuestro código no lo dice expresamente, pero se entiende que sí. Además hay otra serie de disposiciones dentro de nuestro código que dan base para ello. El art. 1675 colocado en el capítulo de la compraventa. ""Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo debido, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio a la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios. Y el art. 1676, agrega; ""La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente".

Otro detalle bien importante en este artículo, y que lo diferencia del art. 1184 del C. de Napoleón es, que la indemnización de perjuicios puede solicitarse con cualquiera de las dos acciones que se ejercite. En cambio en el código francés, la indemnización procede sólo cuando se hace uso de la acción resolutoria. Esto por supuesto ha dado lugar a una serie de disputas de la más diversa índole. Mientras unos autores sostienen la necesidad de que haya culpa y mora para pedir la resolución, otros arguyen que basta el incumplimiento, aun cuando sea producido por fuerza mayor o caso fortuito.

#### 43. LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA.

Declarada la resolución en la condición resolutoria tácita, se produ

ce un efecto igual que el que se produce en la condición resolutoria ordinaria. El de la retroactividad. Los tratadistas están en general de acuerdo en aplicar este efecto también a la condición resolutoria tácita. En efecto, el Art. 1359 expresa que cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiera recibido en virtud de ella, Este artículo no distingue a que tipo de condición resolutoria ha de aplicarse, de allí que se concluya que también tiene vigencia para la condición resolutoria tácita. De tal manera pues, que pronunciada la sentencia, las cosas deben de volver a su estado primitivo.-

Veamos ahora cual es el efecto de la retroactividad entre las partes contratantes. Las cosas vuelven al estado común como si no hubiese existido contrato. Sucedería igual que el caso de la condición resolutoria expresa, tal como se ha explicado, Cabe sin embargo una interrogante. Y, si el contrato ha producido efectos que no puedan anularse, podrá decirse que la resolución no tiene que decretarse?

Se planteó esta interrogante a raíz de una sentencia pronunciada ha muchos años por el tribunal de Lyon: "Se arrendó una mina por 36 años y el arrendatario cedió las ventajas y las cargas de su contrato, mediante trescientos mil francos pagaderos por un tercero. El cesionario pagó los dos primeros plazos pero no pagó el tercero y no cumplió además con las cargas que se habían impuesto al cesionario. La resolución del contrato fué pronunciada. Cómo debió entenderse esta resolución? Fue una resolución retroactiva que volvía las cosas a su antiguo estado como si no hubiera habido contrato? La Corte de Lyon dijo que era imposible dar efecto retroactivo a la resolución. Se argumentó que el contrato aseguró al cesionario una serie de productos sucesivos: que los productos se reputaban como otras tantas ventas parciales que se consumían por el hecho de la percepción. La restitución en consecuencia no podía hacerse, tampoco podía tratarse de retroactividad.-

En realidad este es uno de los casos en que nos encontramos en presencia de los contratos denominados de tracto sucesivo. En tales contratos se estima que es imposible borrar los efectos jurídicos que se hayan producido.-

Nosotros ya nos hemos pronunciado al respecto en el mismo sentido.

Tan es así que a estos contratos no se aplica la resolución sino una figura especial que conlleva también la resolución y que se denomina técnicamente "terminación" (Ver N . 63 )

¿La retroactividad de la condición resolutoria tácita afecta a los terceros? Si, al igual que la condición resolutoria ordinaria. Resolviéndose el contrato se mira como si no hubiese existido jamás. De tal manera que el comprador bajo condición resolutoria deja de ser propietario y todos los derechos que ha podido conceder dejan de tener efecto desde la resolución de su derecho.

La resolución decretada puede oponerse sin necesidad de sentencia judicial, cuando se trata de la condición resolutoria ordinaria. La tácita puede igualmente oponerse a terceros y a las partes mismas, mas es necesario una sentencia previa.-

Significa lo anterior entonces, que los efectos jurídicos de la condición resolutoria tácita, subsisten mientras no se ha pronunciado la sentencia, y dejan de producirse cuando se resuelve el contrato.-

En cuanto a los frutos, también se aplica el principio de la retroactividad. Luego entonces, podríamos decir sin temor a equivocarnos, todos los efectos jurídicos de la condición resolutoria expresa se aplican a la condición resolutoria tácita. Se concluiría que ambas acciones son en el fondo iguales. Se diferenciarían únicamente, en cuanto al trámite y el tipo de contratos a que se aplican.-

ITAS DEL CAPITULO II

- (30) Paulo. Ley 44, No. 32 Obligaciones
- (31) Eugéne Petit Tratado Elemental de D. Romano, pág. 497 párr. 2
- (32) Marcel Planiol-Ripert Derecho Civil Francés, Tomo VI, pág. 538
- (33) Art. 1184 C.C. Francés: "La condición resolutoria siempre se sobrentiende en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que una de las partes no realice su respectiva obligación.  
Y, el art. 1165 del C.C. Italiano, dice: "En este caso el contrato no se rescinde de pleno derecho. El perjudicado puede optar entre exigir a la otra parte el cumplimiento del contrato, cuando sea posible, o pedir la rescisión, además del resarcimiento de los daños en ambos casos.
- (34) G. Giorgi Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno, Tomo III, pág. 40
- (35) F. Laurent Principios de Derecho Civil Tomo XVII, pág. 184
- (36) F. Laurent Obra citada, pág. 214
- (37) F. Laurent Obra citada, pág. 185
- (38) Planiol y Ripert Obra citada, pág. 467
- (39) Luis Claro Solar Explicaciones de Derecho Civil, Tomo X, pág. 149
- (40) Esto supone una restricción al derecho del acreedor, ya que no puede aminorar la justa esperanza del deudor de ver resuelto el contrato. y, por disposición especial, no puede despedirse al arrendador. hasta que el comprador llegue a ser propietario irrevocablemente.
- (41) Así opinan: Toullier, VI, 598- Massé et Vergué, IV, 372. Aubry y Rau, Demolombe, Laurent y Paccifici Mazzonni.
- (42) F. Laurent Ob.cit. pág. 135
- (43) F. Laurent Ob.cit. Tomo XVI pág. 208
- (44) G. Giorgi Ob.cit. pág. 396
- (45) Sobre esto, Laurent, Aubry y Rau están por la tesis de que los frutos le pertenecen al primer vendedor. Demolombe, y Planiol, por la contraria.
- (46) Luis Claro Solar Ob. cit. pág. 151
- (47) F. Laurent Ob.cit. pág. 172

### CAPITULO III

#### LA CONDICION RESOLUTORIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

a) Análisis del Art. 1360 C.

Art. 1360. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.-

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios en uno y otro caso.-

Este artículo se ha mantenido invariable dentro de nuestro Código desde la edición de 1880.-

El comentario de esta disposición lo haremos analizando los problemas que dentro de nuestro derecho actual, pueden darse en base al contenido del Art. 1360.-

43) CONTRATOS A LOS QUE SE APLICA. Lo primero que habremos de aclarar es lo relativo a la clase de contratos a que se aplica la anterior disposición. Ya antes nos habíamos pronunciado por los contratos bilaterales. Situados en el campo de nuestro derecho positivo seguimos sosteniendo que la disposición solo se aplica a los contratos bilaterales. Pero no a cualquier clase de contrato bilateral, sino a una única clase: a los bilaterales perfectos. Ello precisamente porque el artículo en comento expresamente se refiere a los contratos bilaterales y porque analizando doctrinariamente los hechos en virtud de los cuales se estableció la condición resolutoria tácita, se concluye que solo puede interpretarse la voluntad presunta de las partes contratantes, cuando se refiere a los bilaterales. Tómese en cuenta que los imperfectos son en sentido estricto unilaterales. (Ver No. 29. ).-

En cuanto a los unilaterales descartamos la tesis de los que sostienen que el Art. 1360 también se aplica a ellos. Se sostiene que hay una serie de disposiciones aisladas referentes a contratos unilaterales en los que se habla de una resolución. Así en los Arts. 1935 y 2146 Inc. 3ª. En ambos se habla de una restitución como efecto a una contravención a las reglas que las mismas disposiciones establecen. En ese detalle quieren fundamentarse los que sostienen la tesis arriba indicada.-



En esas disposiciones la ley emplea el término restitución que sería el efecto principal de la condición resolutoria a tenor del Art. 1358.

Mas cabe preguntarse ¿bastaría lo anterior para estimar que los contratos unilaterales están incluidos en el Art. 1360?

Indudablemente no. Para llegar a una conclusión de tal naturaleza se hace indispensable analizar una serie de situaciones que se estiman serias dentro de la acción resolutoria. Si estas mismas situaciones se dieran en los casos antes planteados, no nos quedaría otra alternativa que cambiar nuestro criterio. Veamos. Para el ejercicio de la regla del Art. 1360 se requiere:

- a) Un incumplimiento.
- b) Que el incumplidor esté en mora
- c) Se puede ejercitar cualquiera de las dos acciones
- d) Se aplica la regla del Art. 1423; ninguno está en mora dejando de cumplir el otro lo pactado.

Declarada la resolución se desprenden otras consecuencias:

- a) Restitución
- b) Retroactividad
- c) Efectos contra terceros

No detallamos ninguno de ellos desde luego que más adelante se desarrollan.-

En los contratos unilaterales sí podemos hablar de incumplimiento. En el caso del comodato sería el no usar la cosa para el uso convenido. En la prenda, el no cumplir con la obligación de guardar y conservar que señala el Art. 2144C.-

La mora. En los unilaterales no es necesario la constitución en mora ni siquiera la interpelación, basta el incumplimiento. En la aplicación del Art. 1360 hemos recalcado que esto es indispensable.-

En los unilaterales el actor no puede entablar dos acciones como en el 1360 se regula. Allí solo pedirá la restitución. Aquí la resolución que tiene por fin extinguir todo vínculo jurídico y además el cumplimiento forzoso. Esto último no se puede ejercitar a tenor de las disposiciones señaladas.

En los contratos unilaterales no se aplica la regla contenida en el Art. 1423. Esto es claro entenderlo, desde luego que no puede referirse a los unilaterales pues no hay en estos obligaciones recíprocas.-

Esta regla del Art. 1423 que se traduce en que ninguno de los contra tantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, si el otro por su parte no cumple, es algo determinante para el aspecto de la mora y el cum- plimiento. Sería contrario al derecho que el incumplidor pudiera exigir al otro contratante y resolver el contrato, cuando él a su vez no ha cum- plido con su obligación.-

En cuanto a las consecuencias, es claro que la restitución tiene efecto en ambos tipos de contratos. Pero será en los contra tos uni latera les, esto un efecto de la retroactividad? Consideramos que no, que la re tro acti vi dad solo puede hacerse depender de la acción resolutoria referente a los contra tos bi latera les desde luego que las obligaciones son reci procas. Al declararse la resolución se tiene que devolver lo que se reci bió a consecuencia de la obligación. Si se trata de una compraventa se devolverá el precio por el vendedor y la cosa por el comprador.-

Tratándose de los unilaterales esto es imposible. El que incumplió, el que abusó de la prenda, será el que devolverá ésta, la restituirá como dice la disposición, pero él ¿qué puede pedir a cambio?

Por otra parte el acreedor prendario es obligado a la restitución de los frutos junto con la cosa objeto de la prenda, de conformidad al Art. 2153.-

En la restitución a consecuencia de la condición resolutoria los frutos por regla general le quedan al demandado.-

La renta vitalicia es otro contrato unilateral. En este contrato al morir la persona obligada, se extingue la obligación. Aquí no opera el principio de la retroactividad. La acción resolutoria pasa, sin embar go, a los herederos, de conformidad 1363. En términos generales, pues, se puede manifestar que la condición resolutoria tácita sólo puede apli carse a los contra tos bi latera les perfectos. Los unilaterales si bien precisan de una restitución como efecto de la resolución, no es una verda dera acción resolutoria. Se puede decir que es una hipótesis especial,

creada por el legislador para regular situaciones especiales. De no ser así, el legislador no hubiera distinguido el tipo de contrato en el Art. 1360, sino que hubiese dicho "en los contratos".-

En cambio la disposición del 1360 es de contenido general para todo tipo de contratos bilaterales. Y en el mismo artículo no solo comprende la acción de resolución, sino la de cumplimiento.-

Incumplimiento: se requiere para la existencia de la condición resolutoria tácita que una de las partes contratantes deje de cumplir con sus respectivas obligaciones. El Artículo dice:... de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado..... En otras palabras que exista un incumplimiento. No distingue la ley si este incumplimiento debe ser total o basta el simplemente parcial.-

La mayoría de autores estiman precisamente en base a la misma disposición, que no debe distinguirse si el incumplimiento es total o parcial, dicen -la ley no distingue y donde ésta no distingue no cabe al intérprete distinguir-.

Nos parece sin embargo que una solución radical a este punto conlleva probablemente una serie de injusticias. Suponiendo que el vendedor de una casa la ha entregado al comprador y este a su vez ha pagado. Sin embargo el vendedor no ha hecho entrega de algunos accesorios relativos a la misma casa. ¿Procedería la resolución de aquel contrato, porque el vendedor ha incumplido parcialmente?

¿Sería eso justo? ¿Es eso lo que el legislador previó al establecer esta disposición?

Indudablemente no. Situados en el ejemplo apuntado tanto el comprador como el vendedor han cumplido con sus obligaciones principales, cuales son, la entrega de la cosa y el precio de la misma. Nos parece que aun cuando haya un incumplimiento por parte del vendedor, motivado por la entrega de cosas accesorias, no podrá pedirse la resolución.

El Juez en esta y otras situaciones similares tendrá que decidir si ha

lugar la resolución por el incumplimiento parcial que hasta cierto punto es despreciable.

Ahora bien, pueden darse otras situaciones en las que el incumplimiento parcial, no sea tan de mínima importancia, y que aun cuando parcial, haya de producir por el incumplimiento, la resolución del contrato.

En el mismo caso de la compraventa. Si el vendedor no sanea la cosa vendida, aún cuando haga tradición y entrega de la misma, ha dejado de cumplir con una de las obligaciones que le corresponden de conformidad al Art. 1627 C. En esta situación hay indudablemente un incumplimiento parcial, pero no despreciable, de tal manera que el comprador bien puede pedir la resolución de contrato de compraventa desde luego que una situación de esa naturaleza lo daña.

#### 44 - LA MORA:

Consiste en el retardo culpable en el pago de una obligación, o sea el incumplimiento que se imputa al deudor.

De conformidad con el Art. 1422, el deudor está en mora:

1o.) Cuando no cumple con su obligación dentro del término señalado, a menos que se requiera constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa debía ser entregada dentro de cierto espacio de tiempo y no ha sido dada ni ejecutada, dentro de dicho tiempo.

3o.) Cuando el deudor haya sido reconvenido judicialmente.

Hay que distinguir naturalmente entre lo que es mora y simple retardo. Este último es lo que precede a la mora, y se requiere que ese retardo se de en una obligación exigible que además sea imputable al deudor. Esto último es importante porque si aquella se ocasiona por caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Art. 1429. Por último es también necesaria para la existencia de la mora, la interpelación.

Recuérdese también que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, si el otro deja a su vez de cumplir lo pactado Art. 1423.

Como se habrá advertido, la mora es distinta del simple retardo y pa

ra que ésta se de, es necesaria la interpelación. Esta puede ser judicial cuando se recurre a los tribunales, y extrajudicial cuando se verifica por contrato o aviso al deudor. Se puede decir en concreto, que en esta materia la regla general es que el incumplimiento baste, pero como se ha de entablar una demanda para pedir la resolución, así en el arrendamiento se requiere reque imiento del arrendador, aún cuando haya precedido desahucio. Es lo que dice el art. 1737.

Cuando es el juez quien fija el plazo para el cumplimiento de la obligación, se necesita de una interpelación judicial. De tal manera que si no se ha fijado tiempo en el que el mutuario deba devolver los \$1.000 que le prestó y, el Juez fijará el plazo y sólo después de la demanda judicial, se entenderá, si no paga, que está en mora. Con todos estos antecedentes, cabe preguntarse:

1) Dentro de nuestro Código ¿es necesario para poder aplicar la condición resolutoria tácita del 1360 C. que el incumplidor esté en mora?

¿Bastará el simple retardo, o será necesaria la interpelación?

A nuestro entender es indiscutible que para poder pedir la resolución la mora es necesaria. Hay que constituir en mora al incumplidor. Tómese en cuenta sin embargo, que si el contrato bilateral ha debido ser ejecutado dentro cierto espacio de tiempo y no se ha cumplido, basta el simple retardo para que se de la mora, o sea que haya dejado transcurrir el tiempo sin ejecutarlo.

Así en el Art. 1629 relativo a las obligaciones del vendedor: "El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después - del contrato, o a la época prefijada en él.

Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo. - Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halla en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago".

El vendedor tiene que entregar la cosa inmediatamente después de -

celebrado el contrato. Si no cumple el comprador puede resolver la venta.

Naturalmente que como consecuencia de lo anterior se requiere que quien pida la resolución no esté en mora por su parte.

Para aplicar la condición resolutoria débese tomar como presupuesto necesario, el cumplimiento de sus obligaciones de parte del demandante. La regla contenida en el Art. 1423 referente a que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, debe tener aplicación.

Sería contraproducente que se permitiera a una parte morosa exigir la resolución por incumplimiento de la otra, cuando en verdad, la parte demandada no estaría nunca en mora por más retardo e interpelación, si su contraparte tampoco hubiese cumplido con su obligación.

#### 45 - CASO DEL CONTRATO NO CUMPLIDO.

Regulado en el Art. 1423, esta cláusula especial contiene la tesis de que dentro de los contratos bilaterales ninguno de los contatantes está en mora si deja de cumplir lo pactado.

Este medio de presión eficaz para provocar el cumplimiento correlativo sin exponer al que lo emplea a riesgo de incumplimiento, se conoce con la denominación de exceptio non adimpleti contractus. Se dice que la frase no es romana y el principio general nunca fue expuesto en Roma, - aunque el principio siempre fue conocido y aceptado.

La excepción del contrato no cumplido, se halla oculta bajo la resolución. Ello quiere decir que como acto previo a la resolución habrá - que establecerse necesariamente, que el contratante que pide la resolución cumplió con su obligación correlativa. Si llegase a demandar la resolución o el cumplimiento de conformidad el Art. 1360, sin haber cumplido el por su parte, el otro contratante podrá excepcionarse. Puede alegarse esta excepción no solo en caso de incumplimiento total, sino - parcial.

Sin embargo la exceptio no se produce sólo como excepción. Para ser alegada no requiere autorización, ni previo requerimiento de mora. Esto último sin embargo pudiera ser necesario para dar nacimiento al crédito del que se excepciona.

#### 46. ACCION RESOLUTORIA Y CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

De conformidad al Art. 1360 en comento, el cumplidor diligente tiene a su favor dos acciones: la resolutoria que tiene por finalidad dejar sin efecto, volver al estado anterior las cosas, como si no hubiese existido el contrato. Y la que persigue el cumplimiento forzoso de la obligación cuya finalidad no es terminar el contrato, sino obtener el pago o el cumplimiento de una determinada obligación. Estas acciones por regla general no pueden ejercitarse juntas porque desde cierto ángulo son contrarias. Ciertamente si pido resolución es porque quiero acabar con una situación jurídica que me perjudica. Aunque esto no significa en modo alguno, como ya se ha manifestado en otra parte de este trabajo que la resolución implica renuncia de la acción de cumplimiento forzoso, ni viceversa.

Dijimos anteriormente que las acciones que concede el 1360 no pueden ejercitarse juntas, por regla general. Esto no obstante tiene sus excepciones. Así, puede intentarse la acción de cumplimiento y la resolución al mismo tiempo en determinados contratos. Caso típico es el contrato de arrendamiento. Veamos de qué manera.

"X" arrienda su casa a "Y" por la cantidad de doscientos colones mensuales. Transcurren seis meses dentro de los cuales "Y" cumple con su obligación. Al séptimo mes, "Y" deja de pagar, por lo que cae en mora. Incumple pues con la obligación de pagar los doscientos colones mensuales. "X" pide, ante el juez competente, la resolución del contrato, y además el cumplimiento de la obligación, es decir el pago de los doscientos colones mensuales.

El juez al sentenciar, deberá resolver el contrato e imponer a "Y" el pago de los cánones atrasados. Hemos visto pues, cómo las dos acciones en este caso se pueden ejercitar juntas.

En el caso del arrendamiento hay que tomar en cuenta que, si no se ha

fijado plazo para la duración del mismo, ninguna de las partes puede hacerlo cesar si no es mediante el desahucio. Esto es la notificación anticipada a que hace alusión el Art. 1739.

Nuestra jurisprudencia, escasa por cierta en esta materia, no se ha pronunciado por el uso de las dos acciones, como tampoco lo ha hecho en el sentido contrario.

47. RESOLUCION CONTRARIA A PAGO.

En otra parte de este trabajo se ha manifestado que la condición resolutoria expresa mientras no sea declarado por el juez no puede oponerse a las partes ni a terceros. En otras palabras, la obligación continúa surtiendo sus efectos jurídicos hasta no sea declarada por autoridad competente. Así las cosas si "X" demanda a "Y" para que se resuelva el contrato de compraventa celebrado por ambos, en virtud de que este último no pagó el precio de aquella, cabe preguntarse. ¿Puede el comprador demandado en el transcurso del juicio cancelar la deuda? ¿está obligado el vendedor a recibir ese precio? ¿Puede el comprador consignarlo?

Si nos atenemos a la regla anterior de que mientras no se pronuncie una sentencia la resolución no produce ningún efecto, contestaríamos que sí. Sin embargo, y aún cuando no hay ninguna disposición en qué apoyarse, consideramos que cuando se ha demandado la resolución no puede tener lugar el pago por parte del demandado. Ello es así desde luego que el actor de las dos acciones que le ofrecía el 1360 escogió la primera, es decir la resolución; y en base a ella, el vendedor no quiere que el comprador le pague, sino que el contrato se resuelva, se deje sin efecto y vuelvan las cosas al estado anterior del contrato. A él lo que realmente le interesa al pedir la resolución, es la devolución de la cosa que ha vendido y no el precio que se había acordado. Lo lógico es que si el vendedor quisiera obtener el precio de la venta pediría la ejecución de la obligación. Es decir el cumplimiento del contrato.

El pago del precio es el resultado de haberse ejercitado la acción de cumplimiento y no la de la acción resolutoria.

Sin embargo, es probable que el acreedor consienta en recibir tal pa



go, lo cual desvirtuaría lo anterior. La voluntad del acreedor es libre y puede perfectamente ponerse de acuerdo con el deudor para liquidar la deuda con lo cual la acción resolutoria dejaría de tener valor.

Estimamos que la consignación tampoco puede hacerla el deudor, con base en las razones anteriormente expuestas.

#### 48. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y ACCION RESOLUTORIA.

La finalidad de la acción resolutoria es colocar las cosas en el estado que se encontraban antes de la celebración del contrato. Si esta regla se aplicara tajantemente, en forma estricta, nos encontraríamos ante una situación de enriquecimiento sin causa, sin lugar a dudas, injusta. Veamos. Si se da en arrendamiento una casa, y luego se declara la terminación del contrato, es claro que volviendo las cosas al estado actual de la celebración del contrato, el arrendatario tendría que devolver la cosa arrendada a su dueño, el dueño de la cosa a su vez, tendría que devolver lo que hubiere recibido en concepto de cánones recibidos. Esto repetimos, es injusto desde luego que el arrendatario se estaría enriqueciendo sin justa causa. A más de haber gozado con el uso de la cosa, lo que ha pagado por ese uso, se le tendría que devolver. Para remediar esta situación es que para los contratos de tracto sucesivo, se ha creado una figura especial de resolución que se denomina terminación. La terminación se dijo ya en el capítulo IV es la resolución de los contratos de tracto sucesivo. La terminación técnicamente no opera retroactivamente, sino para el futuro.

Ahora bien, tratándose de los contratos bilaterales de ejecución instantánea la resolución sí opera retroactivamente. Así en la compraventa declarada la resolución, el vendedor deberá resolver el precio y el comprador la cosa que le fue entregada. Respecto a los frutos hay disposición especial dentro de nuestro Código que faculta a las partes a quedarse con ellos a menos que se hubiera estipulado lo contrario. (Ver Art. 1359)

Con esto queda claro que aún tratándose de los contratos de tracto sucesivo, no hay que estimar de manera absoluta el principio de la retroactividad.

#### 49 - IMPOSIBILIDAD DE EJERCITAR LA ACCION RESOLUTORIA EFICAZMENTE.

Veamos ahora cómo el acreedor que ha cumplido su obligación, se ve

en ciertos casos impedido de llevar adelante en forma efectiva la resolución del contrato.

Estos casos se refieren a la pérdida de la cosa que se debe y la confusión. Veámoslos en detalle.

a) Pérdida de la cosa que se debe. El principio romano "res perit domino" (las cosas perecen para su dueño) ha sido aplicado en la mayoría de legislaciones desde tiempos impercederos. Tan es así que en la época actual no ha sufrido modificaciones sustanciales. En el código salvadoreño se aplica esta regla como norma general. Sin embargo este principio probablemente no muy entendido por el legislador salvadoreño en su aplicación, ha sido objeto de serias incongruencias. Más adelante detallaremos.

La cosa que se debe puede perecer o por caso fortuito o fuerza mayor, por culpa, por dolo. También puede perecer estando el deudor en mora o no estándolo.

Antes de hacerse la tradición y después de hecha ésta.

Todos estos antecedentes son de gran importancia y sirven para poder estructurar la llamada teoría de los riesgos. Esta teoría tiene por objeto determinar quien es la persona que soporta los riesgos, o es el acreedor o es el deudor y como consecuencia si la obligación se extingue o si ésta subsiste.

Aplicando la regla romana, la cosa siempre parece para su dueño. Si la cosa se extingue, en cualquier tipo de contrato u obligación, habrá que determinar previamente quien es el dueño. Así en el arrendamiento, el dueño de la cosa, sufriría la pérdida. La cosa parece para su dueño..Ello - no obstante quien la tenga en su poder no sea él, sino el arrendatario. - Por supuesto no solo se requiere determinar quien es el dueño, sino que la cosa haya perecido por caso fortuito o fuerza mayor. Otro dato relevante a influenciar este aspecto es si se entiende que la obligación se extingue. En el caso propuesto, si se decide que la obligación de entregar la cosa por parte del arrendatario se extingue, la pérdida la sufre

el arrendante. Si por el contrario la obligación no se extingue, la pérdida la sufre el arrendatario.

En nuestra legislación, el caso fortuito y fuerza mayor son dos conceptos perfectamente equiparables. Nuestro Código los usa como sinónimos. Define el caso fortuito o fuerza mayor en el art. 43, diciendo que es el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público.

La culpa no la define nuestro código, se concreta a distinguir tres especies de culpa o descuido. La culpa grave, la culpa leve y por último la culpa levísima. Art. 42.

Por lo que respecta al dolo lo define en el Art. 42 inc. final. Dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

En cuanto a la mora ya sabemos que es el retardo culpable en el pago de la cosa que está en obligación. Esta sería la mora del deudor. Pero también hay mora del acreedor, cuando se niega a recibir sin justa causa el objeto de la obligación. Art. 1630.

No nos detendremos en el análisis de la mora desde luego que ésta ya fue estudiada en un apartado especial Ver No. 44 . Agregamos únicamente que la mora está comprendida en una serie de disposiciones a través de todo el código. Ejemplos: Arts. 1422, 1429, 1714, 1737, 1765, todos del Código Civil, etc.

Ahora bien, si la cosa que se debe en un contrato bilateral, parece por caso fortuito o fuerza mayor la pérdida la sufriría el comprador, o sea el que es dueño de la cosa. Se entiende que en la compraventa desde que las partes están de acuerdo en el precio y la cosa objeto del contrato aquella está perfecta. Sin embargo, el comprador por este simple hecho no se hace dueño de la cosa, necesita la tradición. En el ejemplo anterior se había hecho la tradición de la cosa, se debía sin embargo la entrega de la misma. Con la tradición hecha del vendedor hacia el compra-

dor, ésta última se hace dueño, luego entonces el es quien sufre la pérdida.

Por el contrario, si el vendedor no ha hecho tradición de la cosa vendida, la cosa perecerá para él, porque mientras no haga tradición sigue siendo dueño.

Otra situación, si la cosa perece por culpa o durante la mora del vendedor, la obligación no se extingue. El vendedor quedaría siempre obligado. Resolviéndose la obligación, deberá reintegrar el precio que ha recibido a consecuencia de la venta y además, devolver una cosa igual o su equivalente en dinero, e indemnizar por los perjuicios que haya ocasionado al comprador.

Pero veamos si de conformidad a las disposiciones especiales que dentro de nuestro código regulan la teoría de los riesgos, tiene aplicación las reglas anteriores. Ya insinuamos al iniciar este apartado que nuestro legislador había caído en serias incongruencias al legislar esta materia.

En efecto. El art. 1421, señala que el riesgo del cuerpo cierto cu ya tradición se deba es siempre a cargo del deudor, y en tal caso será a cargo de éste el riesgo hasta que la tradición se verifique.

El art. 1550 establece que la destrucción de la cosa en poder del deudor después que ha sido ofrecida al acreedor y durante el retardo de éste en recibirla, no hace al responsable deudor sino por la culpa grave o el dolo.

En el artículo 1460, si la deuda es de un cuerpo cierto, el acreedor debe recibirla en el estado en que se encuentra a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quien éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se haya constituido en mora, y no provengan de caso fortuito o que la cosa hubiese estado igualmente expuesta a perderse en poder del acreedor. En cualquiera de estas dos hipótesis el acreedor, puede pedir la rescisión del contrato con indemnización de los gastos y perjuicios.

Ahora bien, si el acreedor prefiere llevarse la especie o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios. Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentra; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercer autor del daño.

Art. 1540: Cuando el cuerpo cierto que se debe perece porque se destruya, o porque deje de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes.

En el art. 1421 se hace depender la teoría del riesgo de la situación de haberse hecho la tradición o no. Ello indicará naturalmente quien es el dueño de la cosa debida. De consecuencia, si no se ha hecho la tradición la pérdida la soporta el dueño de la cosa. Si se ha hecho tradición, el comprador.

En el art. 1460 es el acreedor quien soporta los riesgos. Igual podemos decir del 1540. Con la única salvedad que el 1460 es de aplicación para la pérdida parcial y no para cuando la pérdida es total. En todo caso, el acreedor soporta el riesgo.

Hay contratos que se denominan "para su dueño" o sea en aquellos contratos en donde el acreedor sigue siendo dueño de la cosa. Así en el comodato o préstamo de uso, en el mutuo, en el depósito, etc. De tal manera que si yo le presto a otra persona mi carro, y éste por fuerza mayor o caso fortuito, sin estar en mora el comodatario, se destruye, la pérdida la sufre el dueño. O sea el acreedor.

Hasta aquí aun no hemos resuelto el problema de la imposibilidad de ejercitar la acción resolutoria eficazmente por la pérdida de la cosa.

Si por el principio de la retroactividad, el deudor de una cosa debe devolver a su dueño la cosa, y el vendedor a su vez deberá devolver el precio, cómo podría ser esto cierto, cuando la cosa ha perecido?

X vende una casa a Y. Se hace la tradición de la cosa. Y. incumple, no pagando el precio. X en base al art. 1330, solicita la resolución de la compraventa con indemnización de perjuicios. La casa perece a consecuencia de incendio, sin culpa del comprador. Por el principio ya enunciado, al declararse la resolución, el comprador tendrá que entregar la cosa al vendedor. Podrá realmente devolverse esa casa? Quien era el dueño en esa situación? No habiéndose hecho la tradición, el dueño sigue siendo el vendedor o sea el acreedor. El riesgo lo sufre él, y no podrá recuperar la cosa. Es claro entonces, como ejercitándose la acción resolutoria esta en sus efectos, resulta infructuosa.

Supongamos por el contrario un ejemplo. La tradición se había verificado. El dueño indudablemente es el comprador. Si la cosa se destruye, la pérdida de la cosa la sufre el comprador. Si se resuelve el contrato, el comprador moroso o culpable debe responder y entregar otra cosa de la misma especie, o el importe de la misma.

Situados en otra hipótesis. Si la cosa que se debe no destruye totalmente sino parcialmente, a consecuencia de un hecho realizado por un tercero, del cual el deudor no deba responder, el acreedor es quien también soporta los riesgos pues debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre. Se le concede sin embargo, la acción que el deudor tendría contra el tercero para la indemnización a que hubiere lugar.

B - Confusión. Hay confusión de acuerdo a nuestro código, cuando concurren en una misma persona las calidades del acreedor y deudor de una misma cosa, extinguiéndose por tal hecho la deuda y produce iguales efectos que el pago. Art. 1535.

Se daría la confusión cuando el vendedor -acreedor en la acción de resolución- llegase a ser heredero del comprador deudor en la acción de resolución.

Supongamos ahora que A le vende a B una cosa por la cantidad de diez mil colones. A cumple con su obligación, más no B, quien queda debiendo los diez mil colones. A p. de la resolución del contrato, y comprobada la mora el juez decreta la resolución, obligando a B a devolver la casa

vendida con indemnización de perjuicios. Así las cosas, B fallece. En su testamento lega a A, la casa que éste le había vendido anteriormente. A naturalmente acepta la herencia y se confunde por este hecho, la calidad de acreedor con la de deudor. La obligación de restituir la cosa ya no tendrá razón de ser porque nadie puede ser a simismo acreedor ni deudor al mismo tiempo. Se da entonces la confusión desde que el carácter de acreedor de A, se confunde con la persona de B, antiguo deudor.-

En el caso planteado no había ningún problema en relación a la imposibilidad de ejercitar la acción si bien es cierto que los efectos jurídicos de la resolución ya no podrían operar, el fin que buscaba el acreedor se ve por la confusión llenado.-

Y, si la confusión no fuera total, sino parcial? Imaginamos dentro del mismo ejemplo planteado que B deja la casa que A le ha vendido la mitad a A y la otra mitad a C, su hijo. Indudablemente la confusión se produciría solo parcialmente, por la mitad de la obligación, mas con la otra, no habría modo de hablar de confusión. En tal circunstancias nos encontramos en una imposibilidad de ejecución, desde luego que la cosa, no puede partirse en dos mitades al menos físicamente. La resolución no podría obligar a los herederos de B a que entregaran la mitad de la casa. Nos encontraríamos aquí con que hay pues imposibilidad de ejecución. Tendría que estimarse la casa y obligar a los herederos a que dieran el importe de la casa, respecto a lo que valga la mitad de ella.-

#### 50. EFECTOS CONTRA TERCEROS

La acción resolutoria derivada de la condición resolutoria tácita del Art. 1360 C. es idéntica en sus efectos a la condición resolutoria. Dictada la sentencia es oponible a las partes iguales que a los terceros. Pero esta regla así planteada no admite excepciones? De conformidad a los Arts. 1361 y 1362, los terceros de buena fe no pueden ser afectados por las consecuencias jurídicas de la sentencia que pronuncia la resolución. Hay que distinguir entonces. De conformidad al 1361, el que debe una cosa mueble bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe.-

Y, el 1362, Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena o lo grava con hipoteca o servidumbre no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición conste en el título respectivo ins-

crito en el Registro de la Propiedad.-

Como vemos en el 1361 se requiere que el tercero sea de buena fe para que no lo afecten las consecuencias de la resolución. En el Art. 1362 se requiere que el tercero haya inscrito su derecho en el registro de la propiedad y que la condición, no conste en el título.-

Naturalmente este es un enfoque parcial de la situación, analicemos más detenidamente si en verdad los terceros se ven o no afectados con la resolución.-

Para ello necesitamos en principio dilucidar el principio de la retroactividad aplicado a la condición resolutoria tácita. Este principio tiene por finalidad dejar las cosas en el estado que se encontraban antes de la celebración. Según esta tesis, al declararse la resolución, cada una de las partes deberá devolver lo que haya recibido en concepto del contrato respectivo, esto es con base a lo dispuesto en el Art. 1358. Dice este Art. "Cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá este si quiere renunciarla, pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere".-

Colocados en el campo de los hechos, el comprador deberá devolver la cosa recibida y el vendedor deberá entregar el precio que hubiese recibido de la cosa.-

Esta teoría de la retroactividad, tiene lugar una vez pronunciada la sentencia del juez y resuelto el contrato, se considera que el vendedor nunca ha dejado de ser dueño, motivo por el cual puede entablar directamente las acciones reivindicatorias, contra los terceros poseedores del inmueble dado caso que se tratara de un inmueble la cosa vendida.-

Apyados estos principios, el vendedor no tiene necesidad de entablar la acción resolutoria contra el tercero, porque tiene como dueño que es, una acción más eficaz, la reivindicatoria.-

El pacto de retroventa que no es sino una condición resolutoria expre



sa, precisamente tiene por finalidad al cumplirse la condición, volver al estado anterior, y en relación a los terceros, el mismo artículo 1680 dice que sus efectos contra terceros se sujeta a lo dispuesto en los Arts. 1361 y 1362.-

La retroactividad de la condición resolutoria expresa, le es aplicada a la condición resolutoria tácita. Ello es en base al Art. 1359 que ya aludimos. Se dice que esta disposición no distingue si se debe aplicar únicamente a la condición resolutoria ordinaria, ni que no pueda aplicarse a la tácita. Además, la condición resolutoria ordinaria se diferencia de la tácita únicamente en la forma de procedimiento. Una opera de pleno derecho, la otra por declaratoria de juez. Las dos tienen por finalidad resolver una situación perjudicial y desligarse las partes entre sí, en virtud del incumplimiento de la otra parte.-

Frente a la tesis anterior, existe otra, la que sostiene que la teoría de la retroactividad no puede ser aplicada a la condición resolutoria tácita. Que el principio de la retroactividad, tiene sus derogaciones. Así la pérdida de la cosa después de perfeccionado el contrato pertenece al comprador aunque exista una condición resolutoria de su derecho." La resolución no afecta ciertos derechos del comprador impuestos por el comprador sobre la cosa. Tampoco obra contra terceros de buena fe, sino cuando de conformidad con los arts. 1547 y 1548. No afecta los actos de administración celebrados en el tiempo intermedio. No se aplica ni a los contratos reales ni a los contratos sucesivos (excepción ésta que cobija a la condición suspensiva, junto con las anteriores, pero que tiene especial aplicación en la resolutoria). En materia de frutos, pertenecen al comprador los percibidos en el tiempo anterior a la resolución, salvo cuando ella provenga de falta de pago del precio, porque entonces se estará a lo dispuesto en el art. 1932".- (49)

Como disgresión surge la tesis siguiente: Pronunciada la resolución es claro que las cosas deben de volver a su estado inicial. Mas no de pleno derecho, de tal manera que sea posible considerar que el vendedor, en el caso de la compraventa, nunca ha dejado de ser dueño, o que en otras palabras, la propiedad de la cosa, la recupera de pleno derecho. Es cierto, se dice, que el comprador deberá devolver la cosa entregada. Si se trata de muebles, no hay problema, hasta la simple entrega, mas tratándo

se de bienes inmuebles, el problema se complica.- Así las cosas, tratándose se de inmuebles, la propiedad no se le vuelve de pleno derecho, se requiere de una tradición. Si X vende una casa a Y, por un precio determinado, le hace la tradición de la misma, y Y le entrega el precio. Mas, se dice que ese contrato se resolverá, si Y, se casa con María.-

Es claro y no necesita explicación, que Y se hace dueño de la casa pura y simplemente. Como tal puede disponer de ella libremente, siempre que no incumpla con lo prometido. En base a esa libertad de disposición, vende la misma casa a Z. Posteriormente, se casa con María. Este último acontecimiento pone fin al contrato primitivo, La condición se ha cumplido. Resuelto el contrato y tendría que entregar la casa a su verdadero dueño. Mas ha pasado en poder de un tercero.-

Con el criterio que se trae, es claro que Y no puede ejercitar la acción reivindicatoria contra Z por muy de mala fe que se encuentre, desde luego que como no se le ha hecho nuevamente la tradición de la casa, se considera que ha dejado de ser dueño. Para recuperar esa propiedad, necesita de la tradición.-

Dentro de nuestra legislación para ser propietario de una cosa, ya sea mueble o inmueble, no basta el simple acuerdo de los negociantes. Es necesario que posteriormente se realice la tradición de la cosa, la cual según las formalidades establecidas en los arts. 655 a 672, se verificará por la simple entrega (cuando son muebles) o por la escritura pública en la que el tradente exprese constituirla y el adquirente recibirla cuando se trate de inmuebles o de algunos derechos reales.-

Sin la tradición, salvo el caso de adquisición originaria, no hay traslación de la propiedad. Para que el derecho que se persiga tenga plena vigencia o eficacia se dice no basta el simple acuerdo de las partes o la existencia única del contrato, para que ello sea así es además necesario que concurra el otro elemento que es el modo de adquirir.

Dentro de este marco legal, es posible sostener que el vendedor, no podría ejercitar pues, la acción reivindicatoria contra el tercer detentado de la cosa.- La resolución entonces no produciría jamás efecto contra terceros, a menos que al vendedor se le hiciera nuevamente la tradición de la cosa.-

Expuestas las diversas tesis, nos decidimos por la primera. El principio de la retroactividad si tiene aplicación en el caso de la condición resolutoria tácita. Las cosas vuelven a su estado primitivo, mas no porque se considere que el vendedor ha dejado de ser dueño, sino por una ficción legal en virtud de la cual, produciéndose ya el evento de la condición resolutoria, o la resolución del contrato, cada una de las partes tendrá que cumplir con la obligación de devolver lo que hubiere recibido de la otra parte. Nos apoyamos en el art. 1358 de nuestro código civil y en la teoría de los expositores del derecho. Reconocemos sí, que el principio de la retroactividad, no es un principio absoluto, sino hasta cierto punto limitado. La misma ley, en el capítulo de la condición dice en el Art. 1359: Verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador o el demandado, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario.-

Respecto a los contratos de tracto sucesivo tampoco se aplicará el anterior principio. Las razones las tratamos en el No. 63.

La tesis de la tradición realmente no la podemos descartar en su total significado, ello sería desconocer los más elementales principios que rigen la propiedad. Sin embargo, no podemos estimarla válida para este caso especial.-

La reivindicación es una acción real, concedida al dueño de la cosa, que no esta en posesión de ella. Al resolverse el contrato la propiedad del comprador se extingue. El vendedor por el principio de la retroactividad recobra la cosa vendida y el comprador la cantidad que hubiese pagado a título de precio.-

Esto siempre será posible cuando el comprador no hubiese enajenado la cosa. Mas estando ésta en manos de un tercero, cómo se hará la restitución?

Declarándose la resolución el derecho del vendedor sobre la cosa cobra plena validez. Como dueño de ella puede reivindicarla directamente contra el tercer poseedor. Si la cosa es inmueble poco importa que éste tercero esté de buena o mala fé.-

Mas si el tercero hubiese inscrito su compra el vendedor ya no

podría ejercitar su acción, desde luego que el tercero aparece también como dueño.-. Tratándose de inmuebles, si hay necesidad de estimar la buena y mala fe.

En conclusión se puede decir, que la resolución afecta a terceros, en ciertos modo, los daña. Extinguida o resuelto el derecho del comprador tendrá que resolverse las enajenaciones y gravámenes constituidos sobre la cosa. Para el caso de venta procede la acción reivindicatoria, con las excepciones que ya se indicaron.

En lo relativo a hipotecas, embargos, prenda, usufructo, uso o habitación, servidumbres, etc. deberán de resolverse de la misma manera, o sea desde el momento de producirse la resolución del contrato y en consecuencia el derecho de quien los constituyó.

Si la hipoteca, el embargo, etc. se habían inscrito en el Registro correspondiente, será indispensable su cancelación.

En el art. 736 se regula que la inscripción, traspaso y cancelación de la hipoteca deberán inscribirse y en el Art. 2180, que la hipoteca se extingue... asimismo por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el evento de la condición resolutoria, según las reglas legales.

En cuanto a la prenda hay disposición expresa que regula su terminación. Art. 2156: "se extingue el derecho de prenda... Y cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella..."

Sobre los otros derechos ver Arts. 686, 809, 887 No. 1 C.

#### ANALISIS DEL ARTICULO 1361 C.

Art. 1361. Si el que debe una cosa mueble a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe.

Por regla general, cuando se trata de atacar la enajenación de un derecho derivado, se sigue la tesis: de que resuelto el derecho del causante, se resuelve el del causahabiente. Sin embargo, en el presente artículo el legislador siguió la excepción a este respecto, indicando que no se estará a él cuando el causahabiente haya concurrido de buena fé.<sup>a</sup>

De esta manera, dice la disposición: si se enajena una cosa mueble que se debe, no hay lugar a la reivindicación cuando hubo buena fé. Y como no se ha indicado nada en relación a la existencia -inicial o permanente- de este factor, es lógico que nos deberemos atener a la regla general señalada en el Art. 747 que establece que la buena fe deberá existir en el momento en que se celebró la enajenación, importando en nada que se mantenga o no después.-

Así, por ejemplo, Pedro celebra con Juan un contrato de compraventa bajo una condición suspensiva. Para el caso le ofrece vender un anillo de brillantes en mil colones. Pero días después de este contrato condicional Pedro vende el anillo a Antonio, quien ignora la situación. No habrá derecho a reivindicar, dice el artículo, si la condición se cumple y Juan llega a ser propietario, porque Antonio iba de buena fe. Y aunque éste llegue a enterarse después de ello y pierda la buena fé, Juan no puede intentar la reivindicación porque existió la buena fé en Antonio y ella lo ampara.-

a

Por el contrario, se debe -entender- si Antonio sabía de la existencia del contrato condicional y se da la condición, Juan llegaría a ser propietario, pudiendo perfecta y válidamente reivindicar.-

Esa es, en términos generales, la regla contenida en el artículo. Para que tenga lugar la reivindicación, no solo en el caso de la condición suspensiva sino en el plazo y en la condición resolutoria, es necesario pues que no exista buena fe en el tercero que será demandado.-

Sin embargo, cabe preguntarse ¿es posible que se pueda aplicar este artículo? Es decir, procede efectivamente, en algún caso la reivindicación?

Cómo se demostrará en el estudio de esta disposición, éste artículo carece en nuestra opinión de una aplicación general.-

En efecto, los supuestos que se establecen para que se de la reivindicación son los siguientes:

- a) Que se trata de una cosa mueble;
- b) Que la cosa se deba;

- c) Que se adquiriera la cosa con mala fé;
- d) Que la cosa se deba bajo condición suspensiva, resolutoria o a plazo.-

Una vez cumplidos los anteriores supuestos se puede intentar la acción reivindicatoria.-

Veamos ahora si ello es realmente positivo.-

Condición suspensiva. Ya hemos explicado en qué consiste y cuáles son sus requisitos. En términos generales se dijo que toda condición pasa por tres momentos: pendiente, fallida y cumplida. De estos tres momentos solo nos interesa el último.-

Cuando el evento previsto no se ha realizado, la condición se ha cumplido. Se dice entonces que la obligación ha nacido. El contrato deja de ser condicional y se convierte en puro y simple. El deudor debe y el acreedor puede entonces exigir, siempre y cuando por supuesto, " los elementos esenciales de la obligación subsistan todavía, es decir si hay un acreedor, un deudor y un objeto(50). "

Debe repararse en algo muy importante, Si bien la obligación nace cuando la condición se cumple, sus efectos se retrotraen a la fecha de celebración del contrato. La obligación se dice, tenfa vigencia desde entonces.-

Don Luis Claro Solar acorde con lo anterior, dice: "Cumplida la condición la obligación produce todos sus efectos, como si hubiera sido pura y simple, a partir del momento en que ha sido contraída y no hubiera estado sujeta a condición alguna" (51)

La condición suspensiva cumplida se darfa entonces, cuando el evento sucede. Pedro ofrece a Juan mil colones si se doctora de abogado dentro de tres meses. Si el evento se da, Juan tendrá derecho de exigir la cantidad ofrecida. Igual sucederfa si Juan prometiera un anillo de brillantes.-

Mientras la condición no era exigible, el dueño del dinero y del brillante pudo haberlo enajenado, en virtud del poder de disposición.

Podría entonces al cumplirse la condición reivindicarlo Juan? Supongamos para mayor claridad que no se trata de una simple promesa, sino de la venta del anillo de brillantes. Nos preguntamos de nuevo, puede el comprador reivindicarla?

El contrato de venta se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades, sobre la cosa a venderse y el precio a pagarse por ella, mas para que alguien se convierta en dueño verdadero de la cosa, necesita de un modo de adquirir que se llama tradición. De tal manera que será necesario para que Juan pueda reivindicar que se le haya hecho tradición del anillo de brillantes, de lo contrario no puede entablar esta acción pues según el Art. 891 C. solo puede ejercitar tal acción, el dueño de la cosa. Aquí nos remitimos a lo que se dijo al tratar la resolución en cuanto a los efectos de los terceros. Que, sin la tradición no hay traslación de propiedad en nuestro derecho.-

En el régimen francés, por el contrario, si podría reivindicarse desde luego que basta el simple contrato para convertir en dueño a alguien. De conformidad al Art. 711 del Código de Napoleón, la propiedad -entre otras formas- "se adquiere por el efecto de las obligaciones, o sea por el simple acuerdo de voluntades, el simple contrato." De esta forma, al cumplirse la condición y nacer la obligación el comprador ya es propietario por el simple contrato y tiene derecho, por lo tanto, a reivindicar.

Pero entre nosotros, dijimos, la solución es diferente. Si no hay tradición no hay propiedad. Y si no hay propiedad, no puede haber reivindicación.-

Y es mas, ni siquiera se concibe como es que podría llegar a prosperar esta acción pues estamos frente a una cosa mueble y en estas la tradición se hace por la entrega, pero como ya el vendedor se la ha entregado a otro, el comprador condicional jamás podría llegar a ser propietario y jamás tendría la acción reivindicatoria.-

Sin embargo, ahondando mas en el problema, vamos a exponer un caso en que sí podría intentarse la acción aunque infructuosamente.-

Ejemplo, si el vendedor no le hizo la entrega material al comprador puro y simple, sino que le hizo una entrega o tradición simbólica, (dándole

las llaves de la caja de seguridad en que se encontraba el anillo de brillantes y, una vez cumplida la condición, le hace también tradición simbólica al comprador condicional, entregándole otras llaves de la misma caja.-

Si en este caso en que hubo tradición el comprador condicional pretendiera reivindicar contra el comprador puro y simple (el cual al enterarse de este negocio, se apresuró a sacar la cosa) la reivindicación no prosperaría. Esto por supuesto con base al Art. 1691 C. que establece que cuando se ha hecho la tradición a dos o más personas será preferido aquel a quien primero se hizo.-

Y aunque la tradición hecha al comprador condicional surte efectos desde antes que la efectuada al comprador puro y simple, siempre será segunda tradición.-

Si no procede la reivindicación, qué derechos tiene entonces el a-creedor condicional? Naturalmente solo tendrá una acción personal derivada del incumplimiento para exigir indemnización por perjuicios.-

#### B- Caso de la condición resolutoria.

Pendiente la condición es imposible que se aplique la disposición en comento porque desde el momento de la venta el comprador condicional es dueño total y absoluto. Si enajena no tiene acción el vendedor porque solo tiene la "spes debitum iri", es decir la esperanza de llegar a ser nuevamente dueño.-

Ahora bien, si resultara que la condición se cumplió, el contrato se resuelve. El vendedor pide la resolución, al decretarse esta el comprador no podrá entregar la cosa por haberla vendido, mas, qué acción tendrá el vendedor? Aplicando el principio de la retroactividad tendrá la acción reivindicatoria desde luego que al volverle la propiedad se considera que siempre fue dueño.-

Aquí, nos apartamos de la tesis de la tradición, pues no podemos admitir que en la condición resolutoria hayan dos tradiciones, ni dos ventas. Al igual que en el pacto de retroventa solo hay una venta y una



tradicción, precisamente porque la primera venta era resolutoria.-

Por otra parte, no podemos admitir que la tradición la haga el comprador, cuando éste precisamente deja de ser dueño al resolverse el contrato.-

c) Caso del plazo.

Para el análisis de este apartado se hace necesario distinguir dos situaciones: a) Cuando la cosa es del acreedor y b) cuando la cosa es aún del deudor.-

En el primer caso, el deudor ha recibido la cosa bajo un título no traslativo de dominio, es decir un título que lleva aparejada la obligación de devolver. Para el caso, una persona ha entregado a otra su automóvil en comodato para el plazo de un año. Si en el transcurso del plazo el comodatario enajena el automóvil a un comprador de mala fe, podríamos decir que estamos en un caso claro de aplicación de este artículo.-

Pero, procede aquí la reivindicación? Efectivamente si, pero esto no destruye la afirmación sostenida sobre la aplicación de este artículo únicamente en la resolutoria, dado que la acción no será intentada en virtud de este 1361 sino en base a las reglas generales de los artículos 891 y siguientes.-

Si no reguló para el caso en que el deudor debe y enajena la cosa que no es de él, es obvio que lo hizo para el o la segunda hipótesis planteada.-

En este caso se ha celebrado un contrato traslativo, como decir una venta; el acreedor ha pagado el precio pero se le ha concedido un plazo al deudor para la entrega de la cosa y durante el mismo el mismo éste la enajena a otra persona que va de mala fe.-

Enterado de esto el comprador pretende entonces reivindicar, pero y aquí volvemos al problema anterior, resultaría que no puede hacerlo porque a pesar de que la obligación nació pura y simple no se ha convertido en dueño y no hay modo, entonces, de usar o intentar la acción.-

ANALISIS DEL ART. 1362 C.

"Art. 1362. Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena o lo grava con hipoteca o servidumbre no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando conste en el título respectivo inscrito en el Registro de la Propiedad"

Lo primero que llama la atención es la diferencia que estableció el legislador en las formas señaladas para la recuperación de la cosa enajenada pues, en tanto que en el anterior artículo 1361 dijo que procedía la reivindicación -en su caso- en el presente dijo que lo procedente es la resolución. A que se debe esta dualidad? Al respecto Don Luis Claro Solar nos dice: "El Proyecto de 1853 hablaba únicamente de que por el cumplimiento de la condición suspensiva se resuelve la enajenación o gravamen efectuados por el que debía la bajo condición; y agregaba: si el que posee cualquier cosa bajo condición resolutoria la enajena o la grava, se seguirán las mismas reglas. Aplicaba así en toda su amplitud la regla "resoluto juris dantis, resolvitur jus accipientis".-

Sin embargo, aparte de esta explicación sobre las originales fuentes, no dice concretamente el porque en el código apareció el cambio, limitándose a concluir después que "habría sido preferible hablar de resolución como lo hizo en el Art. 1490". (el Art. 1361 salvadoreño)

Por nuestra parte consideramos que la variante pudo obedecer a la clase de bien -muebles e inmuebles- considerados en cada disposición, a la extensión que sobre los gravámenes tiene uno y no el otro, y, sobre todo, a los efectos de cada una de las acciones conferidas. Sin embargo, hay que advertirlo, sobre el particular no existe ningún dato concreto.-

En cuanto a la base para pedir la resolución, este artículo sigue la misma tónica que el anterior, es decir la buena o mala fé. Esta se ha establecido en el hecho de la inscripción. Así, se presume la mala fé cuando, apareciendo la condición anotada en el título inscrito en el Registro, se llega a adquirir el inmueble, aunque se ignore realmente por parte de quien adquiere el bien, la existencia de la condición:.-

Por el contrario, si la condición no constaba en el título inscrito, aun cuando hubiese estado enterado de aquella situación, no se podrá resolver la enajenación o gravamen. Es más consideramos que ni siquiera

ra se podría alegar que la mala fé se prueba por otros medios, pues el artículo es categórico al afirmar que solo podrá resolverse, es decir solo habrá mala fé, si la condición consta en la inscripción y nunca de otro modo.-

Por supuesto que esta última situación es bastante difícil que se dé.

En efecto, la propiedad no nace del registro, sino de la tradición, y ésta es indispensable para hacer valer aquella contra los terceros. De conformidad a nuestra ley, los títulos de propiedad inmueble deben inscribirse. Los arts. 667 y 683 son categóricos.-

Sobre esa base sería imposible que existieran títulos de propiedad inmuebles sin inscripción, y como entales atestados se hace constar todo lo relativo a la adquisición de bien (gravámenes, plazos, condiciones, etc.) es indudable que ello también se hará inscribir con lo que la condición que afecta el contrato, aparecerá en el Registro.-

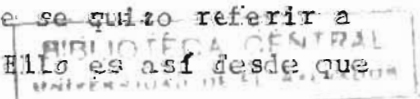
Mas habrá muchos casos en que por negligencia o mala fé, el título no se inscriba. Podría muy alguien presentarlo simplemente y no inscribirlo. O pudiera suceder, como ocurre en la práctica, que alguna persona llegue a presentar su título para inscribirlo y por negligencia de la oficina encargada, no se haga la inscripción sino después de mucho tiempo de su presentación.-

En esta situación, si podría tener aplicación la regla del art. en estudio, o sea que en estos casos, al no constar el gravamen por que no se ha inscrito, etc. no podría llegar a resolverse las enajenaciones.-

Si el negocio que originó la transacción es condicional, por lo dicho anteriormente, al aparecer inscrita en el Registro, el artículo no tendría aplicación, pues que en este caso no se puede decir que no consta en el título respectivo inscrito en el Registro de la propiedad.-

Pero a que tipo de condición aludió esta disposición?

El artículo no fué explícito. Mas es obvio que se quiso referir a ambas, a las suspensivas como a las resolutorias. Ello es así desde que



la acción de resolución no implica derecho de propiedad, como en la reivindicación.-

Bajo condición suspensiva, al cumplirse la condición se produce el efecto de la retroactividad. Se dice que el dominio se tiene desde la fecha de la celebración de contrato. Por una ficción de ley se entiende que el dueño del inmueble en el tiempo intermedio entre la celebración del contrato y su cumplimiento no ha sido dueño, y que en consecuencia las enajenaciones tendrán que resolverse. Por supuesto que si la condición consta en el título respectivo, se producirá aquella, pero si no consta entonces es cuando se resuelve el contrato. Así, X estipula con Y que le venderá una casa en \$ 5.000.00 si un fulano viene de España. Se inscriba el contrato en el Registro de la Propiedad.-

Mientras el fulano no viene, X hipoteca la casa por el mismo dinero con M. y se inscribe en el registro correspondiente.-

Posteriormente la condición se cumple. El fulano viene de España. Por la retroactividad, se considera que Y es dueño desde el día en que se celebró el contrato.-

Para que opere la resolución de la hipoteca que pesa sobre el inmueble no es necesario que X le haya hecho tradición a Y.-

Por supuesto que si se le hubiere hecho la tradición a Y el tendría a su favor no solo la acción de resolución, sino la reivindicatoria.-

Si el contrato celebrado entre X y Y no se hubiere inscrito en el registro de la Propiedad, no podría resolverse el contrato, pues se considera en tal caso, que hay buena fé de parte del adquirente.-

Tratándose de la condición resolutoria, y por virtud del principio de la retroactividad, el dueño de la casa siempre seguiría siendo X y si la condición se inscribió en el Registro, se producirá la resolución del gravamen que en este caso, hubiere efectuado Y, a favor de M. Desde luego que esta acción aun cuando puede ejercitarse, tiene ante sí otra más poderosa, la reivindicatoria, la cual puede válidamente ejercerla X, quien siempre ha sido dueño.-

Un problema que se debate mucho en relación a este artículo es el relativo al contenido de la palabra "Consta" que usa la disposición. Mientras unos sostienen que se refiere a las condiciones expresas, otros dicen que comprende tanto a las expresas como a las tácitas.-

Este es un problema actualmente superado. No obstante nos parecen muy acertadas las frases de Claro Solar y por eso las transcribimos: "Constar según el diccionario de la lengua, es cierta y manifiesta una cosa; por consiguiente la condición constaba en el título respectivo si aparecía en él como algo cierto y manifiesto y que no podría menos que existir. Sin duda una condición expresamente convenida y pactada en una de las cláusulas del contrato que constituye el respectivo título consta en él y la comprende la disposición del art. 1361; pero consta también en él una condición tácita pues aunque no esté expresada es cierta y manifiesta y no puede ponerse en duda su existencia, como ocurren en la condición resolutoria tácita que va envuelta en todo contrato bilateral. Además la jurisprudencia es hoy uniforme en admitir que se aplica también cuando la condición es tácita o subentendida en dicho contrato" (52)

Otras razones refuerzan lo anterior:

1- El art. 1360 establece que en todo contrato bilateral "va envuelta" ....., con ello determina a priori que la condición consta, en ellos como elemento de su naturaleza.-

2- De conformidad al art. 8 C nadie puede alegar ignorancia de la ley, pues se presume conocida de todos.-

CITAS DEL CAPITULO III

- (49) Alvaro Pérez Vives            Teoría de la Obligaciones, Tomo III, pág.  
502
- (50) Raymundo Salvat            Derecho Civil Argentino, Obligaciones  
Tomo I, pág. 597
- (51) Luis Claro Solar            Explicaciones de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo X, pág. 153
- (52) Luis Claro Solar            Obra Citada, pág. 144

## CAPITULO IV

### LA ACCION RESOLUTORIA

a) Concepto. Puede definirse la acción resolutoria como aquella acción que emana de la condición resolutoria tácita y en virtud de la cual el contratante cumplidor o diligente puede solicitar a causa del incumplimiento por parte del otro contratante, se resuelve el contrato.-

Esta acción no puede aplicarse a la condición resolutoria ordinaria, desde luego que produce sus efectos de pleno derecho: (Ver No. 22)

Del concepto anteriormente enunciado podemos deducir los caracteres propios de esta acción.-

#### 51- ES UNA ACCION PERSONAL

Se califica de tal desde luego que solo el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro, puede entablar este tipo de acción. En consecuencia, ésta emana del incumplimiento o del no cumplimiento de un contrato, del cual, naturalmente solo pueden surgir derechos personales. Esta acción solo puede entablarse contra el contratante incumplidor. Las acciones que se fundan sobre una relación obligatoria o contractual del demandado, son de naturaleza personal. Aquí el demandante hace valer un derecho de crédito y no un derecho real.-

Naturalmente que cuando hay terceros de mala fé, a estos les afecta la acción resolutoria. Si un tercero a sabiendas compra una cosa sujeta a condición resolutoria tácita, cuando el comprador aún no ha pagado quedará subordinado necesariamente a la situación dependiente de la resolución del contrato. Pero entendiéndose bien, subordinado, lo cual no quiere decir que el acreedor tenga que entablar en tal situación, contra él la acción resolutoria. Esta acción la deberá entablar contra el moroso pero, el acreedor puede con base en esta acción, entablar a su vez la acción reivindicatoria contra el tercero para recuperar la posesión de la cosa vendida (53)

#### 52- ES UNA ACCION PATRIMONIAL

El sentido de este carácter tenemos que verlo desde la afectación en el activo y pasivo de las partes o contratantes.-

La acción patrimonial es la que se deriva de los derechos patrimoniales. Por tales hay que entender todos los derechos susceptibles de evaluación económica o como dice Giorgi, todo lo que constituye lo tuyo y lo mío, y que nos hacen más o menos ricos. Sin embargo, hay que diferenciar dentro de los derechos patrimoniales, aquellos que se dicen útiles en sí mismos ya que su actitud es servir por sí solas a ciertas necesidades del hombre de aquellos que consisten en los actos de otras personas, es decir en aquellas prestaciones ajenas en cuanto nos proporcionan alguna utilidad evaluada en dinero. (54).

Estos últimos son los que nos interesan dentro de nuestro estudio, son los derechos patrimoniales, de los cuales se deriva la acción personal que a la vez es de tipo patrimonial.

Como consecuencia de lo anterior, la acción resolutoria puede también ser renunciada, transmitirse y prescribir.

Renunciabilidad: De conformidad al Art. 12 de nuestro Código Civil todos los derechos pueden renunciarse con tal que no esté prohibida la renuncia y que solo miren al interés individual del renunciante.

La acción resolutoria es una acción que la ley le concede al contra tante que ha estado presto a cumplir su obligación, contra el contratante que por el contrario ha incumplido su prestación correlativa, y ha dejado sin satisfacer, a su acreedor. Cuando se han dado los presupuestos para en tablarse esta acción la persona que la tiene a su favor, puede no impetrarla al Juez, puede ponerse de acuerdo con la otra parte concediéndole un plazo para que cumpla dentro de él, en fin pueden llegar a insospechadas tran sacciones o acuerdos. La renuncia puede ser expresa o tácita.

No debe entenderse sin embargo renuncia de la acción resolutoria, cuando el acreedor solicite el cumplimiento forzoso de la obligación.

Sobre esto ya algo expusimos adelante. Cabe la pena sin embargo recalcar que la condición resolutoria tácita no da lugar solamente a la resolu ción del contrato. El cumplidor tiene dos acciones. O se decide por la re solución, o el cumplimiento forzoso de aquella, con indemnización de daños y perjuicios en uno y otro caso. De tal manera pues que si pide la



segunda acción, no debe entenderse que está renunciado a la acción resolutoria.-

Esto se debe a que la resolución es facultativa, no obligatoria por grande que sea la infracción da parte del contratante.

"La ley da al demandante el derecho de elegir a su arbitrio o el cumplimiento o la resolución del contrato; es un derecho privativo de él y que la ley no somete a requisito alguno" (55)

Cuestión redevantísima y que incide en este aspecto, es determinar si habiéndose solicitado el cumplimiento, puede abandonarse para entablar la resolución. O al contrario, que habiéndose entablado la resolución se abandone para entablar el cumplimiento de la obligación.-

En el derecho romano se decidía en materia de pacto comisorio explícito que "electa una via non datur recursus ad alteram". Sin embargo la opinión moderna de la doctrina y de la jurisprudencia, es admitir el criterio contrario ya en el sentido de que puede demandarse el cumplimiento no obstante que se haya iniciado antes la acción de resolución, o bien esta última, aun cuando se haya ejercitado la acción de cumplimiento. La verdad es que el objeto de la acción de resolución es diferente de la de cumplimiento. Si esta última no ha dado resultado ¿Por qué privar entonces la parte cumplidora de resolver el contrato?

Así las cosas no puede decirse o sostenerse que quien demanda la resolución está renunciando al cumplimiento o viceversa. Y solo en el caso que el demandado se haya adherido a la demanda intentada y se haya pronunciado sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, podría aplicarse el aforismo romano. Giorgi es de esta opinión y la asegura diciendo: "A quien quisiese invocar el derecho romano, habría que advertirle que lex commissoria, al obrar con pleno derecho hacia la cosa inepta porque disolvía ipso jure el contrato apenas se verificaba la mora en que había incurrido el comprador incumpliente, intentaba la acción del contrato para el pago del precio renunciaba implícitamente al pacto comisorio" (56)

Agregamos finalmente que no hay ninguna disposición que nos impida recurrir a las dos acciones sucesivamente. Lo que sí no se podría es pedir

al mismo tiempo la resolución y el cumplimiento, pues son completamente contrarias.-

### 53- PRESCRIPTIBILIDAD

Nuestro Código no regula a cual es el tiempo de prescripción de la acción resolutoria tácita, ni tampoco la del pacto comisorio expreso en el caso que tenga lugar. En este último es atendible la razón ya que al menos en nuestro código no encontramos regulado tal pacto en virtud de la supresión de 1902. Si debiera haber regulado el legislador lo relativo a la condición resolutoria tácita, pues es claro que todas las acciones prescriben si no se ejercitan dentro de cierto tiempo.-

A falta de una disposición especial, tendríamos que hacer uso de la prescripción general regulada precisamente dentro del capítulo de la Prescripción. En efecto, en el art. 2253, la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la acción o derecho ha nacido. Y, el art. 2254, que dice: Este tiempo es en general de diez años para las acciones ejecutivas y de veinte para las ordinarias.-

Como es natural comprender, la acción resolutoria no es una acción ejecutiva, sino ordinaria, luego entonces, prescribe en veinte años.-

Para el pacto comisorio cuando tuviera lugar, se aplicaría el tiempo de prescripción que señalan las disposiciones pertinentes de los códigos en que expresamente se contemplan. Así en el Código Chileno, es de cuatro años desde la celebración del contrato.-

Se suele hacer una comparación entre estos dos tipos de resolución en base al tiempo de prescripción y sus efectos. Don Horacio Prieto y Ravest, en base a la legislación chilena, distingue:

a) En el caso de la condición resolutoria tácita, la prescripción de diez años de la acción resolutoria, se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2059 (menores, dementes, sordomudos, los que están bajo patria potestad paterna o marital o bajo tutela o curaduría y la herencia yacente). La prescripción de cuatro años, de la acción que nace del pacto comisorio, no se suspende a favor de los incapaces, corren en contra de toda persona.

b) La prescripción de diez años, empieza a contar desde que la obligación se hace exigible. La de cuatro años, en cambio, se cuenta desde la celebración del contrato. En este último caso puede producirse el absurdo de que existan acciones resolutorias que nazcan muertas o sea que prescriban antes de nacer tal sucede, por ejemplo, si al comprador en un contrato con pacto comisorio se le dan cinco años para pagar el precio. Si transcurrido dicho término el comprador no cumple, el vendedor no podrá ejercer la acción resolutoria por cuanto ella ha prescrito a los cuatro años de celebrado el contrato".-

Otro carácter que singulariza la acción resolutoria es su indivisibilidad. Esto significa que los interesados no pueden demandar una parte del cumplimiento o la resolución en otra parte del contrato. O demandan la resolución en su totalidad o bien se dice por pedir el cumplimiento total. Es decir que ante la prerrogativa del derecho alternativo que le concede el Art. 1360, no se puede solicitar la resolución y el cumplimiento por parcialidades. Si existiese pluralidad de partes, también habría de ponerse de acuerdo previamente, a fin de entablar conjuntamente la demanda.-

La acción resolutoria derivada de la condición resolutoria tácita tiene que entablarse, pedirse ante el Juez competente. El juicio en el cual se ha de dilucidar o el cumplimiento o la resolución, necesariamente será ordinario, pues no tiene trámite señalado. Art. 127 Pr. En ese proceso la parte actora tendrá que probar los extremos de su demanda y el juez dictará sentencia de acuerdo a las pruebas que se le presentan. Se requiere para que el juicio prospere, que el actor, haya cumplido por su parte con la obligación que le cabía. Es simple deseo de dar por terminado un contrato, no puede ser motivo de resolución. Para ello se requiere que una parte haya cumplido y la otra incumplido. Tan es así, que el demandado puede oponer excepciones alegando que el demandante a su vez no ha realizado su obligación.-

Aquí es donde tienen aplicación "la excepción del contrato no cumplido" o sea la regla romana "excepto non adimpleti contractu", que significa la excepción del contrato no cumplido. Esto en buenas palabras indica que ninguno de los contratantes está en mora, dejando el otro por su parte, de cumplir con su obligación.-

El Art. 1423 C. regula esta situación dice: "En los contratos bilate

rales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro lo cumple por su parte, o no se allana a cumplir lo en la forma y tiempo debidos"

Dentro de un contrato de venta, por ejemplo, si el vendedor pide la resolución del contrato o la ejecución del mismo por parte del comprador éste puede basándose en la regla de non adimplet contractu, rechazar la acción intentada en su contra. El tendrá que probar que el vendedor no ha cumplido con su obligación de saneamiento. El juez tendrá que apreciar las pruebas y resolver en definitiva. Si el comprador lograra triunfar el juez declarararía sin lugar la acción intentada por el vendedor.-

Hemos repetido que la resolución debe pedirse judicialmente. Se necesitará sin embargo, que la acción judicial sea precedida de la constitución en mora? La mayoría de autores están de acuerdo en esta situación.

Es necesario que el demandado esté constituido en mora para que proceda la acción resolutoria. Larombiere sostiene esta tesis pero se fundamenta en el hecho de que indemnización es el factor determinante de la resolución. Dice, la resolución es una acción extrema de indemnización. Esto por supuesto ha sido atacado por numerosos autores que ven en la resolución no un medio de obtener indemnización de perjuicios, sino algo mas de fondo. En efecto, cuando se resuelve el contrato su principal efecto es el volver las cosas al estado inicial y además el principio de la retroactividad que hemos explicado. Esto en ninguna forma puede decirse que va a indemnizar al acreedor de la pérdida que ha sufrido por la falta de cumplimiento del deudor faltante.-

La mora es indispensable a nuestro criterio para entablar la acción proveniente del Art. 1360. Y es que en los contratos bilaterales las prestaciones de las partes deben ser recíprocas, esto es que cada parte debe cumplir con sus respectivas obligaciones. De tal manera que si ambas han incumplido, ninguna de ellas puede prevalecer de la disposición para alargar la resolución. Necesariamente el que entabla la acción debe haber cumplido. Los términos en que se expresa el artículo en mención dan a entender lo que se ha explicado. En efecto, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de cumplir por uno de los contratantes lo pactado. Significa entonces que el otro habrá cumplido con su obligación. Ahora bien, para estimar que alguien no ha cumplido, es necesario constituirlo en mora -

No obstante la constitución en mora según la jurisprudencia de las Cortes de Bélgica, y la misma opinión de autores como Laurent estiman que la constitución en mora no es requisito necesario, a menos que en el contrato se imponga tal obligación. Basta para ellos el requerimiento como regla general.-

En cuanto a la sentencia de resolución, es claro que tendrá que producir sus efectos hasta que sea declarada, mientras tanto el contrato sigue produciendo todos sus efectos. Incluso el deudor puede llevar adelante la ejecución de sus obligaciones, con lo que pararía toda acción en su contra. Ello es así porque esta resolución no se produce de pleno derecho, ipso jure, de ahí que hasta la sentencia definitiva se le ponga fin a la situación jurídica. Mientras tanto el incumplidor puede incluso pagar en contra de la voluntad del acreedor, mediante la consignación. Art. 1463, siempre desde luego que no se haya pedido la resolución del contrato.-

En general podemos decir que en ésta como en otras materias tienen aplicación las reglas generales del pago. Así se ha de pagar lo que se debe, es decir que se tiene que ejecutar la obligación en los términos convenidos. Art. 1439; puede pagar a nombre del deudor otra persona, aun sin el consentimiento de éste o contra su voluntad. Art. 1443; se puede igualmente pagar en contra de la voluntad del acreedor, mediante la consignación; el pago debe hacerse al acreedor o a su representante o a todos los que le hayan sucedido en el crédito. Art. 1446; el pago que se hace a la persona que el Juez autoriza a recibir por él o a la persona disputada por el acreedor para el cobro Art. 1446. En cuanto a las reglas de nulidad sobre el pago también tienen cabida, pero no nos detendremos en su enunciación, baste consultar los arts. 1448, 424, 1558 C. y 696 y 951 Pr.

Tratándose de la compraventa también existen disposiciones especiales que rigen para esta cuestión. El art. 1675 dice que si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta con resarcimiento de perjuicios en uno y otro caso.-

Resolviéndose el contrato, se producen los efectos derivados de la sentencia misma. Esto es, volver la cosa al estado actual que tenían antes de la celebración. En realidad esto ya lo señalamos en la parte relativa a los efectos jurídicos de la condición resolutoria tácita. Nos remitimos entonces a lo dicho en ese apartado. (Ver No. 41)

Respecto a los efectos de la resolución en mención a los terceros así como la cuestión de si la demanda de resolución se puede promover contra terceros, nos remitimos a lo dicho en el No. 39.-

## 5 - RESOLUCION Y RESCICION

Estas dos instituciones son frecuentemente confundidas, sin duda porque ambas tienen el mismo objetivo: destruir el vínculo jurídico que liga a los dos contratantes. Acabar pues con toda relación de derecho que los vincule. Sin embargo entre uno y otro existen diferencias marcadas. El mismo texto de la ley, las individualiza. Así en el capítulo relativo a la extinción de las obligaciones dicen en la parte pertinente. Art. 1438. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: 7o. Por la declaración de nulidad o por rescisión; 8o. Por el avento de la condición resolutoria.-

Entre las diferencias más notables se pueden señalar:

A) La rescisión o nulidad relativa como también se le conoce, supone necesariamente un vicio del contrato. Este vicio puede recaer o sobre el consentimiento, sobre la calidad en las personas que contratan, etc. En la resolución, el acto jurídico nace o existe perfectamente válido, en otras palabras, sin ningún vicio que altere su verdadera razón de ser. Pero cuando ha habido incumplimiento de una de las partes la otra, pide que se deje sin efecto el contrato, que se resuelva en vista de la actitud de la parte morosa. En la rescisión la parte interesada promueve la acción de nulidad, precisamente porque haya un vicio que la está afectando.-

B) Como consecuencia de lo anterior, para entablar la acción de nulidad relativa o rescisión hay que probar el vicio que está gravitando sobre la obligación o contrato que se pretende invalidar. En la resolución es necesario demostrar que se es acreedor, que hay un contratante incumplidor que ha dejado de realizar la prestación respectiva en beneficio del primero y que el que entabla la acción, por su parte, no

ha dejado de cumplir su obligación.-

C) En la resolución, cuando es derivada de la condición resolutoria ordinaria, la extinción de la obligación se produce de pleno derecho, sin necesidad de que el juez dicte una sentencia, en el sentido indicado en el No. 30. En cambio en la rescisión se requiere de un juicio en el cual comprobándose los extremos de la demanda, se declare el contrato nulo.-

Tratándose de las legislaciones en que se concede un plazo al deudor dentro de un contrato bilateral (condición resolutoria tácita) para el cumplimiento forzoso de la obligación, previo a la resolución también tenemos otra diferencia. En la rescisión no podemos de ninguna manera conceder plazo al infractor para que subsane el vicio. Comprobado éste el juez procede a declarar roto el vínculo jurídico o consecuencia de la misma nulidad.-

En la relación con otras situaciones tampoco es válido confundir la rescisión con la acción de simulación, la cual encierra un vicio del título improductivo de la obligación o productivo de obligaciones distintas de las aparentes. Sin pretender detallar la teoría de la simulación debemos sin embargo, recordar en que consiste ésta. Es simulado un contrato se dice, cuando hay contradicción deliberada entre el acto interno del querer y su manifestación exterior. Este vicio ofende al mismo tiempo el elemento interno y el extremo del consenso, y hace que, acompañado el uno por el otro, no respondan a la verdad. (57)

Tampoco podía confundirse la rescisión con la repetición de lo no debido; éste no supone un vicio en el título obligatorio, sino la falta absoluta de toda obligación por la cual puede haber tenido legítima causa el pago. La finalidad del ejercicio de la acción de repetición es el derecho del solvens cuando ha pagado por error aquello que no debía, a repetirlo de aquel de buena o mala fe lo haya recibido.-

Las condiciones bajo las cuales se ejercita son: a) pago, b) la fal

ta de causa, c) el error en el solvens y d) la falta de obligación mo-  
ral o natural que autorice la soluti retentio. Enunciamos simplemente  
estas circunstancias y no las desarrollamos porque nos desvincularía--  
mos de este trabajo.-

Por último hay que decir que no debe confundirse la rescisión con  
la acción pauliana o revocatoria. Esta acción no es concedida a ninguna  
de las partes contratantes, sino a los terceros, es decir a los acreede  
dores por derecho propio, para obtener la revocación de los actos celebr  
brados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos. En el  
fraude se requiere el evento dañoso es decir la necesidad de un perjuici  
cio para los acreedores. Sin eventus damni no puede haber fraude pauliano.-

Ninguna de las acciones que se han enunciado están sometidas a  
las mismas postulados de la acción rescisoria, ni a la prescripción  
excepcional de esta acción. Ninguna puede confirmarse, ratificarse en  
el sentido exacto de la palabra.-

Ahora bien, la acción rescisoria o de nulidad puede decirse que es  
un medio jurídico que la ley concede al contratante que se obligó sin  
que el contrato fuera válido o a quien se lesionó con el contrato, con  
fin de librarse de los efectos perjudiciales de la obligación contraída  
da.-

#### 55- REQUISITOS DE LA RESCISION

Para que pueda darse la acción de rescisión es necesario que existan  
tan las siguientes situaciones:

- a) Que la obligación sea invalidable;
- b) Que la rescisión se solicite por la persona perjudicada;
- c) Que no haya prescrito o no se haya renunciado a la acción.-

Recordemos que la acción rescisoria es la sanción a la incapacidad  
legal para obligarse por contrato, de los vicios del consentimiento y  
de la lesión. Sobre esto hay que distinguir requisitos de existencia  
y de validez del acto jurídico. Naturalmente la rescisión opera con



Los vicios del consentimiento que son producidos precisamente por la invalidez del acto. En otras palabras, cuando estamos en presencia de los requisitos de validez, (consentimiento no viciado, objeto lícito y causa lícita) de los cuales naturalmente solo aplicaremos los relativos al consentimiento, porque los otros producen nulidad absoluta.-

#### 56- VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Por lo que se refiere a los vicios del consentimiento nuestro Art. 1322 señala que son tres: el error; la fuerza y el dolo. El acto jurídico que resulta afectado con los vicios es perfectamente válido, aunque sujeto a ser rescindido. Por tanto mientras no se anule, produce todos sus efectos jurídicos.-

#### 57-¿QUIEN PUEDE EJERCITAR LA ACCION DE RESCISION?

Cuando una obligación está afectada en su existencia jurídica, cada interesado está en el derecho de impugnar sus efectos. Pero cuando una obligación es invalidable, su nulación solo puede pedirse por aquel contratante que se obligó sin tener incapacidad para ello, o prestó consentimiento vicioso, o fue lesionado por el contrato.-

Todos los autores están de acuerdo que la incapacidad, los vicios del consentimiento y la lesión, son medios de rescisión sancionados en provecho exclusivo del incapaz, del que prestó su consentimiento viciado y del que fue alcanzado por la lesión del contrato. De conformidad al Art. 1554 C. la nulidad relativa solo puede pedirse por el interesado, a pedimento de parte, a diferencia de la nulidad absoluta en que su declaración puede hacerse por el juez de oficio o a pedimento de parte interesada. Naturalmente es y siempre ha sido un problema de gran trascendencia al deslindar los campos de la nulidad absoluta y de la relativa. ¿Cuándo estamos en presencia de una, y cuando de otra? Porque como muy bien dice Giorgi "doquier el jurisconsulto se encuentre frente a una acción de nulidad absoluta, es decir ejercitable por cada uno de los interesados, podrá con toda seguridad afirmar que no se trata de rescisión de la obligación inválida. Tiene existencia jurídica de obligación. Pero si esta verdad es inconclusa, no es de igual constancia y seguridad el argumento contrario, porque no se puede decir que cada nuli

dad relativa sea siempre una rescisión. Hay algunos vicios de objeto y causa que abren a la nulidad en favor de uno solo de los contratantes y no son rescisiones, ni por ello se les puede aplicar las reglas de la rescisión" (59)

Se dice que la dificultad de dilucidar cuando estamos en presencia de una nulidad absoluta y cuando una relativa, provienen de que hay algunos casos que no se haya donde encajarlos. Así las adjudicaciones hechas a los tutores, de los bienes que se encuentren sometidos a su administración. De esta manera se deduce que lo más importante para dilucidar el problema es separar la cuestión. Si los vicios de la causa o del objeto dan lugar a nulidad absoluta o relativa. Es absoluto la nulidad si provienen de una regla de orden público o de interés general. Es relativa si se ha establecido en beneficio o en favor de éste o aquel contratante .-

Ahora bien, la nulidad relativa o rescisión puede ejercitarse por el interesado o por sus herederos. Esto último en virtud de que los herederos representan al causante. También puede pedirse por los cesionarios o sea las personas que han adquirido el título en el que consta la obligación. Desde luego no hemos agotado, ni mucho menos el tratamiento de esta materia por escapar de los límites de este trabajo.-

#### 58- TIEMPO EN QUE DEBE EJERCITARSE LA ACCION

La acción de nulidad se extingue por la prescripción.-

Naturalmente y en atención al fin de cada nulidad, el plazo de la prescripción es mucho más largo tratándose de la nulidad absoluta y más corto cuando se refiere a una nulidad relativa.

Respecto a esta última se señala un plazo de cuatro años por nuestra legislación. Art. 1562. "El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años. Este cuadrieno se contará en el caso de violencia, desde el día en que hubiera cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración de acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadrieno desde el día a que haya cesado esta incapacidad.-

A las personas jurídicas se les duplicará el cuadrieno y se contará desde la fecha del acto o contrato-

Todo lo cual se entiende en los casos a que las leyes especiales no hubieren designado otro plazo".-

La doctrina moderna ha fundamentado la prescripción del Art. 1563 en la idea de confirmación tácita o presente. Además con el objeto de consolidar situaciones de hecho impedir litigios para causas antiguas.(59)

El plazo para la prescripción de la acción rescisoria es pues de cuatro años, tal como lo dice el artículo 1562. Según se trate de los distintos vicios del consentimiento, así se cuenta tal tiempo. Para la violencia, los cuatro años se cuentan desde el día en que hubiere cesado para el error y el dolo desde el día en que se celebró el contrato. Tratándose de personas jurídicas la regla general sufre excepción. El tiempo ya no se estima en cuatro años, sino en ocho.-

Nos preguntamos, esta regla de los cuatro años, será una regla rígida o admite excepciones? En parte se resuelve la interrogante por la misma frase final del artículo: las leyes pueden haber designado un plazo para una situación especial. En efecto, recuérdese que la prescripción como regla general se suspende a favor de determinadas personas, estas son: Los dementes y los sordomudos, y todos los que estén bajo tutela y curaduría, también se suspende a favor de la herencia yacente, Art. 2259.-

Siendo que la rescisión se establece con la finalidad de proteger los intereses privados, es claro que la acción no prescribe, sino a partir del momento en que empieza a correr para cada uno de ellos. Así en el caso del menor que esté bajo patria potestad, siendo que no puede valer sus derechos directamente, sino por medio de su representante legal si este no los ejercita, el menor al volverse capaz, puede hacer valer sus derechos? el cuadrieno naturalmente comenzaría a contar desde el día en que se ha producido el cambio.-

Pero suponiendo que se trate de otro caso: el del demente que ya

no tenga curación posible y que en consecuencia no va a poder jamás ejercer sus derechos, la suspensión de la prescripción no puede durar más de los treinta años que señala el Art. 2259 inc. 2o.. En efecto dice el inciso en estudio: ""Transcurridos treinta años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente"".-

Otro caso de excepción sería cuando el contrato está sujeta a un plazo o a una condición. Los escritores se preguntan si debe modificarse la regla de la prescripción en cuanto que el contrato está sometido a cualquiera de las modalidades indicadas. Mientras que algunos convienen en que el término o plazo no afecta la prescripción la mayoría está de acuerdo en la condición suspensiva, si lo modifica. Otros por el contrario niegan indistintamente la eficacia suspensiva tanto del término como de la condición, ni señalan de las reglas generales por las cuales la prescripción ordinaria no corre en las obligaciones a término o condicionales, Los franceses e italianos no encuentran en ello ningún problema porque precisamente tienen disposiciones específicas que regulan ambas situaciones. Así en el Código Francés, el Art. 2257 dice:

La prescripción no corre:

Respecto de un crédito dependiente de condición, mientras ésta no se verifica;

Respecto de la acción de evicción, mientras ésta no tiene lugar;

Respecto de un crédito a día fijo, mientras éste no llega.

Pero, en nuestro código no existe ninguna disposición ni en el capítulo de la prescripción ni en el de la nulidad. Sin embargo, analizando la condición suspensiva como la obligación misma está en suspenso mientras el acontecimiento previsto se realice, es claro que también estará en suspenso la prescripción, pues no puede ejercitarse, mientras la condición no se realice.-

Respecto a la condición resolutoria, la solución parece variar.-

En efecto, la obligación nace sin ninguna traba, y mientras la condición no se cumpla el derecho no se resolverá. Aquí la prescripción no puede suspenderse desde luego que el derecho se está dando, se está viviendo, la obligación está produciendo todos sus efectos jurídicos.-

#### 59- RENUNCIABILIDAD DE LA ACCION

Para que la acción de rescisión pueda ser admitida es necesario que además de ejercitarse en el tiempo debido no haya sido renunciado preventivamente. Esto significa que la acción rescisoria por supropia naturaleza es renunciable, desde luego que se ha establecido en beneficio exclusivo de determinadas personas.-

Lo anterior se compenetra con la ratificación del acto invalidable. De conformidad con el Art. 1553 parte final y Art. 1564. En efecto, en la primera disposición que se refiere a la nulidad absoluta, dice en la parte pertinente: "...y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años...". Lo anterior viene a indicarnos que si en la nulidad absoluta no puede ratificarse el acto nulo si puede ratificarse en la nulidad relativa y ello se ve confirmado con lo que dice la parte final del Art. 1554 que trata de la rescisión o nulidad relativa.-

El Art. 1564 nos dice que la ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita.-

Se ha estimado una especie de renuncia presunta, la contemplada en el Art. 1555. Giorgi dice que es la conducta desleal la que le acarrea la privación del derecho de ejercitar la acción rescisoria, ya se quiera considerar ésto como pena, ya como presunción de renuncia. Se refiere el artículo en mención al menor de edad que con engaños y medios culpables se hace pasar por mayor de edad.-

#### 60- EFECTOS DE LA RESCISION EN RELACION A LAS PARTES CONTRATANTES.

Quando se ejercita la acción de rescisión o nulidad es con una finalidad: para cortar todo vínculo jurídico e impedir las consecuencias derivadas del acto jurídico o si la obligación no ha sido exigida y además, para reducir las cosas al estado primitivo si la obligación fué exigida y cumplida. Rescindida una obligación, pierden eficacia todas las consecuencias.-

Si la obligación es bilateral, las prestaciones recíprocas desaparecen, desde luego que todo contrato se anula. En otras palabras esto significa que cada contratante vuelve a tomar lo que ha dado al otro. Lo mismo sucede con la llegada del evento de la condición resolutoria. La retroactividad tiene lugar también en la rescisión, aun por supuesto de una manera distinta que no es del caso analizar.-

#### 62- EFECTOS DE LA RESCISION EN RELACION A LOS TERCEROS

Para los efectos de este apartado debemos de entender por tercero los causahabientes del demandado. En este entendido, las enajenaciones las servidumbres, las hipotecas hechas o concedidas por el comprador deben desaparecer necesariamente con la declaratoria de nulidad.-

De conformidad al Art. 1559, la nulidad judicial pronunciada da acción reivindicatoria contra los terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales.

Una de las excepciones legales al contenido de la anterior disposición, la encontramos, precisamente en el siguiente artículo. Dice el Art. 1560: Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra terceros de buena fé que hayan inscrito el título de su respectivo derecho, sino cuando dichas acciones se fundan en causas que consten explícitamente en el instrumento registrado.-

En atención a lo enunciado por las dos disposiciones podemos decir: que al declararse la rescisión, los terceros se verán naturalmente afectados, dado que el dueño de un derecho podrá entablar incluso la acción<sup>a</sup> reivindicatoria en contra del tercer poseedor. Es mas, la buena fé aquí no se toma en cuenta, para no ejercitar este derecho. Solo se toma en

cuenta, si va unida a el hecho de que el tercero haya inscrito su respectivo derecho y en el documento registrado no consta las causas que pueden dar lugar a la rescisión.-

Si un menor vende a un mayor un inmueble, y éste a su vez lo enajena a Y, al rescindirse el primer contrato, necesariamente el segundo se verá afectado. Se considera que el menor sigue siendo dueño y como tal puede hacer valer su derecho. Mas si este tercero se preocupó de inscribir su título y además iba de buena fé, ya el dueño, frente a otro supuesto dueño no puede ejercitar la reivindicación, desde luego que primero habrá de dilucidarse quien es en efecto, el dueño verdadero.-

Problema especial se plantea en el caso de la condición resolutoria tácita que mas tarde analizaremos.-

### 53.- RESOLUCION Y TERMINACION

Se dice corrientemente que la terminación es la resolución de los contratos denominados de tracto sucesivo.-

La teoría de la terminación calificada de antigua, se refiere a la resolubilidad de los contratos a largo término, por los cambios sucesivos del estado de hecho. En efecto, los contratos de tracto sucesivo operan para el futuro, es decir, que son contratos que se van renovando de prestación en prestación, a diferencia de los contratos de ejecución instantánea en los que inmediatamente después de celebrados se reputan como consumados.- El objeto de los contratos de tracto sucesivo, por un sistema de prestaciones, que concibe el contrato único como una serie de contratos, tantos como son las épocas en que se renueva la relación(61)

Son ejemplos de ellos, el arrendamiento, los contratos de trabajo. En el arrendamiento, en cuanto se vencen los plazos de pago se entiende que el contrato va surtiendo sus efectos hacia adelante, el contrato se va prolongando cada día y, si llegada la época del vencimiento del contrato, se renueva automáticamente la relación, es decir se prolonga el arrendamiento. El contrato sigue produciendo sus efectos jurídicos.

Con lo anterior es bien comprensible cómo el cambio de estado de hecho debe influir sobre el vínculo jurídico vigente, al alterar la relación de corresponsabilidad, siendo entonces el contrato resoluble.-

Veamos más claramente X ha dado en arrendamiento su casa a Y por un período de tres años. El contrato está surtiendo todos sus efectos. Por un acontecimiento imprevisto X se queda sin vivienda propia ni bienes; no teniendo a quien recurrir, decide que no puede hacer otra cosa, que vivir en la casa que ha arrendado a Y. Ha habido en el anterior caso, una circunstancia tan grave que hace que el arrendante no pueda continuar alquilando la casa a Y. Por supuesto que de conformidad con nuestra legislación, no podría darse esta situación, de conformidad al Art. 1755. C.-

Otra situación que se daría, sobre el mismo ejemplo. Si Y está pagando por el alquiler de la casa doscientos colones mensuales, pero con posterioridad el dueño modifica la casa de tal manera que se amplía y mejora notablemente, aunándose esto al hecho de que la misma zona en donde está situada la casa, se urbaniza, se construyen centros de recreación, etc., es claro que el dueño de la casa ya no querrá alquilarla en los mismos doscientos colones. Ahora estima que su casa vale por lo menos unos trescientos colones.-

Esta circunstancia tan especial conduciría a la resolución del contrato, Este ejemplo es teórico, ya que en los regímenes en que opera la congelación de cánones, como el nuestro, no sería dable.-

Lo determinante en este tipo de resoluciones es que el estado de hecho produce como consecuencia un desequilibrio en las prestaciones. El hecho determinativo de ese cambio puede ser una sola o larga secuencia de situaciones que por su misma complejidad, determina la formación de un nuevo estado de cosas.-

En el derecho italiano se aplicó a los contratos de tracto sucesivo, o continuativos, el principio denominado "rebus sic stantibus", admitiendo la teoría de que estaban sujetos a terminación cuando por sur



gias circunstancias de hecho inesperadas, se hubiese alterado la relación de las prestaciones.-

Esta tesis ha encontrado apoyo en Poyaji, en su libro "Sistema liberal" se expresa así: "Todos los contratos bilaterales correspondientes que no se consuman único momento y que tienen una progresión futura, contienen tácitamente e implícita, como condición esencial de su fiel observancia, el hecho de perseverar las cosas en el mismo estado que preexistía en el momento de la estipulación, rebus in eodem statu manentibus. Ahora bien, si por cualquier causa sobrevenida después de la celebración del contrato, queda notablemente alterado el primitivo estado de cosas sobre cuya perseverancia calcularon, evidentemente, las partes, llega entonces a faltar la relación de respectividad. Por estas razones de equidad y justicia distributiva exigen que la ley obligue al magistrado a restablecer el equilibrio legal, cortando toda desigualdad entre las partes buscando aquella utilidad común que dió origen a la celebración y ejecución del contrato (61)

La teoría anterior fue aceptada por la mayoría de autores y se ha reconocido unánimemente que en los contratos de tracto sucesivo, el cambio imprevisto del estado de hecho puede producir su resolución.-

Nuestro derecho positivo contempla con toda nitidez, esta figura. En el derecho laboral hay capítulos enteros en los cuales se trata precisamente de la terminación del contrato de trabajo. Algo semejante sucede en la ley de Inquilinato. En el código civil se contempla también esta forma jurídica. Véanse los arts. 1738 y siguientes de nuestro código civil.-

Nos resta agregar, para terminar este punto, algo importante.

En doctrina y en nuestro derecho positivo la resolución opera retroactivamente. La terminación por el contrario, opera para el futuro, cuando extingue toda relación jurídica.-

En ambas acciones se tiene que alegar por el perjudicado y probar los hechos a fin de obtener la sentencia a su favor.-

#### 64- LA REVOCACION

Llámase revocación la acción derivada de los actos celebrados por un deudor en perjuicio y fraude de los derechos del acreedor. Su finalidad es obtener la anulación del acto fraudulento. Generalmente esta acción es más conocida con el nombre de Acción Pauliana (62)

Para comprender la naturaleza jurídica de esta acción es necesario recordar que el legislador ha dado una serie de medidas de tipo general para proteger los intereses del acreedor, con el objeto de que su patrimonio se mantenga íntegro y no sufra menoscabos.-

Cuando hay una relación jurídica entre dos personas, surge una obligación. Si el llamado deudor no cumple con la obligación del caso, será su patrimonio el que responda por él, y será precisamente sobre ese patrimonio que recae el derecho de prenda general a favor del acreedor.-

Las medidas que tiene por objeto mantener íntegro los derechos del acreedor, se conocen en el campo del derecho como "Derechos auxiliares del acreedor". Dentro de esos derechos goza de una especial importancia, a la llamada acción pauliana o revocatoria.-

Sin pretender hacer un estudio especial de esta acción, señalamos aspectos adicionales relevantes, y que, en alguna forma inciden en este estudio. Ya nos hemos referido con anterioridad incidentalmente a esta acción. Ver No.

Vamos ahora como se integra esta acción.-

El fraude pauliano requiere un fraude cometido por el deudor; una complicidad con el tercero que contrató con el deudor; una enajenación perjudicial para el acreedor, cuyos elementos enumeramos a continuación

#### 65- ELEMENTOS DEL FRAUDE PAULIANO

a) Intención fraudulenta. Consiste en el ánimo de provocar una situación perjudicial o dañosa al acreedor. En otras palabras es la con

ciencia de que mediante el acto respectivo, se insolventa, se perjudica en cualquier forma a sus acreedores. Eso implica la intención fraudulenta (63)

b) Complicidad con un tercero. Para que se de el fraude pauliano es necesario que participe en el acto de que se trata, un tercero quien también está interesado en el negocio, y conozca perfectamente que el negocio en cuestión causará daño al acreedor. En otras palabras se requiere la mala fé del tercero. Se discute este punto a la luz de los principios del derecho romano. Hay que distinguir se dice, si el tercero ha obrado para obtener un beneficio o para evitar un daño. También es necesario diferenciar si se trata de acto generoso o gratuito. En este último caso no se requiere la complicidad con el tercero.-

Por otro lado, se ha considerado que basta que el tercero esté enterado de los malos negocios del deudor para catalogarlo como cómplice de aquel.-

c) Hecho dañoso. Se requiere con ésto que el fraude sea cometido precisamente con la finalidad de ocasionar un perjuicio al o a los acreedores. Y, se considera que el acto realizado por el deudor es perjudicial para los acreedores cuando el patrimonio de aquel es desminuido, menguado, o se grava con la insolvencia del deudor. Mientras el patrimonio del deudor conste con bienes suficientes para responder de las obligaciones contraídas, no puede ejercitarse la acción pauliana.-

El legislador al conceder la acción, toma en cuenta dos intereses en juego. Primero, el acreedor perjudicado. Segundo, el tercer adquirente. "Frente a este doble interés el legislador argumenta: si el tercero adquirió a título gratuito, su patrimonio no se ha empobrecido de manera alguna, al contrario, se ha acrecentado en sus haberes, en consecuencia, la restitución de los bienes que recibió y por los cuales nada ha pagado, no puede acarrearle un sacrificio pecuniario. Esta es la razón por la cual basta la mala fé del deudor, para que proceda la acción pauliana en contra del tercer adquirente. Distinta es la situación si estamos ante un acto oneroso para el tercer adquirente, un acto que le ha

significado un desembolso monetario y que, por lo tanto la restitución de los bienes que recibió a cambio de su prestación va a significarle indudablemente un sacrificio económico. Por este motivo el legislador es, en este caso, más exigente y condiciona la procedencia de la acción revocatoria a la existencia de la mala fé, tanto del deudor por parte del tercero adquirente "(64)

#### 66- CARACTERISTICAS DE LA ACCION PAULIANA

a) Es una acción individual o personal, ya que solo le corresponde ejercerla al acreedor por derecho propio, sin intervención del deudor. Por tanto aunque puede ser entablada por todos los acreedores, cuando hay varios, éstos deben proceder conjuntamente.-

b) Es una acción patrimonial. Repercute en el activo o en el pasivo del que la ejercita. No recibe por tanto aplicación en las obligaciones derivadas del derecho de familia.-

c) Es una acción renunciable. Esto se desprende del art. 12 del código civil, en virtud del cual se puede renunciar los derechos con tal que no esté prohibida su renuncia y sólo miren al interés individual del renunciante.-

d) Es una acción prescriptible. Siendo que la acción pauliana o revocatoria es una acción especial, se rige también por términos especiales. La legislación salvadoreña determina el tiempo, en un año con tado a partir de la fecha de la celebración del contrato o acto.-

e) La revocación se tiene que solicitar a la autoridad competente. Al igual que la resolución, la revocación no se produce de pleno derecho. Necesita de una declaratoria judicial. Ello es así porque los hechos en que se hace consistir deben estar acordes con la ley y en consecuencia deben probarse.-

Ya dentro del procedimiento, el acreedor convertido en actor de su acción tiene que probar, que es un acreedor puro y simple, es decir que no está sujeto a un plazo o a una condición. Naturalmente si el

plazo fuera extintivo y la condición resolutoria, se entiende que sí puede ejercitar la acción.-

Es necesario asimismo que el acto que se pretende revocar se haya realizado con posterioridad a la obligación contraída por el deudor a su favor. De lo contrario no podría invocarse esta acción. Asimismo deberá probarse que el deudor es insolvente y que esa insolvencia ha sido determinada o por lo menos agravada con el acto que se pretende anular.

El acto realizado debe probarse, perjudica al acreedor. Sobre este punto, será necesario que se prueba que el pasivo del deudor supera al activo? P. Aniol estima que no es necesario comprobar la anterior situación, simplemente haya que acreditar que los bienes visibles y perseguibles del vendedor son inferiores a la deuda contraída antes de la enajenación. El deudor podría tener bienes en el extranjero lo cual de nada le serviría al acreedor. Su derecho sería ilusorio.-

#### 67- EFECTOS PRODUCIDOS POR LA REVOCACION

El acto fraudulento es anulado. Ello quiere decir que la cosa objeto del contrato fraudulento deberá salir del patrimonio del adquirente y entrar de nuevo al patrimonio del deudor. El acreedor podrá entonces embargar ese bien. Los efectos de esta acción se producen solo en interés de quien le ha demandado de tal manera que el acto celebrado entre el deudor y el tercero queda válido. Si el valor que el deudor ha transmitido al tercero es mayor que el importe del crédito demandado, en cuanto al exceso queda en beneficio del deudor. Si el tercero quiere detener la acción pauliana lo puede hacer pagando previamente al acreedor demandante.-

En cuanto a los terceros los efectos que se producen por la revocación se estiman ser, los siguientes: el bien sale del patrimonio del tercero, en consecuencia saliendo de su patrimonio, sus acreedores propios no pueden perseguir ese bien, en virtud del principio de prenda general, por la razón de que el bien no le pertenece. Sin embargo, hay que aclarar que el tercero se ve afectado por la declaración de revocación en las siguientes situaciones:

- a) Cuando es tercero a título gratuito
- b) Cuando es tercero que está de mala fé y el título es oneroso.

c) el acto jurídico no se anula en su totalidad, sino en la parte que pueda garantizar el crédito del acreedor. De tal manera que para el tercero el efecto de la revocación o anulación sería minimizado.

#### 68-- LA ACCION PAULIANA EN EL CODIGO CIVIL

Se establece en las disposiciones siguientes:

Art. 806: Los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo, y se les pague con él, hasta concurrencia de sus créditos, prestando la competente caución de conservación y restitución a quien corresponda.

Podrá por consiguiente, oponerse a toda cesión o renuncia del usufructo hecha en fraude de sus derechos.

Art. 2215: En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes, o la apertura del concurso, se observará las disposiciones siguientes:

1a. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fé el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2a. Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3a. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contrato desde la fecha del acto o contrato.

Este artículo consagra tajantemente la acción pauliana. Se requiere como acto previo, que el deudor haya hecho cesión de bienes o se le haya abierto concurso de acreedores.

Se requiere asimismo que quien intente la acción de revocación tenga interés actual, es decir que tenga el crédito exigible y determinado. Que haya un perjuicio manifiesto y mala fé tanto del adquirente como del otorgante.

Puede decirse en general que todos los requisitos doctrinarios estudiados previamente, se concentran en esta disposición y nada podemos agregar originalmente.

Se suele citar a veces el Art. 1160 de nuestro código, como un caso de acción pauliana. Si analizamos el contenido de esta disposición ve



## CAPITULO V

### LEGISLACION COMPARADA.

#### I T A L I A .

La condición resolutoria no suspende la ejecución de la obligación: obliga solamente al acreedor a restituir lo que haya recibido, cuando acaezca el suceso a que la condición se refiere (artículo 1.164, concordante del primer párrafo del artículo 1.123 español).

La condición resolutoria se sobreentiende siempre en los contratos bilaterales para el caso en que una de las partes no cumpla su obligación.

En este caso, el contrato no se rescinde de derecho. El perjudicado puede optar entre exigir a la otra parte el cumplimiento del contrato, cuando sea posible, o pedir la rescisión, además del resarcimiento de los daños en ambos casos.

La resolución del contrato debe mandarse judicialmente, y podrá concederse al obligado una prórroga según las circunstancias (Art. 1.165).

Cuando una obligación se contrae bajo la condición de que un suceso acaezca en un término determinado, tal condición se reputa incumplida si expira el término sin que el suceso haya ocurrido. Si no se hubiera fijado un término la condición puede cumplirse siempre, y no se tendrá por cumplida sino cuando sea indudable que el suceso no tendrá lugar (Art. 1.167, concordante del 1.117 español).

#### FRANCIA Y BELGICA.

2. Condición resolutoria (Arts. 1.183 y 1.184) Condición resolutoria es aquella cuyo cumplimiento trae consigo la revocación de la obligación, volviendo las cosas al mismo estado anterior, como si la obligación no hubiere existido. No suspende el cumplimiento de la obli



gación, solamente obliga al acreedor a restituir lo que hubiere recibido, en el caso de que se realice el suceso previsto por la condición,

La condición resolutoria siempre se sobreentiende en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que una de las dos partes no realice su respectiva obligación. En este caso, el contrato no se resuelve ipso iure. La parte perjudicada por el incumplimiento de la obligación puede optar entre obligar a la otra a la ejecución de lo convenido, cuando esto sea posible, o pedir la resolución del contrato con abono de daños e intereses. La resolución debe ser demandada en juicio y puede señalarse al demandado un plazo según las circunstancias.

#### A L E M A N I A .

Condiciones suspensivas y resolutorias. Todo acto jurídico realizado bajo condición suspensiva no surtirá efecto hasta el cumplimiento de la condición.

Los efectos de un acto jurídico realizado bajo condición resolutoria cesan con el cumplimiento de la condición, en cuyo momento se restablece la situación jurídica anterior (Art. 158).

Efecto retroactivo.- Si los efectos del cumplimiento de una condición deben retrotraerse a una época anterior a dicho cumplimiento, al realizarse la condición vienen obligadas las partes a asegurarse recíprocamente lo que cada una hubiera percibido si los efectos hubiesen comenzado con anterioridad a la realización (Art. 159).

Daños y perjuicios debidos al acreedor.- El poseedor de un derecho sujeto a condición suspensiva puede, en caso de realizarse la condición, exigir daños y perjuicios a la otra parte si ésta, durante el tiempo de la suspensión, destruyó o limitó el derecho que de la condición dependía.

El mismo acreedor, tratándose de acto realizado bajo condición resolutoria, corresponderá en iguales términos a aquel en cuyo beneficio se restablezca la situación jurídica anterior (Art. 160).

Efecto de la suspensión de la condición.- Si alguien hubiese dis-

puesto de un derecho o cosa bajo condición suspensiva, todo acto de disposición que posteriormente realice sobre el mismo derecho o cosa durante el tiempo de la suspensión, quedará nulo por el simple cumplimiento de la condición en cuanto pueda desvirtuar el efecto de la condición realizada. Se equipara a este acto el que, pendiente la condición, se realice por ejecución forzosa, embargo o por el curador de la quiebra.

Lo mismo ocurrirá, en caso de condición resolutoria, con referencia a los actos de disposición de aquel cuyo derecho ha de cesar por el cumplimiento de la condición.

Son aplicables por analogía las disposiciones establecidas en favor de terceros adquirentes de buena fe. (Art. 161).

Efecto de la mala fe de los interesados.- Si de mala fe se impidiera el cumplimiento de la condición por la parte a quien perjudicase su realización, la condición se considerará realizada.

Si la condición se cumpliera por la mala fe de la parte a quien aprovechase su realización, se reputará no cumplida (Art. 162).

Término y plazo fijados convencionalmente.- Si al realizar un acto jurídico se fijase un término inicial o final, se aplicará por analogía lo dispuesto en los artículos 158, 160 y 161 sobre la condición suspensiva, si se tratase de un término inicial; y lo establecido en los mismos preceptos acerca de la condición resolutoria, si el término fuera final.

#### A R G E N T I N A .

La condición que se refiere a un acontecimiento que sucederá ciertamente, no importa una verdadera condición, ni suspende la obligación, y sólo difiere la exigibilidad de ella (Art. 563).

Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo (Art. 577).

De las obligaciones bajo condición resolutoria.- La obligación es formada bajo condición resolutoria cuando las partes subordinasen a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido. (Art. 587)

No cumplida la condición resolutoria, o siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subsidiario a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condición. (Art. 588).

Cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiese recibido a virtud de la obligación (Art. 589).

Si la cosa objeto de la obligación ha perecido, las partes nada podrán demandarse (Art. 590).

Verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio (Art. 591).

De los cargos impuestos para la adquisición o resolución de los derechos. Los cargos impuestos no impiden la adquisición del derecho, ni su ejercicio, si no fueren impuestos como condición suspensiva. En caso de duda se juzgará que no importan una condición (Art. 592).

Si hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos impuestos, será necesaria la sentencia del Juez para que el beneficiado pierda el derecho adquirido (Art. 593).

Si no hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos, no se incurrirá en la pérdida de los bienes adquiridos, y quedará a salvo a los interesados el derecho de compeler judicialmente al adquirente a cumplir los cargos impuestos (Art. 594).

C H I L E .

La condición se llama suspensiva si mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho, y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (Art. 1.479).

La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmorale, se tendrá por no escrita (Art. 1.480).

Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación si el deudor lo exigiese (Art. 1.437).

Verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contrayentes hayan dispuesto lo contrario (Art. 1.488)

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

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios (Art. 1.489).

Si el que debe una cosa inmueble a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe (Art. 1.490).

Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública (Art. 1.491).

G U A T E M A L A .

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 (Art. 1.456, concordante del 1.123 español).

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 (Art. 1.457, concordante del 1.124 español.)

C O S T A     R I C A .

Artículo 680. En los casos de obligaciones sujetas a condiciones resolutorias, se aplicarán las reglas de los artículos anteriores en sentido inverso.

Artículo 688. En tanto que la condición resolutoria no se realice, la persona que es propietaria condicionalmente puede ejercer todos los derechos y acciones que le competieran si la obligación fuera pura y simple.

Artículo 689. Se pendiente la condición resolutoria, pereciere totalmente la cosa, sufrirá la pérdida el adquirente.

Artículo 690. La parte cuyo derecho se resuelve por el acaecimiento de la condición resolutoria es obligada a devolver la cosa con los  aumentos que haya recibido, pendiente la condición; pero no responderá de los deterioros sobrevenidos sin culpa.

Artículo 691. La persona cuyo derecho de propiedad se resuelve por el evento de la condición resolutoria, no está obligada a devolver los frutos percibidos, pendiente la condición, excepto que así se hubiere convenido o que la resolución viniera en virtud de lo dispuesto en el  artículo siguiente.

Artículo 692. En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte  que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios.

M E X I C O .

La condición es resolutoria cuando, cumplida, resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido (Art. 1.940).

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

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible (Art. 1.949).

La resolución del contrato fundado en falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público en la forma prevenida por la Ley (Art. 1.950).

Respecto de bienes muebles no tendrá lugar la rescisión, salvo lo previsto para las ventas en las que se faculte al comprador a pagar el precio en abonos (Art. 1.951).

## CAPITULO VI

### JURISPRUDENCIA

#### JURISPRUDENCIA DE EL SALVADOR.

426. En una tercería de dominio de bienes muebles en juicio ejecutivo, pidiendo el desembargo y entrega de ellos, no se ejercita propiamente acción de dominio, la cual requiere la posesión en manos del demandado.

1350-1358  
819-745  
inc. 2o. C.

El poseedor en el momento del embargo se presume dueño y es admisible la prueba de testigos para establecer esa posesión.

Si en un contrato bilateral se estipula expresamente la cláusula resolutoria, por la mora, ocurrida ésta, no hay necesidad de sentencia que declare tal resolución, la cual se consume de pleno derecho.

R.J. Octubre a Diciembre, 1933 Pág. 186.

498 Si en un mismo instrumento se celebran dos contratos de naturaleza distinta, aunque estrechamente relacionados - en ciertos aspectos, deben estimarse independientes, de manera que la mora en uno de ellos no produce la violación del otro.

1425-1431  
1360 C.

Si un contrato reúne todos los requisitos de una promesa de venta y así ha sido discutido por las partes, no puede tener éxito la alegación de última hora, de que se trata de una venta condicional, por el hecho de haberse abonado parte del precio. Esa circunstancia no revela que la intención de las partes haya sido celebrar un contrato distinto del que expresa el instrumento respectivo.

R.J. 1943. Pág. 523.

505 El contrato bilateral de permuta está sujeto en sus efectos a los Arts. 1360 y 1423 C. 1360-1423  
1424-1431  
1425 C.

Si hubiera incumplimiento de una de las partes, la otra puede pedir la resolución y no la rescisión del contrato.

En el Art. 1424 hay una confusión de términos.

Si ambas partes se allanan al cumplimiento y en el momento de otorgarse la escritura respectiva, una de ellas exige una estipulación no consignada en la promesa, es la parte que tal cosa exige la que incurre en mora.

Si el actor presenta una ejecutoria en que se le absolvió el cumplimiento del contrato, en razón de haber incurrido en mora el demandante en el juicio anterior, por los mismos hechos a que el presente se refiere, queda establecida la mora del demandado en el actual.

En tal caso cualquiera de los contratantes puede pedir la resolución del contrato.

Una cláusula penal no puede convertirse en obligación facultativa si aparece clara la intención de las partes contratantes.

R. J. Julio a Diciembre, 1934. Pág. 251.

510 El pacto comisorio sea expreso o tácito, produce los mismos efectos. La resolución del contrato con tal base no se produce de pleno derecho, sino que debe ser declarado judicialmente. 1765-1468  
1822-1360 C.

En el caso de un contrato de arrendamiento, es necesario para constituir en mora al arrendatario, hacerle en legal forma las reconvenciones a que se refiere el Art. 1765 C.

Ante el silencio de la Ley de Inquilinato, sobre la manera cómo debe hacerse la consignación, debe aplicarse las reglas generales del Código Civil.

R. J. 1949. Pág. 245.



526. Es obligatorio para el Estado un contrato celebrado ad referendum, por una persona debidamente autorizada si fue legalmente aprobado por las autoridades superiores. 66-No. 12. 93 C. P. 1333, 1360, 1438 No. 8. 1358-1359 C.

El Estado puede pedir la resolución del contrato, si habiendo cumplido sus obligaciones, la otra no hizo lo mismo.

En el supuesto de que ambas partes hubiesen faltado al cumplimiento, cualquiera de ellas puede demandar la resolución.

El efecto de la resolución no es volver las cosas al estado anterior a la celebración del contrato; los efectos son los consignados en los Art. 1358 y 1359.

No existe la ineptitud de la demanda por haberse excedido el representante del Estado en sus facultades, si el contrato fue aprobado por el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

Si no se hubiese probado la existencia legal del contrato tampoco sería ineptitud, sino falta de prueba.

Tampoco hay nulidad del contrato, por haberse estipulado la obligación de establecer ciertos impuestos, facultad que corresponde al Poder Legislativo, si éste dió su aprobación al contrato, el cual en este caso no contraría el Derecho Público Salvadoreño.

R. J. 1939. Pág. 494.-

537. Si se hace un reclamo con apoyo en un contrato, y éste tiene varias cláusulas relacionadas entre sí que determinan las obligaciones de las partes, no puede aplicarse ninguna de ellas aisladamente, sino que deben interpretarse armónicamente. 1435-1360 C.

Si se establecen las formas distintas de pago y se cumplió una de ellas, no puede exigirse de nuevo la obligación conforme a la otra.

R.J. 1945. Pág. 216.

