

Universidad Panamericana
Dirección de Sistema Bibliotecario

Tesis Digitales - Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

Queda **prohibida la reproducción total o parcial** de este trabajo, por cualquier medio o procedimiento, sin la autorización expresa y por escrito del autor. Cualquier uso no autorizado será sancionado conforme a la Ley Federal del Derecho de Autor.

El uso de esta obra podrá ser utilizado únicamente con fines **académicos e informativos** y deberá citar la fuente dónde la obtuvo mencionando el autor o autores.



Biblioteca

Campus CDMX

WELDON



15
4-30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON
Col. Roma Mexico D.F. 207

15
4-30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON N
Col. Roma Mexico D.F. 207

15
4-30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON N
Col. Roma Mexico D.F. 207

15
4-30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON No. 15
Col. Roma Mexico D.F. 20754x30

ALVARO OBREGON N
Col. Roma Mexico D.F. 207

15

ALVARO OBREGON No. 15

ALVARO OBREGON No. 15

ALVARO OBREGON No. 15

ALVARO OBREGON N

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Departamento de posgrado de la Facultad de Derecho

LA CONDICION

Modalidad de Obligaciones

TESIS

Que para optar por el grado de doctor en Derecho presenta

BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

MARIA HERNANY VEYTIA PALOMINIO

DER
1992
V49c
EJ.1

CLASIF.
ADQUIS. 030193
FECHA 22/NOV/93



* 0 3 6 7 9 5 *

AD MAGISTER MANUEL BORJA MARTINEZ

I N M E M O R I A M

I N D I C E

INTRODUCCION	I
I. La condición en las fuentes romanas.....	4
1. Condición positiva y condición negativa.....	6
2. Condición potestativa, casual y mixta.....	9
3. Condición imposible y condición ilícita.....	12
4. Condicio iuris y condicio facti.....	14
5. La doctrina clásica: valoración del negocio jurídico <i>pendente condicione</i>	18
6. Posibles efectos del negocio jurídico <i>pendente condicione</i>	23
7. Los efectos debidos al verificarse la condición.....	27
8. La doctrina postclásica de la condición.....	30
9. La condición en la compilación de Justiniano.....	31
10. La resolución contractual en derecho romano.....	35
II. La interpretación medieval de la condición.....	43
1. La condición imposible en la obra de los glosadores y postglosadores.....	44
III. La condición en el Derecho indiano.....	47
1. El pacto de retrovendo.....	52
IV. De la <i>lex commissoria</i> a la facultad resolutoria implícita	56
V. La condición elemento accidental del negocio. Análisis metafísico de la condición.....	58
VI. La condición suspensiva.....	74
VII. El consentimiento y la condición.....	81
VIII. La condición y el objeto.....	85

IX. Acontecimiento futuro e incierto.....	88
X. Arbitrariedad.....	98
XI. La condición y los otros elementos llamados accidentales del negocio jurídico.....	101
XII. La <i>condicio iuris</i>	109
XIII. Clasificación de las condiciones.....	113
XIV. El tiempo de cumplimiento de la condición.....	126
XV. La retroactividad de la condición.....	135
XVI. Teoría de los riesgos en las obligaciones condicionales.....	177
XVII. La cláusula de reserva de dominio y la condición.....	184
XVIII. La cláusula de retroventa y la condición.....	196
XIX. La condición resolutoria tácita	200
XX. Conclusiones.....	255
BIBLIOGRAFIA.....	261

**LIBERTAS EST NATURALIS FACULTAS EIUS QUOD
QUIQUE FACERE LIBET, NISI QUOD VI AUT IURE
PROHIBETUR**

I N T R O D U C C I O N

Hace más de cinco años, preparaba mi tesis de licenciatura sobre *las limitaciones del Estado mexicano frente a la actividad económica de los particulares*. En aquella ocasión, como ahora, me parecía que día a día la ley y la administración pública limitaban el campo de la autonomía de la voluntad, el llamado "Derecho público" se fortalecía ante una aparente agonía del Derecho civil.

Sin embargo ese Derecho público no puede pretender regular los múltiples aspectos de la vida humana que se resuelven contractualmente y en los que toda otra solución supondría una merma sustancial de la libertad.

El Derecho civil en general, y particularmente los temas comprendidos dentro de la Teoría General de las Obligaciones, tienen un interés que excede con mucho los límites de una simple rama del Derecho. El Derecho civil, por ser Derecho común, contiene las bases, los fundamentos, los principios que soportan a la técnica jurídica y que necesariamente han de aplicarse a todas las disciplinas reguladoras de la conducta humana.

El tema que hemos escogido para desarrollar en esta tesis de grado, pertenece precisamente a este campo y por lo mismo su importancia trasciende al marco de lo estrictamente podría

* ¿ La compraventa con reserva de dominio es un negocio condicionado?

* ¿ La condición resolutoria tácita es en realidad condición?

considerarse Derecho civil, para incidir en las demás ramas del Derecho en las que pueden producirse actos condicionales.

Un estudio completo de la condición, como modalidad de obligaciones, presenta un panorama atractivo para la investigación. En este estudio pretenderemos contestar las siguientes preguntas:

- * ¿ Qué se entendió por condición en el Derecho romano?
- * ¿ Cómo pasó a la obra codificadora del siglo XIX?
- * ¿Cuál es, si se verifica la condición, su fundamento metafísico?
- * ¿ Puede un acontecimiento pasado pero ignorado por las partes constituir una condición?
- * ¿ La *condicio iuris* es verdadera condición?
- * ¿ Cuánto es el tiempo máximo en que puede durar en suspenso una obligación por estar condicionada?
- * ¿ El efecto retroactivo es esencial a las obligaciones condicionales?
- * ¿ Quién soporta la pérdida de la cosa mientras está pendiente la condición?

De las anteriores citas se puede concluir que la condición suspensiva es un acontecimiento futuro e incierto a cuya llegada la voluntad expresa de las partes subordina el nacimiento de la obligación. Esta modalidad afecta a la obligación en su misma existencia y no solamente en su exigibilidad. Se deroga aquí al principio fundamental que domina a toda la teoría del acto jurídico en el derecho antiguo: el de la simultaneidad del acto y de sus efectos.

EL PROBLEMA DE LA CONDICION EN LAS FUENTES ROMANAS

Desde la antigüedad se nombró **condición** al acontecimiento futuro e incierto del que se hacía depender una obligación.

Los romanos conocieron el problema de la *vis ac potestas*, ya que únicamente es necesaria la voluntad de las partes para que un negocio jurídico pueda estar sujeto a los elementos unánimemente conocidos como accidentales.

La doctrina suele hablar de condición suspensiva y condición resolutoria y encuentran el fundamento de esta terminología en la interpretación de las fuentes. (1)

(1) D. 45, 1, 134, 7 y D. 45, 1, 115, 1 y 2. "Si estipulamos que se haga algo, dice Labeón que lo más corriente y ajustado es añadir una pena con la condición de "si no se hiciera así"; mas si estipulamos que no se haga algo, entonces, de este otro modo: "si se hiciera en contra de esto"; y si estipulamos a la vez que se haga una cosa y no se haga otra, debe añadirse así: "si no lo hicieras o hicieras algo en contra de esto".

"He estipulado en esta forma: "¿prometes comparecer en determinado lugar y si no comparecieras, que se me den cincuenta áureos?". Si en la estipulación se omitió por error el parecer en determinado día, la estipulación será incompleta, como si hubiera estipulado una cosa genérica sin indicar el peso, número o medida, o la construcción de una casa de viviendas sin señalar el lugar, o que se de un fondo sin añadir el nombre. Mas si desde el primer momento se convino que comparecieras cualquier día que dieras la cantidad si no lo hacías, tal estipulación valdrá como cualquier otra condicional, y no quedará incumplida hasta que pudiera declararse que el deudor no podía ya comparecer.

Analícemos los siguientes textos del Digesto: (2)

En los autores clásicos, como puede verse, el problema radica en saber cuando la condición no ha sido cumplida, para el caso de la condición negativa. Otro punto importante en el texto de Digesto ya transcrito está en diferenciar la condición negativa de la *stipulatio poenae*, ya que en la formulación lo que se busca es una cláusula penal para el caso de incumplimiento.

(2) Si yo hubiera estipulado diciendo: "si no subieras al Capitolio" o "si no fueras a Alejandría ¿prometes que se me darán cien mil sestercios?", no queda incumplida la estipulación inmediatamente, aunque hubieras podido haber subido al Capitolio o haber llegado a Alejandría, sino cuando resultase cierto que ya no podrías subir al Capitolio o ir a Alejandría. (2) Así mismo si uno estipula diciendo: "si no me dieras el esclavo Pánfilo ¿me prometes dar cien mil sestercios?", respondió Pegaso que no se queda incumplida la estipulación antes de que deje de ser posible dar el esclavo Pánfilo. Sabino, en cambio, pensaba que, según la intención de las partes, puede demandarse desde el momento en que haya sido posible dar el esclavo y que no se puede demandar por la estipulación antes de que deje de ser posible dar el esclavo, y que no se puede demandar por la estipulación en tanto no deja el promitente de dar el esclavo; y defendía esta opinión con el ejemplo de legado de provisiones. En efecto Quinto Mucio Escévola, escribía que, si el heredero hubiera podido dar las provisiones y no las hubiera dado, quedaba obligado sin más a dar la cantidad legada, y esto se admitió así por razones prácticas en atención a la voluntad del difunto y a la naturaleza del mismo objeto del legado. Así, pues, puede aceptarse la opinión de Sabino cuando la estipulación no se redacta empezando por una condición, de este modo: "si no me dieras el esclavo Pánfilo ¿me prometes dar tanto?", sino cuando la estipulación se concibió en esta otra forma: "¿prometes que se me dé el esclavo Pánfilo, y, si no me lo dieras, prometes que se me dé tal cantidad?"; lo que es cierto, sin duda, cuando se prueba que se convino que, si no se hubiera dado el esclavo, se daba el esclavo y la cantidad; más también si se estipuló que sólo se daba la cantidad cuando no se diera el esclavo, debe decirse lo mismo, pues se prueba que la intención era la de que o se pagase el esclavo o se reclamase la cantidad. (Pap. 2. quaest).

El texto de Papiniano antes citado demuestra el esfuerzo de los autores clásicos por desentrañar la verdadera regulación del negocio jurídico y no una simple valoración formal de sus elementos. Así en la hipótesis antes citada podría llegarse a sostener, basándose en los principios del negocio condicionado, que la *commissio stipulationis* se daría únicamente cuando la prestación (*Pamphilum dare*) no fuera posible, tesis que en el texto citado se atribuye a Pegaso. Sabino, por su parte, reflexiona sobre la *sententia contrahentium*, que tiene su fundamento en la voluntad de las partes de someterse a un esquema preciso, por lo que este autor sostiene que *postquam homo potuit dari, confestim agendum*. En este sentido parece inclinarse Papiniano, quien también invoca para una exacta interpretación de la *sententia contrahentium* la naturaleza de la *stipulatio poenae* simple o conjunta (*Pamphilium dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?*). Por otra parte si el acontecimiento condicionado consiste en un *facere* o en un *dare*, en caso de ser la condición negativa, todo parece indicar que Papiniano se inclina por la solución de Pegaso.

Este análisis fue de gran interés tanto para los proculeyanos como para los sabinianos. Sobre las disputas entre ambos trabajaremos más adelante.

CONDICION POSITIVA Y CONDICION NEGATIVA.

Los Romanistas han clasificado de diversas formas a la condición; sin embargo una de las más importantes para la dogmática jurídica actual es la de condiciones positivas y negativas. Esta distinción se funda sobre el acontecimiento que se verificará o sobre el cambio en la situación actual de una cosa. Si la obligación sujeta a condición se verifica, el negocio entrará en vigor y estaremos en presencia de una condición positiva; si, por el contrario, las partes convienen en que un acontecimiento no se realice, estamos en presencia de una condición negativa.

Debemos tomar en cuenta que esta clasificación no depende de la formulación de la condición sino de su misma naturaleza, por lo que no serían condiciones negativas las siguientes: *si navis ex Asia venerit*, o *si servum non manumiserit*. En cambio una cláusula en la que se diga: "si tu continúas a mi servicio" sí es una cláusula negativa ya que no implica una mutación en el hecho de trabajo.

CONDICION POTESTATIVA, CONDICION CASUAL Y CONDICION MIXTA

"Sin autem aliquid sub condicione reliquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat" (C. 6, 51, I, 7)

La terminología utilizada es justiniana, sin embargo existen fuentes que demuestran con gran seguridad que los juristas clásicos habían tratado, en relación con el negocio, la condición que dependía de la voluntad de alguna de las partes. La terminología clásica es: *"in arbitrium* (de una de las partes) *conferre condicionem* (D. 40, 5, 46, 4; y D. 45, I, 17) (3) o bien, *in arbitrio esse condicionem* (4) (D. 29, 4, I, 8 y D. 38, 16, I, 8). Por ello podemos afirmar que en el pensamiento clásico la condición potestativa se diferenciaba de la que dependía del hecho proveniente de la naturaleza o de la voluntad de un tercero (condiciones casuales, admitidas en derecho romano). En la clasificación clásica no existía la condición mixta.

(3) ... "quiero que se dé la libertad a tal esclavo, si lo apruebas". No puede dejarse al arbitrio del heredero el que se deba o no la libertad, pero sí cuándo deba darse" (D. 40, 4, 46, 4)

"No vale la estipulación que se condiciona al arbitrio del promitente" (D. 45, I, 17)

(4) "El instituido heredero bajo una condición que pudo cumplir y no cumplió, porque se trataba de una condición que se dejó a su arbitrio, si luego posee la herencia ab intestato, deberá quedar sujeto al edicto, ya que una institución de esta naturaleza se tiene por hecha pura y simple." (D. 29, 4, I, 8)

"... Otro tanto habrá que decir también cuando hubieran muerto el hijo instituido heredero universal bajo una condición potestativa o el nieto instituido bajo cualquier condición, sin haber cumplido estas condiciones, pues hay que decir que los herederos de propio derecho pueden suceder cuando al menos, han sido ya concebidos..." (D. 38, 16, I, 8)

La condición potestativa puede ser útil para averiguar de quién, en el negocio jurídico, deriva una obligación y de quién un determinado derecho.

Según la doctrina romana, en una condición potestativa, donde deriva una obligación para el deudor, se aplica el siguiente principio: *neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus* (D. 18, 1, 7 pr.). (5) De este principio se desprende que es nulo el negocio jurídico que se suscribe bajo una condición potestativa, pero en realidad no se desea quedar obligado, sea en la compraventa o en la *stipulatio* (D. 45, I, 17,) o en el legado (D. 30, 43, 2) o en el fideicomiso (D. 32. II, 7). Sin embargo, en este caso, los autores marcan una especial excepción cuando se incluye la cláusula *si fueris arbitratus; si putaveris; si aestimaveris; si utile tibi fuerit visum vel videbitur; si te meruerit*. (D. 32, 11, 7 y 8 y D. 40, 5, 46, 3) (6)

(5) Es condicional la venta de un esclavo así concebida: "si hubiese formalizado las cuentas del dueño según arbitrio, y las ventas condicionales se perfeccionan cuando la condición se cumple. Pero ¿cuál es aquí la condición de la venta si el mismo dueño juzgase a su arbitrio o arbitrio de hombre recto? Si entendemos que al arbitrio del dueño la venta es nula, lo mismo que si alguna vendiese "si quisiere", o se prometiese al que estipula: "si yo quisiere te daré diez". No puede, pues, encomendarse a arbitrio del obligado si ha de quedar o no vinculado. Por ello los antiguos estimaron procedente que quedaba más bien conferido al arbitrio de un hombre recto que del dueño. Si pudo recibir las cuentas y no las recibió, o bien las recibió y finge no haberlas recibido, se cumplió la condición de la compra y el vendedor puede ser demandado por la acción de compra. (D. 18, 1, 7 pr.).

(6) "Aunque no se debe el fideicomiso que se deja diciendo "si quieres", sin embargo, si se hubiera dicho "si lo hubieres decidido", "juzgado", "estimado oportuno", "parecido útil", "conveniente", sí se deberá, pues no dió el testador plena libertad al heredero, sino que se dejó como encargado a un varón recto. (8) Por tanto, si se hubiese dejado un fideicomiso diciendo "a favor de tal persona, si de tí lo hubiese merecido", se deberá siempre que el fideicomisario lo haya merecido a juicio de un hombre recto y si dijese "si no te hubiere ofendido", se deberá igualmente y no podrá el heredero alegar que no lo mereció, si otro hombre recto y no enemistado con él podía considerar que sí lo merecía. (D. 32, 11,7 y 8)

En los textos justinianeos se distingue entre la condición puramente potestativa, la cual, repetimos, siempre será nula, y aquella condición en la cual sí se faculta al deudor a no cumplir con la condición en atención a la conducta de un *bonus vir*. (D. 30, 75, pr.) (7)

(7) "Si se legase o dejase un fideicomiso diciendo "si el heredero lo estimase", "si lo aprobase", "si lo considerase justo", se deberá el legado y el fideicomiso, porque no se ha dejado a su libre voluntad, sino que más bien se deja encomendado la entrega a arbitrio de hombre recto" (D. 30. 75, pr)

CONDICION IMPOSIBLE Y CONDICION ILICITA.

Según la doctrina clásica, se tiene una condición imposible cuando no se puede realizar por ir en contra de la naturaleza del objeto de la prestación. (8) A la condición físicamente imposible (*condicio natura impossibilis*) la jurisprudencia romana asimiló la jurídicamente imposible, o sea, aquélla que de realizarse violaría el orden jurídico. (9)

La condición imposible es *vera condicio*, (10) por lo que debe ser *conlata in futurum*. El acontecimiento debe ser objetivamente imposible en el momento de la declaración de voluntad que forma el negocio jurídico. Al ser la condición imposible verdadera condición, se presenta la cuestión de sus efectos, y si la condición es la ineficaz o es el mismo negocio el que carecerá de eficacia. (11)

(8) Asimismo, si alguien estipula bajo una condición que no puede darse, como, por ejemplo, "si toca el cielo con el dedo", la estipulación es inútil. Pero el legado dejado bajo condición imposible, nuestros maestros piensan que se debe igual que si se hubiera dejado sin condición; los autores de la escuela contraria consideran que el legado no es menos inútil que la estipulación. Y en realidad, difícilmente se puede aducir una razón válida de la diversidad (Gai 3, 98)

(9) "Cuando se ha estipulado bajo la condición que Ticio hubiera vendido una cosa consagrada o una sepultura, un foro, una basílica o cosa semejante, que se destinan permanentemente para el uso público, si la condición no puede cumplirse en absoluto o no es lícita, la estipulación será nula como si se hubiera insertado una condición que es imposible por su misma naturaleza; y no importa que pueda cambiar la situación de derecho y hacerse posible lo que ahora es imposible, pues la estipulación debe estimarse conforme a la situación del momento actual y no del futuro.

(D. 45, I, 137, 6)

(10) "Las condiciones de futuro, si son posibles, si se pueden cumplir, aún en el caso de no cumplirse invalidan el testamento anterior, pero si no se pueden cumplir, como, por ejemplo, "que sea heredero Ticio si alcanza el cielo con la mano", lo que es imposible, está resuelto que se considere como si no se hubiese añadido la condición.(D. 28, 3, 16 in fine)

(11) cfr. (Gai, 3, 98) y aunque confuso el siguiente texto revela el pensamiento clásico: " No sólo son nulas la estipulaciones bajo una condición imposible, sino que también son igualmente nulos los demás contratos, como compras y arriendos, hechos bajo condición imposible, pues en los negocios que se hacen por la voluntad de dos o más personas, debe considerarse la voluntad de todos, cuya intención en tal negocio es, desde luego, la de no querer convenir nada cuando ponen una condición que saben que es imposible.(D. 44, 7, 31)

El examen de casos concretos dió pié a juristas del período republicano a formular algunas hipótesis, en torno a los negocios *mortis causa*: Servio Sulpicio y Labeone se manifestaron en favor de la *non defici condicione*, mientras que Sabino y Cassio se inclinaron por la *impossibiles condiciones... pro non scriptis esse*. (12) De esta discusión finalmente se formuló una *regula iuris* que actualmente se expresa en una manera general y abstracta como: "*condicio impossibilis pro non scripta habetur*". Esta regla fue aplicada por los sabinianos en contra de los proculeyanos en instituciones como las herencias, legados, fideicomisios y a la forma de conceder la libertad. (13) Parecería que al final de la época clásica la *regla* era generalmente aceptada. Constantino la extiende, en efecto, a la donación. (14)

(12) "...Se había dispuesto que uno fuera heredero si manumitía a determinados esclavos. Habiendo premuerto algunos de éstos, respondió Neracio que se había frustrado la condición y que consideraba que no se podía cumplir ni dejar de cumplirla. Pero respondió Servio que cuando se había escrito "si viven mi hija y mi madre" no se frustra la condición porque muera una de ellas, y lo mismo escribe Labeón. También Sabino y Casio creen que se tienen tales condiciones testamentarias pero no escritas, como si fueran condiciones imposibles; opinión ésta que debe ser admitida (D. 35, 1, 6, 1)

(13) cfr. (Gai 3, 98)

(14) (Vat. Fr. 249, 3)

CONDICIO IURIS Y CONDICIO FACTI.

CONDICION TACITA.- La doctrina clásica da el nombre de *condicio iuris*, (15) a aquellos hechos, que por ser extraños al negocio, pero ligado a éste, condicionan la eficacia o los efectos del mismo. La eficacia, por la naturaleza misma del negocio que exige ese acontecimiento como un antecedente lógico (por ejemplo la muerte del autor del testamento, para que el legatario pueda adquirir), o los efectos, como en el texto del Digesto anteriormente citado.

En otro pasaje de la obra de Justiniano, (16) parece que existe una tendencia a ampliar el concepto de *condicio iuris* a todo presupuesto de validez del negocio jurídico.

(15) "A veces, aunque la venta sea pura y simple, está en suspenso a causa de una condición de derecho; por ejemplo, si un esclavo que está en usufructo de una persona y en nuda propiedad de otra hubiese comprado alguna cosa, pues, mientras es incierto con bienes de quién paga el precio, está pendiente para quién ha adquirido por ello a ninguno de ellos compete la acción redhibitoria. (D. 21, 1, 43, 10)

(16) "Hay mucha diferencia entre la condición de hecho y la de derecho. Porque las condiciones como "si hubiera llegado de Asia la nave", "si Ticio hubiera sido nombrado cónsul" aunque se cumplan, no permiten al heredero que haga la adición de la herencia en tanto ignore que se han cumplido. En las condiciones de derecho, en cambio, no se requiere más que el que se hayan cumplido; por ejemplo, si uno se cree hijo de familia cuando en realidad es independiente, podrá adquirir la herencia; pero lo que el heredero instituido en una parte de la herencia que ignora si se ha celebrado la apertura del testamento podrá abrir la herencia." (D. 35, 1, 21)

Esta última afirmación goza de muy pocos seguidores; porque, en efecto, en la concepción clásica de la *condicio iuris*, siempre existe un periodo de suspenso hasta que se realice o no el acontecimiento. Archi lo llama "el hecho que es lógicamente anterior, pero posterior en el tiempo". (17) Hecho que condiciona el negocio.

Los juristas clásicos advirtieron que la *condicio iuris* no convierte el negocio jurídico en condicional. (18) Esto se explica como los *actus legitimi*, que no incluyen la *condicio facti*, pueden ser, en cambio incluidos en la *condicio iuris*. (19) Siempre la naturaleza de la *condicio iuris* la incluye en todo negocio, y si las partes la especifican, resulta obvia y deja al negocio puro. (20)

(17) Enciclopedia del Diritto, Italia, Giuffré Editore, T. VIII; p. 747, voz *condicione*.

(18) "Las condiciones extrínsecas, que no proceden del mismo testamento, sino que parecen implicarse tácitamente, no hacen condicionales a los legados a que afectan". (D. 35, 1, 99)

(19) "Los actos llamados "legítimos" que no toleran el término ni la condición, como son la emancipación, la adición de la herencia, la opción de un esclavo y el nombramiento de tutor por un magistrado, se anulan si se inserta en ellos un plazo o una condición. Sin embargo, estos actos supraescritos admiten implícitamente lo que les anularía si lo contuvieran expresamente; así si se hace aceptación al deudor que prometió bajo condición, sólo se entiende que vale la aceptación si se cumple la condición de la obligación, pero si se contuviera expresamente tal condición, ésta anularía el acto. (D. 50, 17, 77)

(20) "Ocurre a veces que un legado dejado bajo condición se considere como hecho puro y simplemente; por ejemplo, cuando se deja bajo la misma condición bajo la que ha sido instituido heredero el legatario, asimismo el legado que se deja con la condición de "si hiciera adición de la herencia". Por el contrario, un legado dejado puro y simplemente se considera condición; por ejemplo el revocado bajo condición pues se entiende dado bajo la condición contraria. (D. 35, 1, 107)

Similar a la *condicio iuris* tenemos a la *condicio tácita*. La encontramos en textos clásicos interpolados (21) y en otros no incluidos en el Corpus y presumiblemente no interpolados (22). La condición tácita debe ser querida por las partes (en esto se distingue de la *condicio iuris*); pero si no la han declarado expresamente, puede estar implícita en la forma en que las partes han dado vida al negocio jurídico y puede extraerse de la interpretación de la relación y sus efectos. (v.gr. se envía un regalo previo a la boda sin mencionar que es *causa doti*).

Por la voluntad de las partes la *condicio tácita*, en algunos casos, (23) tiene consecuencias diversas a la condición pura y verdadera.

(21) "La estipulación que se hace a causa de la dote, es claro que implica la condición de "si se efectuase el matrimonio", y que sólo puede reclamarse en virtud de ella (aunque no se haya expresado la condición) si se efectuase el matrimonio; por lo cual, si se enviara un anuncio de desistimiento que impida el matrimonio, se considera que faltó la condición de la estipulación. (D. 23, 3, 21)

(22) Vat. Fr. 329

(23) "En la disposición" que mi heredero dé a Ticio lo que debe Seyo", si el pupilo Seyo recibió el dinero prestado sin la autoridad de su tutor y no se enriqueció con ese dinero y el acreedor se refirió a esa deuda como presente, como Seyo no le debe nada, el legado es nulo; más si pensó, al decir "debe" en una obligación natural y en el pago futuro, Ticio no puede pedir nada de momento, como si se hubiese insertado una condición tácita; de no distinta manera que si hubiese dicho "dé a Ticio lo que el pupilo haya pagado" o hubiese legado "lo que naciera de la esclava Aretusa", o "los frutos que nacieran en aquel fondo". No contradice esto el que, si el legatario muere en el tiempo intermedio y luego nace el hijo, se producen los frutos o paga el pupilo aquella cantidad, el heredero del legatario pueda reclamar, pues el día de este legado al que no se agrega una condición expresa, aunque dependa de otro hecho, cede desde el primer momento. (D. 36, 2, 25, 1)

Las condiciones extrínsecas, que no proceden del mismo testamento, sino que parecen implicarse tácitamente, no hacen condicionales a los legados a que afectan. (D. 35, 1, 99)

Finalmente, diremos que una distinción tajante entre la *condicio iuris* y la *condicio tacita* no es posible. Los juristas clásicos tardíos y sobre todo los maestros bizantinos trataron de marcarla; sin embargo, en numerosos casos se contradicen.

LA DOCTRINA CLASICA: VALORACION DEL NEGOCIO JURIDICO "PENDENTE CONDICIONE"

De la definición dada de la condición surgen tres problemas:

- 1.- La valoración del negocio bajo condición suspensiva.
- 2.- Los posibles efectos del negocio sujeto a una condición suspensiva indeterminada.
- 3.- Y, en el supuesto de verificarse el acontecimiento, qué régimen se adoptará.

El negocio jurídico condicionado no produce *pendente condicione*, el efecto típico al cual esta dirigido. Este principio estaba ya regulado en la ley de las XII tablas. (24) En pleno esplendor de la época clásica, refiriéndose a este antiguo precedente, la escuela sabiniana sostenía que el legado *per vindicationem*, sujeto a condición y la *res legata, pendente condicione*, son propiedad del heredero. (25)

(24) "El liberto condicionado, mientras pende la condición, es esclavo del heredero" (Ep. Ulp. 2, 2)

(25) "Se discute, en cambio, a quién pertenece lo que bajo condición se ha legado *per vindicationem*, estando pendiente la condición. Nuestros maestros creen que al heredero, a ejemplo de lo que ocurre con el *statuliber*, esto es, el esclavo que ha sido manumitido en testamento bajo determinada condición, el cual evidentemente pertenece mientras tanto a heredero. En cambio, los autores de la escuela contraria opinan que en ese tiempo la cosa no pertenece a nadie; esto mismo dicen con mucha más razón respecto del legado puro y sin condición, en tanto el legatario no lo acepte. (Gai 2, 200)

Esto mismo sucede al transferir la propiedad cuando se actúa mediante *traditio* sujeta a condición suspensiva, la *res* es considerada propiedad del transmisor hasta que se verifique la condición. v. gr. *donatio mortis causa*, si existe bajo condición *si mors secuta fuerit*, (26) la *dotis datio*, otorgada ante nuptias mediante *traditio*, acompañada de condición explícita *si nuptiae secutae fuerint*. En la *stipulatio* condicionada, Ulpiano afirma que la prestación no se debe, ya que falta el *vinculum iuris*. (27)

De ciertos textos del Digesto, se concluye que de la *venditio condicionalis* no se creaba una *possessio de usucapionem*.

(28)

(26) "Si se ha donado una cosa a causa de muerte y el donante ha recuperado la salud, cabe preguntarse si tiene éste una acción real. Si se donó de modo que, si moría el donante, adquiriera lo donado el donatario, sin duda que el donante podrá reivindicar, y, cuando él haya muerto, el donatario. Pero si se donó de modo que adquiriera el donatario desde el primer momento, pero restituyera si el donante hubiera recuperado la salud o regresado de la guerra o de un viaje, puede defenderse que compete la acción real al donante en caso de haber ocurrido algo de esto, pero entretanto corresponde al donatario, si bien en caso de premorir el donatario, se puede dar todavía la acción real al donante. (D. 39, 6, 29)

(27) "Ceder el día" quiere decir que empieza a deberse la cantidad; "venir el día", que ha llegado el momento en el que se puede exigir la cantidad; cuando se estipula sin condición ni término, el día "cede" y "viene" a la vez; cuando se estipula con un término, "cede" pero no "viene" hasta que llega el término; cuando se estipula bajo condición, ni "cede" ni "viene" en tanto está pendiente la condición. (D. 50, 16, 213)

(28) Si la compra se ha hecho bajo condición, no puede el comprador usucapir mientras esté pendiente la condición; y si piensa que se ha cumplido la condición que todavía no se ha cumplido, se asemeja al que piensa que ha comprado; viceversa, si se cumplió y no lo sabe, cabe decir que sí puede usucapir, conforme a la opinión de Sabino, el cual atiende más a la realidad que a lo que se piensa. Pero hay alguna diferencia: pues, si el comprador cree que es ajena una cosa que es del vendedor, tiene ya conciencia de ser comprador, pero cuando piensa que no se ha cumplido todavía la condición no piensa haber comprado nada. Y más claramente puede preguntarse si no cesa la usucapición cuando el difunto había comprado algo y se hace la entrega a un heredero que no sabe que el difunto lo había comprado, sino que se cree que se le hace la tradición por otra causa.

Dice Sabino que, si se ha comprado una cosa con el convenio de que, si no se paga el precio dentro de cierto plazo, queda aquella sin comprar, el comprador no podrá usucapir en tanto no pague todo el precio. Pero cabe preguntarse si esto es una condición o un convenio, pues, si es un convenio, la compra antes se resuelve por la falta de pago que se perfecciona por el pago. (D. 41, 4, 2, 2 y 3)

"Cuando la venta es condicional, niega Pomponio que el comprador pueda usucapir, y que le pertenezcan los frutos." (D. 18, 2, 4 pr)

El negocio condicionado *pendente condicione*, "¿puede considerarse útil? Pomponio da una respuesta as Sabinum: "*si em meam sub condicone stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentes tempore mea non sit*", (29) sin embargo el pensamiento clásico emite una de sus más significativas máximas cuando establece que un testamento con *heredis institutio* bajo condición, es *iure factum*, deroga el testamento hecho con anterioridad. (30) Esta doctrina no debe sorprendernos, si tomamos en consideración que los romanos afirmaban que la *stipulatio novatoria*, aunque fuera *inutilis*, pero formalmente perfecta y realizada por quienes tenían capacidad, extinguía la obligación precedente. (31)

En la concepción romana, por lo visto anteriormente, nos parece que la condición, en cuanto cláusula que inhiere en la entraña misma de la estructura del negocio jurídico, impide conocer, a ciencia cierta, los efectos típicos a los cuales se sujeta el negocio.

(29) "Si estipulo bajo condición una cosa de mi propiedad, es eficaz la estipulación con tal de que la cosa haya dejado de ser mía en el momento de cumplirse la condición" (D. 45, 1, 31)

(30) "También se invalida un testamento válido por haberse hecho otro posteriormente. No hace el caso que haya o no heredero en virtud de este segundo testamento, ya después de su muerte, pero antes de haber aceptado la herencia, o es excluido por haber transcurrido el plazo de aceptación, o no es cumplida la condición bajo la que fue instituido heredero, o a causa de su celibato es excluido de la sucesión por la ley Julia, en estos casos, el padre muere sin testamento, al ser invalidado por el por el posterior, sino que tampoco tiene eficacia alguna el segundo, ya que no existe heredero en virtud de este último testamento (Gai. 2, 144)

(31) (Gai 3, 176)

Lo que podemos afirmar por el momento es que el problema más importante radica en el concepto de *pendere*, en el *suspensio esse*, en la tutela de las partes durante el periodo que dure la "suspensión".

A lo largo de este trabajo se ha hecho notar la diferencia entre las dos escuelas. (32)

Aun queda por estudiar el supuesto de que la condición no se haya podido llevar a cabo por una conducta dolosa de una de las partes. (33) Los textos del Digesto demuestran que, de hecho, se protegía la expectativa del derecho.

(32) "Pero si se lega bajo condición, el legado valdrá si al tiempo de cumplirse la condición ya no es mía la cosa o está ya unida al edificio, según la opinión de aquellos que dicen que puede comprar, se me puede prometer por estipulación y legar una cosa que es mía, si se hace bajo condición pues la regla Catoniana impedirá el legado puro, pero no el condicional, porque no se refiere al legado condicional" (D. 30, 41, 2 in fine)

cfr. (Gai. 2, 200; 244) (Gai. 3, 179)

(33) "Está admitido en derecho civil que siempre que el interesado en que no se cumpla una condición haga que ésta no se cumpla, se tenga aquella por cumplida. Esto se refiere a las manumisiones testamentarias, a los legados a las instituciones de heredero, con cuyo ejemplo se considera que también se incurre en las estipulaciones cuando el promitente impide que el estipulante cumpla la condición. (D. 50, 17, 161)

"Se admite en derecho civil que cuando aquel a quien interesa que la condición no se cumpla impide su cumplimiento, la condición se tenga por cumplida; lo que la mayoría ha aplicado, tanto a los legados como a las instituciones de herederos. A ejemplo de esto pensaron algunos, con razón, que también obligan las estipulaciones cuando el promitente impidió que el estipulante cumpliera la condición convenida" (D. 35, 1, 24)

Por otra parte, del estudio de las fuentes romanísticas podemos concluir que la elaboración casuística devino en la *interpretatio ex voluntate*. (34)

Finalmente, diremos que otro punto igualmente debatido entre las dos escuelas lo encontramos acerca de la capacidad de las partes, tanto en el momento de formación del negocio, como en el momento de verificarse la condición, pero esto será tema de otro inciso. Por ahora estudiaremos los efectos del negocio jurídico *pendente condicione*.

(34) "Así, pues, en el supuesto de que se deba alguna cantidad a ese esclavo, tanto se le debe el heredero porque se abonó de más en la cuenta del dueño, como si se la debe otra persona, y el heredero no quiere demandar al deudor de esa cantidad o pagársela el esclavo al que se ha manumitido bajo la condición de dar esa misma cantidad, se puede preguntar si acaso debe ese esclavo alcanzar la libertad como ocurre cuando el heredero incurre en mora; una de dos: o se ha legado el peculio a ese esclavo o no, y, si se le ha legado el peculio, escribe Servio Sulpicio Rufo que ha sufrido mora del heredero en alcanzar la libertad, precisamente porque se le debe algo a causa de la contabilidad que llevaba a su dueño y que el heredero no le paga. También aprueba esto Servio cuando el heredero incurre en mora con el esclavo por no querer reclamar de los deudores del peculio..." (D. 40, 7, 3, 2)

POSIBLES EFECTOS DEL NEGOCIO JURIDICO PENDENTE CONDICIONE.

La determinación de los efectos de la condición suspensiva, durante su estado latente en Derecho romano presenta graves dificultades. (35) Para comprender esta regulación debe pensarse en que la latencia de la condición crea una situación de incertidumbre entre las partes, originadora de una oposición de intereses contrapuestos; primero la parte obligada no puede estarlo propiamente hasta que la condición no se cumpla, y mientras tanto, debe respetársele su situación; pero a su vez la parte beneficiada puede temer fundadamente que por virtud de ese respeto la parte obligada pueda realizar actos (v. gr. de disposición) que hagan ilusorio su derecho si la condición se cumple. Por tanto, la regulación de los efectos de la condición suspensiva en estado de pendencia ha de procurar dos principios: proteger razonablemente los dos intereses contrapuestos y hacer posible que cuando se produzca la condición, el negocio pueda desplegar normalmente todos los efectos que le han asignado las partes.

(35) Estas dificultades obedecen a que no se formularon reglas generales sobre el tema, sino que fueron resolviéndose los problemas concretos que iba planteando el juego de las condiciones suspensivas; apenas es, pues, posible señalar algunas líneas generales de orientación; y la dificultad aumenta porque en determinadas cuestiones fue distinto el criterio del Derecho clásico del criterio justiniano, presentando los textos del Digesto numerosas interpolaciones que han originado vivas polémicas entre los romanistas modernos, no extinguidas todavía. cfr. Archi, Gian Gualberto: il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di giustiniano, en studi in onore di Emilio Betti, V. II, Milán. Ed. Giuffré, 1962, p. 758.

Así, en el Derecho clásico encontramos soluciones particulares que permiten sentar estos principios: Examinemos el supuesto de un negocio sujeto a condición suspensiva donde la materia de dicho negocio sea un negocio real. (36) En este caso, el antiguo propietario o el heredero continúan, mientras dure la suspensión, ejercitando todos los derechos y obligaciones que tendrían si fueran los dueños del bien. Sin embargo, éstos deberán realizar todos los actos de conservación para no perjudicar la expectativa de la otra parte. Este principio también es aplicable al *statuliber* vendido por el heredero pagando su libertad al triple, (37) o por el heredero que vende a un esclavo legado bajo condición y si se cumple la condición podrá reivindicar al esclavo, pues por la enajenación, no se extingue el legado. (38)

(36) " La cosa que fue legada bajo condición es interinamente de los herederos y por consiguiente se incluye en la acción de partición de herencia, y puede ser adjudicada, por supuesto, con sus accesorios, de suerte que, cumpliéndose la condición, se le quite a aquel a quien se adjudicó, o, si frustra la condición revierta a aquellos herederos a cuyo cargo fue dejada. Lo mismo se dice respecto al manumitido en un testamento bajo condición, el cual es interinamente de los herederos, pero al cumplirse la condición, alcanza la libertad. (D. 10, 2, 12, 2)

(37) Ordenada la libertad bajo esta condición, SI DIESE MIL AL HEREDERO, aunque sea enajenado por el heredero, dándole tal cantidad al comprador, alcanza la libertad; y esto está establecido por la ley de las doce Tablas. (Ep. Ulp. 2, 4)

(38) (D. 69, 1)

Del análisis de los textos anteriores podemos concluir que mientras pende la condición no se producen los efectos normales del negocio y la situación jurídica de las partes continúa subsistiendo sin alteración. Por tanto, si se trata de un negocio obligacional, la obligación no nace hasta que la condición se cumple y el beneficiario, hasta ese momento, no se convierte en acreedor.

Por lo tanto, no puede exigirse el cumplimiento de lo prometido; si se trata de un negocio de disposición, la propiedad no se transmite, ni el derecho real se constituye hasta que se cumpla la condición; y el beneficiario hasta ese momento no se convierte en propietario ni en titular del derecho real que trate de constituirse por el negocio. Como puede apreciarse, toda esta regulación tiende a proteger la situación jurídica del gravado por el negocio condicional.

A pesar de lo dicho, el negocio sujeto a condición genera al beneficiado, si no un derecho, sí una legítima *expectativa* de derecho, que se perfila como un germen de obligación *spes obligationis*. A ello obedece el que no se permita al gravado realizar actos que puedan perjudicar los derechos del beneficiado cuando la condición se cumpla; y si los realiza, aun cuando en principio serán actos válidos, puesto que en estado de pendencia

continúa teniendo legitimidad para realizarlos, responderá ante el beneficiado de los perjuicios que para éste puedan suponer.

(39)

En razón a este germen de obligación, llega a permitirse al gravado que exija determinadas garantías para que en su día no se frustren los efectos que, cumplida la condición, pueda y deba producir el negocio. Así, v.gr. pedir al gravado que le entregue la cosa en prenda, o al pretor que le conceda una *missio in possessionem*. La regulación expuesta, tiende, como se ve, a proteger los intereses del beneficiado.

Como consecuencia del principio manifestado, parece probable que en el Derecho clásico el crédito o el derecho real -sujeto a condición suspensiva- no es transmisible a herederos, como tampoco lo sería, la obligación condicional asumida por el gravado. (40)

(39) El liberto condicionado mientras se cumple la condición es esclavo del heredero. 3. El liberto condicionado, bien sea enajenado por el heredero o usucapido por alguno, arrastra consigo la posibilidad de ser libre. 4. Ordenada la libertad bajo esta condición; "si diese diez mil a heredero" aunque sea enajenado por el heredero, dándole tal cantidad al comprador, alcanza la libertad; y esto fue establecido por la ley de las Doce Tablas. 5. Si se ha procurado por el heredero que no se cumpla la condición, se hubiese cumplido. 6. Habiendo ordenado al liberto condicionado dar dinero a un extraño para conseguir la libertad, si preparado a darlo, aquel a quien se le ordena que no quiere recibirlo o muere antes de recibirlo esto basta para que se haga libre, como si hubiese dado el dinero. (Reglas de Ulpiano 2, 3-6)

(40) Los romanistas en contra de esta opinión, fundan su postura en: Gayo 2, 200; D.36, 2, 5, 2 y D. 18, 6, 8.

LOS EFECTOS DEBIDOS AL VERIFICARSE LA CONDICION.

Podemos estudiar ahora los problemas que surgen en el supuesto de que el acontecimiento sí se haya efectuado. Estaríamos en presencia de una obligación pura y simple. El pensamiento clásico utilizaba el verbo *confirmare*, (41) Cuyo significado técnico no parece muy preciso, porque puede ser aplicado a la parte o las partes contratantes y también se puede referir a un hecho o a un acto. Por lo anterior, podemos concluir que los romanos daban una eficacia *ex nunc* al negocio jurídico condicionado una vez que ya había sido cumplida la condición.

Existe un indicio en el pensamiento romano que puede considerarse como el antecedente de nuestra actual condición resolutoria. Nos referimos a la venta *in diem addictio* y con *lex commisoria*.

(41) En consecuencia, la dación en mutuo depende a veces de que resulte confirmada por un hecho posterior; por ejemplo, si te doy unas monedas en mutuo para que, si se hubiese cumplido una condición, se haga tuyo y quedas obligado a mi favor. (D. 12, 1, 8)

"Aunque se haga con el pupilo un contrato condicional, el tutor debe dar su autoridad pura y simplemente, pues para que se confirme el contrato condicional la autoridad no se ha de dar bajo condición, sino pura y simplemente. (D. 26, 8, 8)

"Acepté para que estuviera obligado sólo hasta su muerte a un fiador que lo era bajo la condición de "si llegara la nave de Asia"; estando pendiente la condición se canceló la obligación por aceptación, y este fiador, pendiente todavía la condición se murió: puedo demandar inmediatamente al deudor principal, porque el cumplimiento de la condición no puede hacer nacer la obligación del que ya había muerto ni confirmar la aceptación que carecía de firmeza por ser de deuda condicional. (D.46,1,72)

La primera la encontramos en la opinión de Juliano y la segunda en la de Nerazio. (42) En ambas encontramos, efectivamente, una venta pura. Sin embargo tienen añadidas un pacto de resolución. En efecto, al verificarse el acontecimiento del pacto añadido, el vendedor puede, si lo desea, resolver la venta. Sin embargo, el vendedor no recobraría de forma inmediata la propiedad, sino que sería necesario el ejercicio de la acción contractual. (43) Aunque también es cierto que el vendedor también tendría la *rei vindicatio*.

(42) Si se hizo una adicción con plazo, o sea, por si nadie ofreciera un precio más alto, pensaba Juliano que la compra quedaba perfeccionada, y los frutos eran del comprador y procedía la usucapión a favor del mismo; otros decían que también esta compra se hacía bajo condición, pero él, que la compra no se contraía bajo condición, sino que se resolvía por convenio, opinión ésta que es cierta. (D. 41, 4, 2, 4)

Habiendo sido vendido un fundo con la cláusula de que, si no se pagase el precio dentro de un tiempo determinado, se tendría la cosa por no comprada, habrá de entenderse, respecto a los frutos que el comprador hubiese percibido en ese tiempo intermedio, que se convino que el comprador, entre tanto, los percibiese para sí y por derecho propio; pero si devolviese el fundo, Aristón estimaba que habría de otorgarse acción al vendedor acerca de aquellos frutos, porque nada debería quedar en su poder de un negocio en el cual había faltado a la buena fe. (D. 18, 3, 5)

(43) Si se hubiese vendido un fundo con cláusula comisorias, esto es, para que, si dentro de un término no se hubiese pagado el precio, se tuviera el fundo por no comprado, veamos cómo ha de demandar el vendedor, tanto respecto al fundo, como a lo que de él se ha cosechado, y también si el fundo se deteriorase por obra del comprador. Ciertamente, la compra queda disuelta, pero es cuestión decidida ya que compete la acción de venta, como se declara en los rescriptos del emperador Antonino y de Severo, de consagrada memoria. (D. 18, 3, 4, pr)

Si se vendiese un fundo con un término anual, bienal o trienal, bajo la cláusula de que se tuviese por no comprado si el dinero no hubiese sido pagado en el término establecido y que si entre tanto el comprador hubiese cultivado el fundo y obtenido de él los frutos, fuesen éstos restituidos al darse aquel por no comprado y, asimismo, que el importe de la diferencia en que hubiese sido vendido a un tercero lo daría el comprador al vendedor; no pagado el dinero en el término fijado, se estima procedente que se dé la acción de venta al vendedor por este motivo. Y no debe inducirnos a duda el que se diga que hay acción de venta después de quedar como o comprado el fundo, pues en las compraventas hay que atenerse más a lo que realmente se quiso hacer que a lo que se declaró y, habiéndose declarado esa cláusula, lo que en realidad se quiso hacer fue simplemente que el vendedor no quedase obligado frente al comprador si éste no pagaba el dinero en el término fijado, no que se disolviese toda obligación de compraventa entre uno y otro. (D. 18, I, 6, 1)

Como se puede ver en la época clásica se trata de un pacto de resolución bajo condición suspensiva lo que reemplaza la condición resolutoria, porque, como opina Biondi, (44) los juristas romanos rechazan la idea de admitir que una obligación desaparezca por el simple cumplimiento de una condición. Parece, por el contrario, más natural que admitamos que la resolución de un convenio se sujete a otra convención que lo acompañe. Ourliac y Malafosse opinan que "una vez más es la intervención del pretor la que permite sancionar un cierto número de pactos resolutorios añadidos al contrato de venta." (45) Los efectos de la resolución están en función de las necesidades prácticas más que de un principio general. Si bien la mayor parte de los efectos pecuniarios de la venta son anulados, no puede pretenderse que el derecho clásico haya aplicado totalmente la regla de la retroactividad; los romanos procuran simplemente aclarar la voluntad contractual, interpretarla y, a lo sumo, presumirla en función de las prácticas más comunes. Además, los romanos se encuentran coartados por sus reglas relativas a la transmisión de la propiedad que no se opera por el mero acuerdo de las voluntades, sino que debe ser acompañado de un acto formalista de transferencia (*traditio, mancipatio o in iure cessio*). La resolución no puede producir efectos reales y la propiedad no puede volver al vendedor, ya que el acto de transferencia no ha sido resuelto de pleno derecho.

(44) Biondi, Biondo: *Scienza giuridica e linguaggio romano en JUS Rivista di Scienze Giuridiche*. Nuova Serie, Anno IV, Fasc.1, Milán Italia, Marzo, 1953, p. 188

(45) Ourliac, Paul: *Historie du droit privé*, 2a.ed. París, Presses Universitaires de France, Vol.II, p. 311

LA DOCTRINA POSTCLASICA DE LA CONDICION

Con el periodo que inicia con Constantino, y que por la mayoría de los autores es considerado postclásico, la elaboración de la doctrina sobre la condición tiene un gran desarrollo.

Recientes investigaciones han podido establecer que en las fuentes de este período, especialmente de naturaleza legislativa, encontramos por primera vez la terminología de *condicio*, como cláusula contractual; aunque también es cierto que en este período se llegó a confundir la condición con el concepto de *modus*.

Es verdad, que tanto la jurisprudencia como la cancelería de la época clásica emplearon el término de condición para referirse al *pactum adiectum* en las relaciones contractuales y a la *lex dicta*. (46) Sin embargo, en la lectura atenta de los textos, se nota la diferencia cuando se refiere a una condición en sentido técnico y cuando no lo es.

(46) El *pactum adiectum* es aquel pacto o convención adjunto a un contrato o convención principal, modificando el alcance de la obligación de él derivada, podían ser *ad augendam obligationem* y *ad minuendam obligationem*.

lex dicta.-- Es abrevitura de la *lex rei suae dicta*. En la esfera del derecho público, la ley dada; más que ley o reglamento, en sentido estricto, es un simple acto de administración de patrimonio público.

LA CONDICION EN LA COMPILACION DE JUSTINIANO

Los principios esenciales en la teoría de los maestros justinianeos, en relación con la condición es: la condición es concebida como cláusula que inhiere en el mismo negocio. Aunque esté aun *pendente condicione*, se acepta plenamente aunque no pueda surtir sus efectos. (47) En otras palabras, aquello que para los clásicos eran únicamente efectos producidos en un negocio, que tendría validez sólo si el acontecimiento se verificara, viene a ser con algunas manifestaciones del negocio válido desde que se celebra, aunque será eficaz en el momento de realizarse la condición.

Esta nueva concepción se explica y se justifica con las nuevas orientaciones bizantinas en torno al negocio jurídico. En los años de la Compilación triunfa el principio que en la actividad negocial es la *voluntas*, el *consensus* de la o de las partes, lo que le da el ser y que marca el momento en que se perfecciona el negocio.

Consecuencias de la concepción justiniana son:

(47) Mas si se estipula a causa de novación y sin condición lo que se debe bajo condición, tampoco en este caso se produce inmediatamente la novación, aunque la nueva estipulación se haya hecho sin condición, sino que se producirá la novación al cumplirse la condición de la obligación anterior, pues la condición cumplida da efecto a la primera estipulación y convierte ésta en la otra nueva. (D. 46, 2, 14, 1)

I) *Pendente condicione*, aquel al que se debe, ya es considerado un verdadero *creditor*. (48)

II) *Pendente condicione* el negocio puede producir algunos efectos. (49)

III) La importancia que le dan a la manifestación de la voluntad los maestros bizantinos se debe en gran parte a la herencia recibida de los autores postclásicos. Para estos los efectos de la condición son *ex tunc* y no *ex nunc*, como lo consideraba la doctrina clásica. (50)

(48) Interpolaciones: También se dará la separación a los acreedores con condición o término y que por ello no pueden reclamar aún la cantidad que se les debe: porque también a ellos se comprende en este aseguramiento común. (1) Los legatarios se admite que deben tener este derecho de garantía en la medida de lo que sobre de los bienes <después de pagar las deudas hereditarias>. (D. 42, 6, 4 pr. ;)

Se llaman acreedores condicionales aquellos que todavía no tienen acción pero la tendrán o tienen esperanza de tenerla (D. 50, 16, 54) que debe leerse en relación con lo siguiente:

El "acreedor" el que no puede ser rechazado por una excepción perpetua; en cambio, el que puede temer una excepción temporal es semejante a un acreedor condicional. (D. 50, 16, 54)

(49) El legatario bajo condición, no es acreedor mientras la condición esta pendiente, sino desde el momento en que se cumple, aunque el estipulante bajo condición se admite que es acreedor incluso pendiente la condición. (D. 44, 7, 42, pr)

(50) Si se hace aceptación de la deuda a un deudor bajo condición, al cumplirse la condición se entiende que ya quedó liberado desde antes, y decía Aristón que esto es así también cuando el pago se hace realmente. Escribía, en efecto, que si uno prometió una cantidad bajo condición y la dio con la condición de que, si se cumplía la condición, se imputara al pago, quedaba liberado al cumplirse la condición y que no es óbice para esto el que aquella cantidad se hubiera hecho del cobrador antes <de que se le debiera, pues se entiende por el evento posterior que ya era acreedor desde que se hizo suya> (D.46, 3, 16)

Por lo anterior podemos afirmar que el Derecho Justiniano tiende a considerar el germen de obligación como si fuera un verdadero crédito sometido a un término suspensivo, de tal manera que existe como tal un crédito desde el primer momento, pero no puede ser ejecutado hasta que la condición se cumple. (51)

Otro descubrimiento que se ha encontrado en las compilaciones de Justiniano es el siguiente. Partimos de ciertos textos unánimemente reconocidos como interpolados, los relacionados con la *donatio mortis causa*, (52) *vendita in diem addictio* (53) y la *vendita con lex commissoria*. (54)

(51) Consta que debe entenderse por "acreedores" los que pueden exigir una deuda por medio de una acción o persecución, sea por derecho civil sin la exclusión por medio de una excepción perpetua, sea por derecho honorario o extraordinario, sea con término o condición, sea sin ellos, mas si la obligación es natural, no se habla de acreedores; se llaman "acreedores", no sólo los que lo son por préstamo, sino también por contrato.

(52) Si se ha donado una cosa a causa de muerte y el donante ha recuperado la salud, cabe preguntarse si tiene éste una acción real. Si se donó de modo que, si moría el donante, adquiriera lo donado el donatario, sin duda que el donante podrá reivindicar, y, cuando él haya muerto, el donatario. Pero si se donó de modo que adquiriera el donatario desde el primer momento, pero restituyera si el donante hubiera recuperado la salud o regresado de la guerra o de un viaje, puede defenderse que compete la acción real al donante en caso de haber ocurrido algo de esto pero entretanto corresponde al donatario, si bien en caso de premorir el donatario, se puede dar todavía la acción real al donante. (D. 39, 6, 29)

(53) Si alguien hubiese comprado con cláusula de que si otro hiciese mejor oferta se apartaría de la compra, después de hecha aquélla, no puede ejercitar la acción real. Si se vende un fundo con adjudicación a término, antes de hacerse la puja, puede ejercitar la acción real; después no podrá. (D. 6, 1, 41)

Pero también Marcelo, escribe que, en el caso de un fundo vendido sin condición, y adjudicado a término por si se hacía mejor oferta, la cosa dejaría de estar en prenda si el comprador hubiese dado en prenda aquel fundo. De lo cual se deduce que el comprador es dueño en el tiempo intermedio; de otro modo, no existiría la prenda. (D. 18, 2, 4, 3)

(54) Una mujer vendió a Cayo Seyo unos fundos y, recibida una cantidad a título de arra, se fijaron los plazos para el pago del precio restante. Se pactó que si el comprador no los cumpliera, perdería las arras y las fincas rústicas quedarían como compradas. En el día establecido el comprador testificó que él estaba dispuesto a pagar el precio restante y consiguió una bolsa sellada conteniendo el dinero, pero faltó la vendedora. Al día siguiente, fue notificado el comprador ante testigos, a nombre del fisco, para que no pagase el precio a la mujer antes de satisfacer al fisco. Se preguntó si los fundos estarían en situación de ser reivindicados por la vendedora en virtud del convenio de venta. Respondió que, según los datos propuestos, el comprador no ha incumplido la cláusula de venta (D. 18, 3, 8) y en el mismo sentido (C. 4, 54, I e 4)

En los casos anteriores estamos en presencia de un antecedente de la condición resolutoria, tal y como la conoce la dogmática moderna, como cláusula que opera al realizarse el acontecimiento futuro e incierto y la inmediata resolución de todos los efectos del negocio.

LA RESOLUCION CONTRACTUAL EN DERECHO ROMANO

En términos generales podemos afirmar que en Derecho Romano la falta de cumplimiento de alguno de los contratantes en las obligaciones bilaterales, engendraba para el otro el derecho de constreñirlo al cumplimiento; pero no lo facultaba para pretender la resolución del vínculo jurídico.

En Roma, el contratante a quien no se le satisfacía la prestación a que tenía derecho, carecía de toda posibilidad de reclamar la resolución. En el Derecho primitivo no existía la *exceptio non adimpleti contractus* (55) ya que las recíprocas obligaciones no nacían con tal carácter de un acuerdo formal de las partes, sino de dos estipulaciones autónomas.

(55) Expresión con la que se designa la oposición formulada por el demandado frente al actor que le exigen el cumplimiento de la obligación o prestación nacida de un contrato bilateral perfecto. No es una verdadera excepción, porque el demandante ha de probar que cumplió o está dispuesto a cumplir. Este principio de la "segunda vida del derecho romano" se funda en los siguientes textos:

D. 19, 1, 13, 8: "El precio debe ser ofrecido por el comprador cuando se demanda con la acción de compra, y por ello, aunque se ofreciese una parte del precio no se da todavía la acción de compra pues el vendedor puede retener la cosa que vendió como si fuera una prenda", y D. 44, 4, 5, 4: "Si un esclavo es vendido por el que tenía permiso del dueño para venderlo y el comprador se lo devuelve al dueño a causa de redhibición, se puede oponer la excepción de redhibición al vendedor que reclame el pago del precio, aunque el vendedor haya pagado ya esta cantidad al dueño, pues también se puede rechazar con la excepción de mercancía no entregada al vendedor que ya pagó el precio al dueño de lo vendido, por lo tanto, el vendedor debe demandar al dueño del esclavo - la restitución del precio que le adelantó -. Dice Pedio que lo mismo sucede en el caso de vender un gestor de nuestros negocios".

Y aún después de que la jurisprudencia llega a la concepción del sinalagma, continúa aquel estado de cosas, porque las obligaciones de las dos partes contratantes, si bien se consideran como nacidas de un mismo acuerdo de voluntades, conservan plena independencia en el momento de su ejecución.

Los inconvenientes del sistema no podían dejar de presentarse y determinan la aparición, para el contrato de compraventa, del remedio pretorio de la *exceptio mercis non traditae*, que después se extenderá a todos los contratos bilaterales constituyendo la *exceptio non adimpleti contractus*.

Pero el acreedor de la obligación inejecutada que, por su parte, había ya cumplido la suya, no tenía en esta fase más posibilidad que la de exigir el cumplimiento. La situación, como ya hemos visto, no era muy favorable, y viene a resolverla en el sentido más favorable la *lex commissoria*, abundantemente tratada en la doctrina, que puede definirse como:

"Pacto adjunto al contrato de compraventa, con precio aplazado, *emptio venditio*, en cuya virtud las partes convienen que el vendedor se reserve el derecho de rescindir la compraventa si no se paga el precio en el término fijado, volviendo la cosa al vendedor. (56)

Hay que estimar que la *lex commissoria* tuvo en principio solamente carácter de pacto condicional bajo condición suspensiva, y que como tal se admitió en los contratos. La razón es que la condición resolutoria era para el Derecho antiguo una declaración de voluntad accesoria, (57) condicionada suspensivamente y dirigida a la revocación de los efectos de la declaración principal contenida en el contrato. Y esto porque algunas instituciones, tales como la institución de heredero, los legados, las servidumbres prediales y los contratos en general, no podían ser constituidos de modo que pudiese cesar por condición o término. Para las primeras la incompatibilidad derivaba de su misma naturaleza; para los contratos, por el contrario, se debía a motivos de forma, dados los requisitos formales entonces requeridos para la constitución y disolución de relaciones fundadas sobre vínculos sacramentales.

(56) Gutiérrez Alvis, Faustino: Diccionario de Derecho Romano. Madrid. Ed. Reus. 3a ed. 1982 . p. 378 quien remite al texto de D. 18, 3, 2 que dice:

Cuando el vendedor de un fundo hubiese hecho una cláusula diciendo: "si el precio no fuese pagado dentro del término se tendrá por no comprado el fundo" se entenderá que el fundo no queda comprado si es que el vendedor así lo prefiere, porque esto se ha convenido en interés del vendedor; pues si de otro modo se admitiese, en el caso, por ejemplo, de incendiarse la casa de campo vendida, quedaría al arbitrio del comprador, no entregando el precio, el tener por no comprado el fundo que habría estado a su riesgo".

(57) *ibidem*.

Estas restricciones se atenuaron pronto con la introducción de los fideicomisos y con el reconocimiento de una *exceptio doli o pacti* en general. (58)

Y así adquiere la *lex commissoria* valor de cláusula resolutoria, aun a pesar de que el Derecho romano no conociera nunca una teoría general de la resolución. Se admite, pues el pacto expresamente estipulado de que el contrato de compraventa pueda resolverse por el vendedor en el caso de que el comprador incumpla su obligación de pagar el precio.

En contra de la tesis de Sabino, para quien la *lex commissoria* suspendía la formación del contrato, la mayoría de la doctrina cree que predominó la opinión de Ulpiano concediendo a la cláusula efecto resolutorio. Y así debió ser, por grande que fuera la oposición de los jurisconsultos respecto a la resolución, pues la idea de condición suspensiva lleva a consecuencias completamente inaceptables.

(58) Excepción concedida frente al demandante culpable de un acto doloso a fin de que no prospere la acción entablada por él en la demanda del cumplimiento del acto o negocio jurídico viciado. Tiene el carácter de perpetua y perentoria.

Gutiérrez Alvis: op. cit. p.232, quien nuevamente nos remite a textos del Digesto como: D. 44, 4

Con terminología moderna diremos que aceptar el carácter suspensivo de la *lex commissoria* conduce a los siguientes absurdos:

1.- De que se considere suspensiva la formación de un contrato, en tanto no se verifique un acto - el pago - que es cumplimiento de ese mismo contrato cuya formación se dice suspendida.

2.- De que la formación del contrato dependería de la mera voluntad del deudor-comprador.

3.- De que si la eficacia del contrato depende del pago, la falta de pago determinará la subsistencia de la suspensión de eficacia, con lo cual el vendedor nunca podría exigir la ejecución de un contrato cuya eficacia está suspendida.

Hay que tener en cuenta, además, que en un principio el pacto de la *lex commissoria* no tenía por finalidad proteger al vendedor que ya hubiera entregado la cosa, del peligro de perder cosa y precio.

Porque en Derecho romano la propiedad solamente se transmitía por la tradición de la cosa y la entrega del precio, por regla general. (59)

La *lex commissoria* no tenía, pues, en estos casos, más finalidad que la de permitir al vendedor permanecer indefinidamente ligado al vínculo contractual y recuperar su libertad de acción en caso de incumplimiento por parte del comprador.

Admitida ya su función resolutoria, la *lex commissoria* desempeñó en el marco del contrato de compraventa una serie de misiones diversas, desembocando en otros pactos, que hoy difícilmente se admitirían como verdaderamente resolutorios.

(59) "En derecho romano se transmitía la propiedad por *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*.

Los primeros pertenecieron al derecho antiguo, y a la época de Justiniano la *traditio*, que consistía en la entrega de una cosa hecha por el propietario a otra persona, con la intención de ambas partes de que la última viniera a ser propietaria del objeto entregado (Maynz, tomo I, párrafo 105). Se decía:... *traditionibus... dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur.*, "el dominio de las cosas se transfiere por la tradición...no por nudos pactos", no por el solo contrato, que únicamente servía para producir obligación.

Como resultado de una evolución, que comenzó en el Derecho Romano y que continuó con el Derecho antiguo francés (Planiol, T. I, núms 2591-2595), el Código Napoleón abandonó la regla que hacía necesaria la entrega de la cosa para la transmisión de su propiedad, y estableció el principio moderno (artículos 711 y 1138 C.N.) que pasó al código portugués (art. 715-716) y, de éste, a los artículos 1436 y 1437 del Código de 1884, reproducidos por los artículos 2014 y 2015 del código de 1928. Borja Soriano, Manuel: Teoría General de las obligaciones, concordada con la legislación vigente por Manuel Borja Martínez. México. Ed. Porrúa. 11 ed. p. 140

Nos referimos a la *adictio in diem*, (60) el *pactum de retrovendendo* (61) y el *pactum displicientiae*. (62)

(60) Cláusula o pacto adjunto a un contrato de compraventa, en cuya virtud las partes convienen perfeccionar ésta, si en un determinado plazo no ofrece un tercero condiciones más ventajosas que las ofrecidas por el comprador, en cuyo caso se rescinde el contrato; rescisión que tendrá lugar si informado de la oferta el comprador no usa de su preferencia mejorando el precio. Gutiérrez Alvis: op. cit. p. 43

D. 18, 2, 1 Sobre la adjudicación a término:

La adjudicación a término se hace así: "Quede comprado por ti aquel fundo en cien mil sestercios, a no ser que algún otro antes de las próximas calendas de enero me hubiese hecho mejor oferta, para que la cosa cambie de propiedad.

D. 41, 4, 2, 4

Si se hizo una adicción con plazo, o sea, por si nadie ofreciera un precio más alto, pensaba Juliano que la compra quedaba perfeccionada, y los frutos eran del comprador y precedía la usucapión a favor del mismo; otros decían que también esta compra se hacía bajo condición, pero él, que la compra no se contraía bajo condición, sino que se resolvía - por convenio, - opinión esta que es cierta.

D. 43, 24, 11, 10 - 13:

Si el fundo ha sido adjudicado provisionalmente al mejor licitador ¿a quién compete el interdicto? Y dice Juliano que este interdicto compete al que está interesado en que no se haga la obra, pues, cuando se vende así un fundo, dice que corresponde al comprador toda la ventaja y desventaja, en tanto no se haga una nueva adjudicación y así, si se hace entonces alguna obra con violencia o clandestinamente, aunque luego se presente un comprador que ofrezca mejor precio, será él quien tenga el interdicto como útil; pero dice Juliano que deberá ser obligado, mediante la acción de lo vendido, a pagar la estimación de aquella acción, así como la de los frutos percibidos entre tanto. Escribe Aristón que no - siempre - debe hacerse la notificación - de una obra nueva - al poseedor - del fundo, - pues dice que, si alguien me hubiera vendido un fundo pero no me lo hubiera entregado, y un vecino, que quería hacer allí alguna obra, al saber que yo había comprado y me hallaba en el fundo, me hubiera hecho la notificación de querer construir - aunque yo no era el poseedor, - puede estar tranquilo por que se refiere a la sospecha de una obra clandestinamente hecha, lo que es cierto. (12) Por mi parte, creo que el comprador tiene también este interdicto si el fundo fue entregado a alguien en precario después de la adjudicación al mejor licitador, pero que si aun no hubo entrega del mismo o se hizo la solicitud de precario - al mismo tiempo - que se entregaba, no debe dudarse de que tiene el interdicto el vendedor, pues debe corresponderle el interdicto aunque la cosa no esté a su riesgo, y no hace al caso que esté a riesgo del comprador, pues, tan pronto como se contrae la venta, el riesgo pasa a cargo del comprador, y, sin embargo, nadie ha dicho que le competa el interdicto antes de que se haga la entrega. Pero si el fundo se halla ya en posesión del precarista cabe preguntarse si no puede éste, sea cual sea el tipo de su posesión, ejercitar el interdicto por la razón de que tiene interes en ello... (13) se se hubiera vendido un predio de modo que se deshiciera la venta si no fuera aquél del gusto del comprador, con mayor facilidad podemos admitir que tiene el interdicto el comprador que se halla en posesión del mismo, y si se deja al arbitrio de tercero la resolución de la compra, deberá aprobarse lo mismo; así también si se hubiese vendido de suerte que se deshiciera la venta en caso de algún evento, y lo mismo habrá que decir si acaso se vendiera con la cláusula comisoria."

(61) Dedicaremos más adelante un capítulo al pacto de retroventa.

(62) También se hablará mas adelante de la venta a prueba.

Por lo anterior podemos concluir que la *lex commissoria* fue en Derecho romano una cláusula o pacto especial que las partes estipulaban expresamente para conceder la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento, y que la resolución sobreviene *ipso iure* en el sentido de que no exige la intervención del juez.

LA INTERPRETACION MEDIEVAL DE LA CONDICION

Para el estudio de los textos preirnerianos, tanto los del territorio románico como los del longobardo, es necesario remitirnos a la escuela de los glosadores, quienes trabajaron sobre la compilación de Justiniano. Sobre todo en lo relativo a las disposiciones de última voluntad y a las obligaciones. Azzone (63) define a la condición como: *Est autem conditio quaedam legati suspensio, cuius defectus sive consummatio pendet de futuro, et apponitur per si, vel per cum, ut diximus supra, de falsa causa. Verbum autem ut, non denotat conditionem, sed causam ut de contrahenda emptione, l. cum ab eo,* (64) Azzone después de definir la condición pasa a tratar de las diferentes especies de condición y sus efectos (65) siguiendo en gran medida las fuentes justinianeas. Si bien desarrollaron la problemática entre las condiciones posibles e imposibles, como lo veremos en el siguiente punto.

(63) Azzone, *Summa Codicis*, VI, rub. De conditionibus insertis tam in legatis quam in fideicommissis et libertatibus. n., la definición, también se le atribuye a Acursio y otros a Rogerio. cfr. el texto de Leiden, de Ablaing I, fol 93, y reeditado por Meyers, *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1936, p. 379.

(64) D. 18, 1, 41

(65) *Conditio autem quandoque ponitur expresse, quandoque tacite. Item expresse quandoque apponitur de praesenti vel praeterito, quandoque de futuro. Si de praesenti, vel praeterito apponatur, statim valet institutio, si ita est ut innuitur conditione, vel statim non valet, si ita non est ut innuitur conditione... et tunc non proprie dicitur conditio, utpote cum non suspendat institutionem... De futuro autem apponitur conditio quandoque possibilis, quandoque impossibilis... Possibilium vero conditionum quaedam sunt potestativae, quaedam casuales, quaedam mistae... Item conditionum aliae apponuntur copulative, aliae alternative. Si copulative, omnibus parendum est. Si alterantive, quilibet earum parere satis est... Item conditionum quaedam sunt in dando, quaedam in faciendo" Azzone, op. cit., rub. De institutionibus vel substitutionibus, cit, n. 2, 3, 6, 13, 14.*

LA CONDICION IMPOSIBLE EN LA OBRA DE LOS GLOSADORES Y POSTGLOSADORES.

Acursio en su glosa *male petitur* sobre el pasaje del Digesto 2, 14, 4 *de pactis*, 1, y Bartolo en su comentario al D. 35, 1, 99 sobre la demostración de la condición, realizan un interesante estudio sobre los efectos de las condiciones tácitas y expresas, también en esta época fue muy estudiada la problemática sobre si la condición necesariamente debe versar en un acontecimiento futuro, o puede versar sobre uno pasado o presente, pero desconocido por las partes. (66) Sin embargo las condiciones imposibles, fueron profundamente estudiadas: En la Inst. 2, 14, 10 se lee: "*Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur*" La glosa de Bulgaro, refiriéndose a los manuscritos testamentarios, ya distinguía: *Hic subsisto propter id quod dicitur. De statu liberis, cum heres. Non est (D. 40, 7, 4, 1): impossibilis ergo conditio in faciendo posita libertati habetur pro non scripta, ut hic; sed in dando perimit libertatem, ut ibi B". (67)*

(66) cfr. la glosa *confertur*, en D. 12, 1, 37 *de rebus creditis*, 1. *cum ad praesens "Non est ergo conditio quae inpraeteritum vel praesens confertur..."* Entre los postglosadores puede citarse Bartolo, Comentario al in D. 30, 75, (78), I *de legatis*, 1 *si sic legatum si mihi*, y el comentario a D. 35, 1, 12 *de condicione et demonstratr.*, 1 *si ista legatum*; Baldo comentario a D. 12, 1, 37 *de rebus creditis si certum petatur*, 1 *cum ad praesens*.

(67) Glosa del Cod. Manacense 3509 editada por Torelli, *Glosse praccusiane alle Istituzioni*, Nota seconda: *Glosse di Bulgaro*, en *Scritti di storia del diritto italiano*. Milano, Giuffrè, 1959, p.130.

Bulgaro intentó conciliar el texto de Inst. 2, 14, 10 con D. 40, 7, 4, 1, pero la materia se prestaba a discusiones posteriores. En la *Lectura Institutionum* que le es atribuída a Giovanni Bassiano puede verse la conservación de una condición imposible, si es motivo de "*multa contraria emergunt*", (68) sin embargo la famosa *Summa Institutionum*, pseudo-irneriana se continuó afirmando que la condición imposible no es propiamente una condición. (69) Acursio fue más lejos distinguiendo en si la condición era imposible *de natura, de iure o de facto*, (70) más tarde Dino de Mugelio proponía también una sutil distinción en lo referente a la incidencia de la condición en los contratos y sobre las disposición de última voluntad. (71)

(68) cfr. Torelli, op. cit. p.130 ,en la Revista de historia del derecho italiano , 1942. p.35-36

(69) "Sciendum est conditionem improprie dice eam quam necesse est esse, veluti: -si cras sol orietur- item et ea que impossibile est esse improprie dicitur conditio, ut -si digityo celum tetigeris. Consultado de la Ed. Pamieri, en la Biblioteca jurídica del medievo. Bologna 1914. p.59

(70) "tribus modis potest dici conditio impossibilis. Vel de natura: ut si coelum digito tetigeris, haeres esto... Item de iure: ut si patrem ab hostibus non redemeris, vel similis. Nam hoc facere nos non posse praesumit ius... Item de facto: ut si montem aurem dederis, haeres esto... Item est quaedam quarta impossibilitas propter perplexitatem, quae vitiat, ut haec: si Titius haeres erit, Seius haeres esto... Sed certehic de impossibilitate naturae dicit" Glosa Impossibilis condicio, in Inst, 2, 14, 10 de haeredibus instituendis, @ Impossibilis condicio.

(71) Su comentario a la Reg, (Nemo potest ad impossibile obligari), resulta sumamente interesante: "Sed si in modum conditionis, verbi gratia quia promitto vbel lego si coelum asendas vel digito tangas: et tunc aut ista conditio impossibilis ponitur in contractibus aut in ultimis voluntatibus. Si in contractibus aut affirmative aut negative: si affirmative, ut quia promitto si coelum digito tangas reddit contractum inutilem; si negative, ut quia promitto si coelum digito non tangas, valet contractus; et quia affirmativa est impossibilis, idea negativa, quae est eius contraria, est possibilis et necesassaria, et facti contractum de praesenti valere et obligationem parit... Sed in ultimis voluntatibus: si quidem negativa, idem quod in contractibus; si affirmativa, aut erat omni tempore impossibilis, at a principio possibilis. Primo casu aut erat adiecta in persona id est eius cui aliquid in testamento adscriberetur, et tunc habetur pro non adiecta et relictum valet...; si in persona onerati, id est eius cui onus praestationis in ultima voluntate imponitur, ut quia damno haeredem X dare si coelum digito tangat, tunc reddit relictum inutile... Sed si erat ab initio possibilis et ex postfacto deventi ad impossibilitatem, relictum valet et impossibilitas removetur" Dino de Mugelio, Commentarius in regulas iuris pontificii, Reg. VI. n.13-14

Finalmente diremos que Baldo desarrolló el tema de las condiciones imposibles en los legados y contratos cuando se estipulan de *bonae fidei*. (72)

(72) Baldo, Comm in Cod. 6, 41, 1, de his quae poenae nomine, 1 supervacuam, n. 19-20.

LA CONDICION EN EL DERECHO INDIANO.

La materia de las obligaciones es sin duda la más oscura del derecho indiano, ya que se tomaron medidas de protección al indígena limitando su libertad de contratación, a manera de ejemplo citaremos la cédula del 21 de septiembre de 1551, que reproduce lo ordenado en otra del 19 de noviembre de 1539, en que se dice: "Que se les dé a entender a los dichos indios Naboríos, que son libres, para poder hacer de sí lo que quisieren". (73) El 12 de mayo de 1551, Carlos V dispuso "no se impida a los naturales comerciar libremente en los mantenimientos y frutos so pretexto de buen gobierno o porque eran de encomiendas". (74)

En P. 5, 11, 12 y 13, se establece que podía contratarse puramente, es decir, sin que pendiera la obligación de condición o plazo. Para el cumplimiento de este género de obligaciones el juez debería dar un término prudente al obligado para que cumpliera, y, si en su concepto, ya había transcurrido lo bastante para ello, señalaba día cierto para que se satisficiera la obligación.

(73) Solórzano Pereira 2,4,24.

(74) Recopilación de Leyes de Indias. 6. 1. 25.

Se llamaba condicional la obligación cuyo efecto dependía de la realización de un hecho o de la averiguación de uno ya ocurrido pero ignorado, y surtía sus efectos desde que se realizaba el hecho o se averiguaba su acaecimiento. (75) Se reconocían las dos formas de condición, o sea la suspensiva y la resolutoria, distinguiéndose entre estas últimas la llamada *pacto-comisorio* que consistía en la estipulación de que si el precio de la cosa vendida no se pagaba en el plazo y forma de la convención, volvería la cosa a poder del vendedor y la venta se tenía por no habiéndose celebrado y el *pacto de adición* consistente, en que si dentro de cierto plazo el vendedor encontraba quien diera más por la cosa vendida que el precio concertado en la operación, el comprador o sus herederos tendrían que pagar el excedente o devolver la cosa, desbaratándose entonces el convenio. (76) Las condiciones ilícitas o imposibles se tenían por no puestas en los contratos y en los testamentos. (77)

Los principios que regían en nuestro país antes de la codificación, relativos a la condición eran los siguientes:

(75) P., 5. 11. 12.

(76) I., 5. 5. 40

(77) I. 5. 11. 17 y 6. 4. 3.

* La obligación contraída bajo la condición de no hacer una cosa imposible, v.gr. de no andar doscientas leguas en un día, debe ser válida y reputarse simple, pues existe desde el momento del contrato; mas la contraída bajo la condición de no hacer una cosa contraria a las leyes o a las buenas costumbres, v.gr. de no cometer un homicidio, debe considerarse nula, pues no ha de permitirse que se estipule una ventaja por abstenerse de un crimen. (78)

* La obligación contraída bajo una condición posible, sea potestativa, casual o mixta, no existe realmente sino después del cumplimiento de la condición. (79) Pues si bien hasta este caso hay una convención, no hay todavía obligación sino solo esperanza de que la habrá: *Pendente conditione, nondum debetur, sed spes est debitum iri.* Así es que si el deudor paga por error, podrá reclamar el reembolso de lo que hubiere dado, pues que todavía no debe nada. (80)

* La condición una vez cumplida tiene efecto retroactivo hasta el día en que se hizo el contrato; porque lo que impidió que la convención fuese simple o absoluta fue sólo la incertidumbre en que estaban la partes con respecto a la condición; si hubiesen sabido que ésta se cumpliría, la convención se hubiera hecho simplemente, y si

(78) Leyes 3 y 4 , tít 4, part. 6

(79) Ley 12 tít. 11, part. 5 y tít 14.

(80) Ley 37, tít. 14, part. 5

hubiesen sabido que no se había de cumplir, no hubieran hecho el contrato de ningún modo. (81) Preciso es, pues, seguir sus intenciones cuando el acontecimiento llega a ser cierto, y obrar de la misma suerte que si lo hubiera sido al momento de la convención: *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus.* Mas es de observar, que para que la condición cumplida tenga efecto retroactivo, es indispensable que den nacimiento a la obligación que se hallaba suspendida; si después de celebrado el contrato perece la cosa que era su objeto, en vano se cumplirá la condición, la cual ya no puede producir ningún vínculo de derechos, por no existir la cosa sobre que debía recaer; y por consiguiente en este caso la obligación no ha existido jamás, el deudor ha sido siempre propietario de la cosa, que por tanto, ha perecido para el solo, *res domino perit*, y el acreedor no le debe nada por el precio de esta cosa.

* Si el acreedor o el deudor muriere antes del cumplimiento de la condición, pasan a sus respectivos herederos los efectos de la obligación, por la regla general de que "el que contrae, contrae para sí y para sus herederos". (82)

(81) Ley 12, tít. 11, part. 5

(82) Ley 14, tít. 11, part. 5

* Lo contrario sucede en los legados condicionales, los cuales se extinguen muerto el legatario pendiente la condición, porque se supone que el testador que hace un legado tiene consideración solamente al legatario y no a los sucesores de este. (83)

* Repútese cumplida la condición, cuando el obligado impide su cumplimiento. Se compromete uno v.gr. a dar cuantros mil reales a un albañil si le levanta una pared en el espacio de diez días, y queriendo luego eludir su obligación, derriba la obra que el albañil había comenzado, no por eso dejará de estar obligado a pagar la cantidad prometida, pues no se ha de permitir que se aproveche de su propia culpa: *Quicumque sub conditione obligatus, curavit ne conditio existerit, nihilominus obligatur.* Pero si el deudor no ha impedido el cumplimiento de la condición sino indirectamente y ejerciendo un derecho legítimo, no se considera cumplida la condición. En el caso propuesto, v.gr. el albañil comete un hurto contra el que le emplea en la construcción de la pared, y este le hace poner preso de modo que le impide acabar la obra en los diez días; es claro que el albañil no podrá pedir que la condición se repunte cumplida por el obstáculo que ha puesto el deudor, pues no es culpa de éste sino suya propia.

(83) Ley 11, tít. 14, part. 3 y ley 34 tít. 9, part. 6

SOBRE EL PACTO DE RETROVENDO EN EL DERECHO PREVIO A LA CODIFICACION

La condición más frecuente, era la mal llamada "pacto de retrovendo" (84) también conocida como *ley comisorias* o *adición a die*.

Se llamaba pacto de retrovendendo el que al tiempo de la celebración de la venta se hacía entre el comprador y el vendedor; estipulando que volviendo éste el precio recibido, había de recobrar la cosa vendida. (85)

El cumplimiento de este pacto por parte del vendedor se llamaba *redención*, y por parte del comprador *retrovenda*. "El derecho de redimir es perpetuo, según unos; pero según otros sólo dura veinte años, que es el tiempo en que se prescriben las acciones personales, a no ser que se hubiera fijado término por los contrayentes, en cuyo caso si el comprador interpela al vendedor para que verifique la redención, se observa la limitación de tiempo puesta en el pacto, y si el vendedor deja pasar el término sin hacer la redención, queda la cosa al comprador con el dominio libre y absoluto". (86)

(84) Todo pacto en que el comprador y vendedor se convengan al tiempo de la celebración de la venta, debe observarse y cumplirse, como no sea contrario a las leyes o las buenas costumbres. Ley 38, tit. 5. p. 5.

(85) Ley 42, tit. 5. p. 5.

(86) Antonio Gómez: *Variarum resolutionem*. L. 2, cap. 2, núm. 27, 28 y 29. Citado en el novísimo *Escribano Instruído*, edición hecha con vista de la última que del nuevo escribano instruído publicó el año 1859. El redactor de la *Curia y Novísimo Febrero Mexicano* aumentada y corregida con arreglo a las últimas disposiciones patrias. México. Imprenta y Encuadernación de A. de J. Lozano, 1892, p. 260.

También es citado en: Escriche, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Colombia. Ed. Temis. 1987, T. IV, p. 217.

"Como la acción para obligar al comprador a la retroventa es personal, sostienen algunos autores que no puede dirigirse contra un tercer poseedor a quien hubiere pasado la cosa vendida, a no ser que se hubiese puesto la condición de que no se pudiese vender pendiente el tiempo de la redención; y aunque lo contrario parece más fundado, porque ninguno puede enajenar más de lo que tiene, es sin embargo conveniente expresarlo así en la escritura e hipotecar al cumplimiento del pacto la misma cosa vendida. (87)

El pacto de la ley comisoraria era aquel por medio del cual el comprador y el vendedor se convenían en que si no se pagaba la cosa hasta cierto día señalado, se deshacía la venta. "Si el comprador, pues, no entrega todo el precio o la mayor parte de él al plazo designado, queda a elección del vendedor demandar el precio y llevar a efecto la venta o revocarla y retener para sí la señal o parte del precio que hubiere recibido; y escogido uno de estos medios, no podrá después arrepentirse o valerse de otro. (88)

(87) ibidem: quien además incluye los siguientes modelos de pacto:

Que vende a (N) tal casa por tantos mil pesos con la precisa condición de que en el término de tanto tiempo, si el vendedor o sus herederos quisieren recuperarla y entregaren el precio recibido, ha de serles restituída en la propia forma en que la vende sin el más leve decremento ni deterioro y por consiguiente con la de que bajo ningún pretexto la pueda enajenar hasta que se hiciere contra éste pacto, a cuya observancia hipoteca especialmente la referida casa. Mas si transcurriendo el citado tiempo no le devolviese íntegramente el mencionado precio, tendrá el dicho (N) derecho para disponer de ella a su arbitrio, como legítimo y verdadero dueño, sin necesidad de practicar citación ni diligencia de ninguna especie, y para justificar el más o menos valor que en caso de duda tuviere la casa al tiempo de la redención, se comprometen a elegir de común acuerdo peritos que la valúan.

(88) Ley 38, tit. 5, p. 5.

"En tal caso si la venta se deshace y el vendedor no quiere volver la señal o parte del precio que hubiere recibido, no debe haber los frutos de la cosa percibidos por el comprador pero si los quiere, restituyendo la señal, será obligado a pagar los gastos de la recolección. De la misma manera el comprador está obligado a reintegrar al vendedor del perjuicio que le resultare, si la cosa se encontrara deteriorada por su culpa. (89)

Este pacto se llamó *ley comisoría*, porque, nos dice Escriche: "Los pactos son leyes de los contratos y llegado el caso convenido por el comprador y vendedor se vuelve a éste la cosa vendida. *Res venditori committitur*. (90)

El pacto de adicción o señalamiento de día (*in diem addictio*) consistía en que un contrato de venta se hacía a veces entre el vendedor y el comprador, conviniendo ambos en que si hasta cierto día encontraba el vendedor quien le ofreciera más precio por la cosa vendida, podía retirarla de las manos del comprador para darla al segundo.

(89) *ibidem*.

(90) Escriche: *op. cit.*, p. 217. Por otro lado en el Novísimo Escribano... encontramos un modelo de dicho pacto:

Cuya casa o heredad la vende por tantos mil pesos, con la condición de que para tal día de tal mes y año se los ha de satisfacer íntegramente en tales monedas, y pasado dicho término sin hacerse su total solución, queda por el mismo hecho anulada la venta para todos los efectos legales, sin que pueda ser compelido: (el vendedor) a restituir ni aún en parte tal cantidad que le entrega en señal, la cual no podrá reclamar por ningún concepto.

Este pacto era válido y si efectivamente se hallaba dentro del término señalado, quien ofrecía más, debía ser preferido por el mismo precio el primer comprador, quien si no quisiere aceptar el aumento tendría que devolver la cosa con los frutos que hubiere percibido, deducidas las expensas, quedando nula la venta; pero si el segundo comprador que pujase el precio, fuese hijo del vendedor, u otro que por su consejo procediere fraudulentamente, no estaría obligado el primero a volver la cosa ni a pagar el aumento. (91)

Sobre estos supuestos de condición resolutoria hablaremos más adelante, cuando la estudiemos en el derecho vigente.

(91) Ley 40, tit. 5, part. 5.

También respecto a éste pacto el Novísimo... en el lugar citado, nos muestra un modelo:

Que vende a (N) tal casa por tantos mil pesos que le entrega en éste acto con la condición que si dentro de tanto tiempo que cumplirá el día tantos de tal mes y año, pareciere otro comprador que dé a él o a sus herederos mayor precio, y don (N) no la quisiere por tanto, ha de tenerse por nula esta venta, conservando en un todo su derecho de dominio sobre la citada casa, entregándole el precio que acaba de recibir y el de las mejoras útiles que tenga, no el de las precisas para su conservación; y teniendo deterioro se ha de rebajar el importe, estando y pasando en uno y otro caso por la valuación que hagan peritos elegidos unánimemente. Y para que no se transfiera su dominio a un tercer poseedor, no ha de enajenarla y empeñarla, mientras no expire el mencionado término; pero si éste pasase sin haberle hecho saber la oferta del nuevo comprador, ha de tener facultad el actual de disponer de ella a su arbitrio como verdadero dueño, sin necesitar licencia del otorgante ni requisito de ninguna clase.

DE LA LEX COMMISSORIA A LA FACULTAD RESOLUTORIA IMPLICITA

Los principios romanos que se recogieron al tratar la *lex commissoria* pasaron al Derecho intermedio casi sin alteración. Fue en Francia, donde por influencia del Derecho consuetudinario, se establecieron dos importantes desviaciones:

1.- Que la *lex commissoria*, que había llegado a ser de uso común en los contratos bilaterales, debe siempre sobre entenderse en ellos, cuando no se haya estipulado. Por tanto, junto a la *lex commissoria* propia, con carácter y valor de pacto expreso atributivo de la facultad de resolver el contrato, aparece esta *lex commissoria tacita*, se entiende en todos los contratos bilaterales. Es la que va a mal llamarse "condición resolutoria tácita" y que nosotros preferimos calificar de facultad resolutoria implícita.

2.- Que la resolución de los contratos por incumplimiento no podía tener lugar más que por pronunciamiento del juez, el cual, según las circunstancias, podía incluso negar la resolución y acordar al deudor una dilación, un nuevo plazo, para la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones incumplidas *déai de grace*.

La obra de Pothier (92) precisó que aunque la cláusula en cuestión fuera expresa se necesitaba siempre la sola demanda ante el juez, para que éste declarara sin más trámite, la rescisión del contrato, y que en el caso de la existencia implícita de esa cláusula, había necesidad con mayor razón de acudir ante el juez, "el cual no decretaba de inmediato la resolución del contrato, sino que procedía a conceder antes un plazo prudencial al contratante deudor incumplido para que diera cumplimiento a la contraprestación a su cargo, y posteriormente, sólo en caso de que venciera ese plazo sin que se cumpliera con el contrato, pasaba el juez a examinar la clase de incumplimiento alegado, porque si éste se refería a las obligaciones esenciales de dicho contrato, declaraba nulo y disuelto el contrato, pero si el incumplimiento versaba sobre obligaciones accidentales, únicamente decretaba el juez la rescisión si era de gravedad el incumplimiento alegado, porque el juez analizaba las circunstancias concretas del caso y sólo declaraba la resolución siempre que lo que se prometió a alguno es tal que sin ello no hubiera querido contratar". (93)

(92) citado por Sánchez - Medal Urquiza, José Ramón: La resolución de los contratos por incumplimiento. México. Ed. Porrúa. 4a. ed., 1989, p. 13

(93) ibidem

LA CONDICION ELEMENTO ACCIDENTAL DEL NEGOCIO

AS METAFISICO DE LA CONDICION

La palabra *condición* en el ámbito metafísico significa "el requisito o la disposición necesaria para el ejercicio de la actividad, (94). Para poder explicar la afirmación anterior es necesario remitirnos a los siguientes conceptos filosóficos:

La *causa* podría definirse como "aquello que real y positivamente influye en una cosa, haciéndola depender de algún modo de sí". (95)

Entre las notas que caracterizan la noción de causa y efecto se encuentran las siguientes:

Dependencia efectiva en el ser: es como la contrapartida del influjo real de la causa en el efecto. Una causa es tal, justamente en la medida en que sin ella no puede comenzar a ser, o subsistir, el efecto.

(94) ALVIRA, Tomas, CLAVELL, Luis y MELENDO Tomas: *Metafísica*. Pamplona. EUNSA. 1982, p.187.

(95) "En ambientes neopositivistas o próximos a ellos, se ha pretendido negar la noción de causa para sustituirla por la de función, susceptible de ser matematizada. Como afirma B. Russel." No hay ninguna duda de que el motivo por el que la vieja -ley de causalidad- ha continuado ocupando los libros de los filósofos es simplemente el hecho de que la idea de función no es familiar a la mayor parte de ellos. (*Mysticisme and Logic*, Londres 1918, p.194). Esta posición adolece del defecto característico de todo el neopositivismo: La negación de la metafísica en favor de la lógica formal. Citado por ALVIRA et. al. op. cit. p.185

Una casa, por ejemplo, no podría mantenerse en pie sin los muros que la integran y sin una disposición adecuada de esos muros; pero tampoco existiría actualmente la casa sin el trabajo de las personas que la han construido, aunque ese trabajo influyó, más que en el ser actual, en el hacerse del muro. Esta doble manera de influir en el efecto permite considerar la causa como todo aquello de lo que la cosa depende en su ser o su hacerse.

Distinción real entre la causa y el efecto: resulta evidente que la dependencia real entre dos cosas entraña necesariamente su efectiva distinción.

Prioridad de la causa sobre el efecto: toda causa es anterior a su efecto, según un orden de la naturaleza, en cuanto a que aquella perfección que la causa otorga o produce en el efecto tiene que encontrarse de algún modo "antes" de la causa. En muchos casos, esta prioridad de naturaleza supone también una anterioridad temporal: los padres son antes que los hijos, y el escultor antes que la estatua. En cuanto a la misma acción causal, el efecto y su causa son correlativos y simultáneos: la causa es causa cuando está causando; el efecto lo es en el momento de ser causado.

Caballero Sánchez opina que un concepto afín al de causa es el de condición, (96) y lo considere de "notable complejidad significativa". (97)

(96) CABALLERO SANCHEZ, S: Causa. en GER. Madrid. Ed. Rialp. T. V. 1971, pp. 405 y ss.

(97) *ibidem*

Muy ampliamente se entiende por condiciones de un ser, todo lo que éste requiere para existir o ser del modo que es, nos dice dicho autor, (en este sentido, dentro de las condiciones se incluirían las causas extrínsecas, y hasta las causas concurrentes o con causas). En una acepción menos amplia, la condición, excluyendo las condiciones extrínsecas e intrínsecas, se identifica con la serie de circunstancias que hacen posible el ejercicio de la causalidad; en tales casos, se trata de una aplicación de la causa, dejando que ésta produzca el efecto. Por último y en sentido más estricto, la condición se presenta como *removens prohibens*, y su papel se reduce a apartar un obstáculo que impide o dificulta la actuación de la causa.

Por lo anterior podemos ver que lo más constitutivo de la noción de causa es su positivo influjo en el ser del efecto y la correlativa dependencia de éste con respecto a ella. Esto es lo que distingue a la causa de otras realidades en cierto modo afines, que no siempre tienen, sin embargo una influencia positiva sobre el efecto, como son el principio, la condición y la ocasión.

El *principio*: es aquello de lo que algo procede de cualquier modo. Por tanto, toda causa es principio, pero no todo principio es causa. El principio expresa inicio u orden sin incluir un influjo positivo en el ser de lo procedido. En este contexto, el punto debe considerarse principio de la línea, las primeras palabras de un discurso son el inicio del resto de la

disertación, y el abanderado, el que da comienzo a la comitiva militar, pero ninguno de los tres es causa de lo que sigue.

La condición: es el requisito o la disposición necesaria para el ejercicio de la causalidad: algo meramente auxiliar, que hace posible o impide la acción de una causa; la condición en cuanto tal no posee causalidad. (98) La existencia de adecuadas condiciones climáticas, por ejemplo, es condición para que se desarrolle una corrida de toros, pero no es su causa.

Hay condiciones necesarias, pero no suficientes (para llegar a ser abogado es necesario cursar la carrera de Derecho) y otras necesarias y suficientes. Las condiciones necesarias se suelen llamar *sine qua non*: de lo contrario, son simplemente favorables, convenientes, pero no imprescindibles (por ejemplo, para aprobar una asignatura, es útil la lectura de cierto libro).

La ocasión es aquello cuya presencia favorece la acción de la causa: es como una situación ventajosa para el ejercicio de la causalidad, pero no imprescindible para que ésta se lleve a cabo: un día soleado es una buena ocasión para realizar una excursión pero no es su causa, y ni siquiera un requisito indispensable.

(98) A finales del siglo XIX y principios del XX, en los ambientes ligados al empiro-criticismo (Mach, Avenarius) se elaboró una concepción "condicionista" del mundo: la noción de causa quedó reductivamente asimilada a la de condición. Según Max Verworn, uno de sus más característicos representantes, todo proceso se determina unívocamente por la totalidad de sus condiciones, excluyendo toda referencia causal. cfr. *Kausale und Konditionale Weltanschauung*. Bonn. 1912, citado por Alvira op. cit. p.187.

Si bien la distinción entre la causa y otras realidades afines es clara, a lo largo de la historia de la filosofía se las ha intercambiado indebidamente entre sí. Por ejemplo, algunos han interpretado las relaciones de sucesión como si fueran de causalidad, aplicando el axioma *post hoc, ergo propter hoc* (sucede después de esto, luego sucede por esto), y dando así lugar a diversos géneros de historicismo (Hegel, Comte y Marx).

LA CAUSA EN EL NEGOCIO JURIDICO

El concepto de la "causa" en la teoría del negocio jurídico es, seguramente, uno de los más oscuros y difíciles dentro de la doctrina y la técnica del Derecho civil. Es justa y merecida esta fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. Tratar de esclarecerla o, por lo menos, contribuir de alguna manera a desentrañarla, es una finalidad imprescindible para el estudio de la condición.

Examinando los textos clásicos Domat (99) llega a la conclusión de que la causa - la existencia de una causa - es un requisito esencial de toda obligación, hasta el punto de que puede decirse que no hay obligación sin causa:

(99) Sobre la doctrina de Domat sobre la causa vid. Dabin. "La teoría de la causa. Madrid, 1955, pág 23.

"Nulla obligatio sine causa". (100) Lo que a Domat le interesa fundamentalmente es la "causa obligationis", la causa de la obligación. Lo que ocurre es que en Domat la diferencia conceptual entre obligación y contrato - entre "contractus y obligatio contracta" - es confusa. Por ello, causa de la obligación y causa del contrato parecen ideas sinónimas. Se confunden. Se produce así la gran novedad conceptual. La idea de causa, que hasta entonces había vivido fundamentalmente en el terreno de las atribuciones patrimoniales (adquisición, datio, traditio, etc.), penetra y se sitúa en la teoría general del contrato.

(100) Cfr. "Les lois civiles par leur ordre naturel". París, 1756. Domat trata de esta materia en la Parte primera de su libro, que dedica a las obligaciones (des engagements), en el libro primero (des engagements volontaires et mutuels par les conventions), título primero (des conventions en général), sección primera (de la nature des conventions et des manières dont elles se forment). En esta sección se suceden tres epígrafes (números 4, 5, y 6) donde el autor enseña sucesivamente: "cuatro clases de convenciones por cuatro combinaciones del uso de las personas y de las cosas"; "ninguna convención obliga sin causa"; "las donaciones tienen su causa".

El texto literalmente transcrito dice así:

"4. Les communications et les commerces pour l'usage des peronnes et celui des choses sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions. Car ceux qui traitent ensemble, ou se donnent reciproquement une chose pour une autre, comme dans une vente et dans une échange: ou font quelque chose l'un fait et l'autre donne, comme lorsqu'un mercenaire donne son travail pour un certain prix; ou enfin un seul fait ou donne, l'autre ne faisant ou ne donnant rien, comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de l'affaire d'un autre; ou que lon fait une donation par une pure liberalité.

"5. Dans ces trois premières sortes des conventions, il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. En dans les conventions meme ou un seul paroît obligué, comme dans le pret d'argent, l'obligation de celui qui emprunte, a été précédée de la part de l'autre de ce u'il devoit donner pur former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de covention au profit de l'un des contractans a toujours sa cause dans la part de lautre; et l'obligation serait nulle si dans le verité elle etait sans cause.

"6. Dans le donations et dans les autres contrats où lun seul fati ou donne, et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acpetation forme la convention. Et lengagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonable est jsute, comme un service rendu ou queautre mérite du donnataire ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de lepart de celui qui recoit et ne donne rien"

El defecto de origen está probablemente, como apuntábamos hace un momento, en la confusión entre obligación y contrato, de la que Domat no se ha liberado todavía, de la que no se liberará fácilmente la doctrina posterior y de la que aún en nuestros días hay muestras abundantes a lo largo de nuestro mismo código civil.

Se confunden así, como decíamos, "contractus y obligatio contracta", es decir, el contrato como negocio jurídico bilateral creador de la relación obligatoria y la relación jurídica que deriva o que emana de este acto, pero que puede nacer de actos distintos. La confusión, sin embargo, se produce y causa de la obligación y causa del contrato serán en adelante la misma cosa o, por lo menos, cosas cuya distinción no es fácil ni se realiza nítidamente.

La solución que Domat da al problema de cuál sea la causa de una obligación es la siguiente. En los contratos, dice, en los que dos individuos se dan recíprocamente cosa por cosa o se prestan mutuamente algún servicio, la obligación de cada una de las partes consituye el fundamento o la causa de la obligación de el otro; en aquellos contratos en que una sola de las partes parece obligada, como en el préstamo, pero en qué ha precedido una entrega, esta entrega es la causa de la obligación de restituir; en las donaciones y en los demás contratos, en que uno sólo hace o da, es decir, aquellos contratos donde hay una obligación única, la causa de ésta no puede consistir en el hecho actual del contratante, cuyo papel se limita a la mera aceptación. ¿Cuál es entonces la causa? La causa, dice Domat, es "un motivo justo y razonable".

Este motivo hace las veces de causa. Domat señala algunos ejemplos de estos posibles motivos: un servicio prestado al donante, cualquier mérito del donatario y, finalmente, "el mero placer de realizar un bien".

La crítica del pensamiento de Domat sobre la causa ha sido tan reiterada y exhaustivamente realizada por la doctrina. (101)

Pothier recoge e interpreta las ideas de Domat en su "Traité des obligations" (102) exponiendo "lo que pertenece a la esencia de las obligaciones" y éstas pasan al código de Napoleón. El principal problema que encontramos en la causa es su multivocidad. Por vía de mientras deslindemos dos acepciones que en derecho se da a la palabra causa: a) causa como aquel hecho o fenómeno al cual el ordenamiento jurídico liga automáticamente otro hecho o fenómeno distinto o liga un poder de una persona de implantar este nuevo hecho o este nuevo fenómeno (hablamos, v. gr. de causas de extinción del usufructo, de la servidumbre, de causas de nulidad, de revocación, de rescisión, de causas del incumplimiento de una obligación, etc.); b) en un sentido diverso hablamos de causa para referirnos al fundamento de un

(101) cfr. SANCHEZ BLANCO, Jaime: La causa y el acuerdo sobre la causa en los negocios jurídicos. en Información Jurídica. Ministerio de Justicia. NO. 89 Octubre de 1950.

DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, Luis: El concepto de causa en el negocio jurídico. Madrid. Anuario de Derecho Civil T.26 Fasc.1 enero-marzo 1963.

COSSIO, Carlos: La coordinación de las normas jurídicas, con especial referencia al problema de la Causa en el Derecho. en Revista jurídica argentina, La Ley. T. 47, julio-agosto-septiembre de 1947.

PARRA, Ramiro Antonio: La causa de las obligaciones. Venezuela. Revista de Derecho y Legislación.

GARIBOTTO, Juan Carlos: La causa final del acto jurídico. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot. 1985. pag 79.

(102) POTHIER. "Traite des obligations". Trad. esp. Barcelona 1878, vol 1.

negocio jurídico esto es, a la razón que justifica el que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y la protección del ordenamiento jurídico. La doctrina razona de la siguiente manera: el ordenamiento jurídico no reconoce cualquier voluntad de las personas, es necesario que la voluntad se dirija a realizar una finalidad que el derecho objetivo considere merecedora de tutela.

Ahora bien al tratar de encontrar el fundamento de un negocio jurídico al que denominamos causa, podemos todavía establecer una distinción que parece importante, a saber: a) la idea de causa cuando se presentan dos situaciones negociables coligadas y, b) la idea de causa referida de negocio jurídico en sí mismo considerado.

a) Es frecuente que entre dos actos jurídicos exista un nexo de causalidad jurídica: uno de ellos se realiza como consecuencia del otro y tiene por ello su base y su fundamento en él, su misma razón de existir. No es extraño entonces que se emplee la expresión " causa" para referirse al acto básico.

Para nuestro posterior estudio de la condición nos será de gran utilidad diferenciar la causa de atribución, causa de la obligación y finalmente la causa del negocio:

CAUSA DE LA ATRIBUCION.

36795

Por atribución patrimonial (Zuwendung) puede entenderse todo acto por medio del cual se procura o proporciona a otra persona un beneficio patrimonial. La atribución, dice von Tuhr (103), es el acto por el cual una persona procura a otra ventaja patrimonial. El término "beneficio" se emplea en su más amplio sentido: puede consistir en un aumento de la fortuna o del patrimonio del accipiens (v. gr. adquisición de propiedad o de otro derecho). Puede también consistir en impedir la producción de un quebranto patrimonial (damnum cessans). Puede, finalmente, consistir en una mera utilidad provisional (v. gr. comodato).

El beneficio o la ventaja de accipiens puede coincidir con una correspondiente disminución del patrimonio de otro sujeto, en su actual consistencia económica, pero esto no es necesario. Si se da a otro el simple goce o uso de un bien o se presta un servicio o una actividad profesional, el patrimonio del dans no se altera, pero a pesar de ello, hay un beneficio para el accipiens y un beneficio para el dans, ya que cede uno y adquiere el otro el uso del bien o el empleo de la energía. Que uno y otro reciban o no una contraprestación es otra cuestión que atañe a la onerosidad o a la gratuidad de la atribución.

El acto de atribución puede consistir en un negocio jurídico o en un mero acto jurídico.

(103) Citado por Nuñez Lagos.

La fuente principal de las atribuciones patrimoniales, dice Nuñez Lagos, es el negocio jurídico, pero actos no negociales producen también desplazamientos patrimoniales o atribuciones. Una atribución patrimonial puede ser obra de un azar o de fuerza mayor. Puede ser producto de una conducta negocial: el ejemplo típico de ello son los supuestos de inedificatio, plantatio, satio.

La doctrina (Beker, Regelsberger, Liebisch, Von Tuhr) es acorde en este sentido. Una atribución patrimonial puede realizarse no sólo mediante un negocio jurídico, sino también con meros actos jurídicos. Se citan, además, los casos de prestación de servicios, naturalmente siempre que no se hagan en cumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato de trabajo como en el antiguo ejemplo del que da de comer al caballo ajeno la propia hierba o quien emplee a favor de otro las propias fuerzas intelectuales o físicas.

CAUSA DE LA OBLIGACION.

De la doctrina tradicional sobre la causa en Domat y en Pothier se puede concluir la inicial confusión entre causa de la obligación y causa del contrato y hemos señalado como algo que, en principio, quiso referirse únicamente a la obligación, se refirió también al contrato probablemente con un fruto de la confusión entre contractus y obligatio contracta. Todavía hoy, entre nosotros, el requisito de contrato es una causa de la

obligación, que en el contrato se establece. Nosotros, sin embargo, debemos tratar de deslindar ambos conceptos: causa de la obligación y causa del contrato o en general, del negocio jurídico.

Giorgi observaba agudamente como ambas ideas se encuentran en planos separados y contestan a interrogantes diversas. La causa de la obligación contesta a la pregunta "cur debetur" , ésto es, por qué, se debe (causa debendi, causa obligationis). La causa del contrato responde a la pregunta "cur contrixit", es decir, por qué se contrajo, por qué se celebró el contrato (causa contractus, causa negotii).

Pues bien, limitándonos ahora al primero de estos temas, es decir, a la determinación de cual es la causa de la obligación, nosotros deberíamos volver a Pothier, en su más auténtico sentido. Evidentemente, tiene que existir una causa de donde nacen las obligaciones, pero es claro que "las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos, etc." Causa de la obligación o causa debendi es el fundamento jurídico de la existencia de una deuda entendida como deber jurídico de realización de una prestación; es lo que justifica el deber de prestación. Pues bien, el fundamento justificativo de un deber de prestación es un supuesto de hecho o una especie fáctica a la cual el ordenamiento jurídico liga al nacimiento o la producción de la obligación. Causa es el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de la obligación. Se está obligado porque ha acaecido uno de éstos supuestos de hecho, a los cuales el ordenamiento jurídico liga la obligación.

Se está obligado porque se ha celebrado válida y eficazmente un contrato, porque se ha realizado una conducta social típica, porque se ha dictado un acto administrativo o judicial o, finalmente, porque se ha presentado la hipótesis normativa de una obligación ex lege.

A la pregunta por la causa de la obligación nosotros no podemos contestar que causa de la obligación coincide con fuente de la obligación, como en el fondo habían ya previsto Pothier y los autores clásicos.

CAUSA DEL NEGOCIO

La pregunta es mucho más difícil si nosotros trasladamos el problema desde las causa de la obligación a la causa del negocio. Aquí la pregunta tiene sentidos diversos según que la interrogante se refiera a la causa determinante o eficiente del negocio o a la razón que justifica la tutela jurídica o la fuerza vinculante del negocio. En seguida nos damos cuenta de que ambas cuestiones presentan perspectivas completamente distintas. La primera pregunta es por qué se realiza un negocio; la segunda por qué un negocio vale como tal, cuál es la causa de que reciba la protección, como tal negocio, del ordenamiento jurídico.

Las teorías objetivas presentaban solo éste segundo orden de ideas y por eso contestaban que la causa del negocio radica en su función económico-social (104). Un negocio jurídico es protegido porque es un causa idónea para alcanzar una serie de finalidades prácticas, empíricas, que son serias y merecen la tutela del ordenamiento. Pero esto no es "causa de negocio, sino "función del negocio". (105) Valdría la pena situar junto a la "causa" en sentido estricto, la "función" como elemento distinto. Desde el punto de vista de la función se explican alguno de los problemas tradicionalmente considerados como "causales". Así, los problemas del negocio indirecto, del negocio fiduciario y del negocio simulado. En todos éstos casos hay empleo de un tipo de negocio para realizar una función que corresponde a un negocio distinto.

Pero ésta nada tiene que ver con la causa, porque según hemos dicho causa y función son cosas distintas, que conviene mantener separadas.

La pregunta por la causa era, en rigor, la primera, esto es, cuál es la causa eficiente o determinante de que un negocio se realice, porqué ése realiza el negocio. Planteado así el problema parece que hay negocios que tienen su causa en otros negocios anteriores y negocios que tienen su causa en símbolos.

(104) Cfr. Scognamiglio, "Contributo alla teoria del negozio giuridico" Nápoles, 1958, pp. 254 y ss.

(105) ibidem

Esto lo habían visto nítidamente los juristas clásicos. Giorgianni recuerda un pasaje de Baldo, (106) donde se contraponen, precisamente, unos negocios que tienen una causa en sí mismos (*sunt causa sui ipsum*) y otros negocios que tienen su causa fuera de ellos (*est aliunde tamen causandus*). Baldo contrapone en ese pasaje la *stipulatio* y los contratos consensuales y piensa que mientras la causa de la *stipulatio* hay que buscarla fuera de la *stipulatio* misma en un hecho, en una situación o en un negocio antecedente. En cambio en la compra-venta y donación, negocios consensuales, en la causa de sí mismos.

DIEZ PICAZO OPINA:

"a) La causa es algo distinto de los motivos. El motivo o móvil es algo individual, subjetivo, interno. La causa, o es común en el negocio de dos o más partes o, aun siendo individual, en el negocio de una sola parte ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero.

b) El propósito común del resultado empírico ha de ser elevado por ambas partes a la categoría de presupuesto básico de su negocio. Ambas partes se han guiado, al concluir el negocio, por el propósito de conseguir éste resultado empírico.

(106) op. cit. p. 565: "... Stipulatio est contractus aliunde tamen causandus, quod non est in aliis contractibus specificatis, ut in locatione, Curptione et venditione et similibus quis sunt causa ipsius", p. 32.

c) Cuando no existe un propósito específico definido común a ambas partes, la causa del negocio se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad típica genérica del negocio, pero, en tal caso, la causa no es un elemento especial y distinto y se confunde con el consentimiento o con la voluntad negocial (*sunt causa sui ipsius*)."

LA CONDICION SUSPENSIVA

Nuestro actual artículo 1939 del código civil señala que: "La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación". Este artículo, según la tabla de concordancias de García Tellez (107) es similar a los artículos 1447 del código del 70, y al 1331 del código del 84; mismos que a su vez reprodujeron el artículo 1031 del proyecto de García Goyena, quien también adoptó el artículo 1168 del código de Napoleón.

Don Florencio García Goyena en su proyecto menciona :

" Art. 1031.- La condición es suspensiva, cuando su efecto suspende el cumplimiento de la obligación, hasta que se verifique o no el acontecimiento...

Los efectos de la condición suspensiva están marcados en los artículos 1037, 1038 y 1039. Existiendo aquélla, la obligación surte sus efectos, como si desde el principio hubiera sido pura: faltando, no hay nada. Entretanto, solo hay esperanza, un derecho y obligación eventuales, que pasan a los herederos de los contrayentes.

(107) Reproducida en la obra de Batiza, Rodolfo: Las fuentes del Código civil de 1928, introducción, notas y textos de sus fuentes originales no reveladas. México. Ed. Porrúa.; 1979; p.144

La segunda es el artículo 1183 Francés, que está mucho más expreso y circunstanciado: le siguen el 1301 Holandés, 879 de Vaud, 1274 Sardo, 1136 Napolitano y 2024 de la Louisiana."

Mateos Alarcón (108) al comentar el artículo de la condición suspensiva dice que ésta suspende el cumplimiento de la obligación hasta que se verifique o no el acontecimiento; y al hacer la clasificación entre suspensiva y resolutoria nuestro código "se ha separado siguiendo al Francés, en los principios del Derecho Romano, adoptado por la legislación de las Partidas, según los cuales no se consideraba como condicional la obligación cuya subsistencia dependía del verificativo de un acontecimiento incierto, sino como pura y simple, aunque dependiente su resolución de una condición suspensiva; porque queda perfecta en el acto mismo en que se celebra el contrato y da derecho al acreedor para exigir su cumplimiento. (109)

Dicho autor critica la división entre condiciones suspensivas resolutorias, y no sin razón, diciendo que: "la condición resolutoria no suspende la existencia de la obligación, porque ésta existe y produce todos sus efectos como cualquiera otra obligación pura y simple, y no hay nada en suspenso relativamente a su existencia; lo único que permanece incierto es su resolución, que queda en suspenso hasta el verificativo del acontecimiento del cual depende". (110)

(108) Mateos Alarcón, Manuel: Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, promulgado en 1870 con anotaciones a las reformas introducidas por el Código de 1884. México. Imprenta, Lit y Encuadernación de Irene Paz. 1892. Tomo III, tratado de obligaciones y contratos, p.78

(109) Leyes 2, tít. 2, 1 tít. 3, lib.18, D. y 38 tít. 5, Partida 5a. citadas por Mateos Alarcón: op. cit. p. 78

(110) Mateos Alarcón: op. cit. p.79

De entre los tratadistas franceses que fundamentaron la crítica de que la condición resolutoria no suspende la existencia de la obligación podemos citar a Demolombe, Baudry Lacantinerie, Mourlon, Comte, Marcadé y sobre todo Laurent. (111)

EFFECTOS DE LA CONDICION CUANDO ESTA EN SUSPENSO

Para examinar los efectos de la condición suspensiva, es preciso situarse en dos momentos sucesivos: *pendente conditione*, cuando la condición aun no se ha cumplido (ignorándose si se cumplirá o no), y una vez desaparecida la incertidumbre, bien porque la condición se haya realizado, bien porque no haya sobrevenido el hecho en que consistía.

PRIMER PERIODO: CONDICION PENDIENTE:

La inserción de una condición dentro de un negocio jurídico crea una situación de incertidumbre en torno a la definitiva eficacia del negocio. (112) "Esta situación de incertidumbre consiste bien en una suspensión de la vigencia del negocio o bien en una eventual pérdida de vigencia del mismo o bien en la necesidad de efectuar un necesario reajuste entre las hipotéticas variantes de la reglamentación negocial de intereses.

(111) Laurent: op. cit. T. XVII, núm. 32; Demolombe: op. cit. T. XXV, núm 279; Baudry Lacantinerie: op. cit. Tomo II, núm 891; Mourlon: op. cit. T. II, núm 1194; Comet de Santerre: op. cit. T. V, núm 100 bis III; Marcadé: op. cit. T. IV. núm 542

(112) Coviello: Doctrina General del Derecho Civil. México. 1949, pp. 471 y ss.

Por su misma naturaleza, el negocio condicional crea una situación jurídica interina o provisional, (113) en la cual se hace preciso, puesto que las partes no son todavía definitivos titulares de los derecho creados por el negocio, ni definitivos sujetos de los deberes estatuidos por el mismo; en consecuencia, hay que proteger provisionalmente sus eventuales intereses. Esta situación interina o provisional cesa cuando la condición o el evento condicionante aparece o lega (*conditio existens*), o falla o se frustra (*conditio deficiens*), según nos dice la doctrina tradicional. No aparece, sin embargo, con la suficiente claridad esto es, cuál es el tiempo en el cual la condición debe cumplirse y cuál es la duración máxima de ésa fase interina o transitoria de *conditio pendens*.

Laurent se preguntaba, ¿cuál es el efecto de la condición suspensiva mientras está en suspenso?, y sus reflexiones le llevaron a afirmar que es bastante difícil formular el principio de una manera precisa. El art. 1168 dice que la condición suspende la obligación hasta que el suceso llegue; el art. 1185 dice lo mismo, que la condición suspende la obligación. Es la obligación misma la que está suspendida y, por tanto aún no existe, pues en efecto, es incierto que llegue a existir y no existirá si la condición no se realiza; debe, pues, decirse que es la existencia de la obligación la que está suspendida, y resulta lógicamente que no hay todavía acreedor ni deudor.

(113) El concepto de "situación interina" y el concepto de "situación de pendencia" son de De Castro, Derecho civil de España, tomo I, 2a ed. Madrid 1949 pp. 606 y ss. Una situación interina es aquella que nace con un signo de limitación y en la cual su propia naturaleza señala su finalidad transitoria

¿Cómo había de haber acreedor cuando no hay crédito y deudor cuando no existe deuda? Tal parece ser la doctrina de Pothier, que no hace más que reproducir una ley romana, diciendo que nada se debe hasta que la condición se cumple, y hay solamente una esperanza de que llegará a deberse. Así, Pothier dice que el acreedor condicional ningún "derecho" tiene antes del cumplimiento de la condición. (114)

Sobre los efectos de la condición suspensiva, sobre la obligación y sobre el negocio jurídico que le da origen, se han elaborado distintas teorías que se pueden dividir en tres grupos: (115)

A) Tesis que hacen depender de la realización de la condición la existencia misma de la voluntad y consecuentemente el nacimiento del negocio jurídico.

B) Teorías que consideran que de la condición no depende la voluntad, sino lo querido, o sea, el efecto del negocio jurídico, o si se quiere, el contenido preceptivo y el resultado práctico del negocio; o en otras palabras, que de la condición suspensiva no depende el surgimiento del negocio jurídico, sino la existencia de las obligaciones que normalmente deben resultar de él; y

(114) Pothier: op. cit. n. 218 y 222.

(115) Borja Martínez, Manuel: op. cit. p. 210. En este artículo escrito en homenaje de su abuelo, trata con mayor profundidad que nadie éste tema.

c) Opiniones que conceptúan a la condición como un mecanismo que sólo interfiere en la efectividad de las obligaciones que, desde luego, nacen del negocio jurídico, las cuales, aunque existentes, no son exigibles hasta en tanto no se realiza la condición.

La doctrina española moderna, por ejemplo, señala que la consideración de la trascendencia de la condición requiere distinguir entre la situación en que existe incertidumbre, sobre si se verificará el acontecimiento puesto como condición, y aquélla en que la incertidumbre se ha resuelto, bien porque el acontecimiento venga a faltar, bien porque acontezca realmente.

Celebrado el contrato, los efectos del mismo no se producen, si dependen de una condición suspensiva y mientras ésta no se cumpla, o se producen mientras no se realiza la condición resolutoria, por cuyo acaecimiento cesan completamente, en éstas circunstancias, como mientras la condición está pendiente de que se verifique, los efectos del contrato no se producen o no son definitivos y, por lo tanto, sus consecuencias no son seguras, además de que el ordenamiento procura que durante éste periodo de pendencia sufran el menor perjuicio posible los intereses de ambos contratantes.

Mientras no tiene lugar el acontecimiento puesto como condición suspensiva, los efectos propios del negocio o contrato celebrado *sub condicione* están pendientes del cumplimiento del evento condicionante, de modo que las personas ligadas por la

estipulación tienen una simple expectativa a las posiciones jurídicas que se han de derivar para ellas del convenio si éste, ya perfecto desde su celebración, llega a ser plenamente eficaz. Como, en realidad, las consecuencias propias del contrato no se han producido mientras persiste la situación de pendencia, los contratantes no adquieren ningún derecho ni ninguna obligación, ni siquiera condicionales, que sean consecuencia directa de la estipulación, sino solamente una expectativa a tener un determinado derecho o una determinada posición jurídica pasiva derivados del contrato en el caso de que la condición se cumpla: por eso, también, es más apropiado hablar de expectativa de derecho; Albaladejo prefiere hablar, más circunstancialmente, de expectativa de adquisición de los derechos que de un derecho de carácter eventual.

Esta expectativa que se convertirá, cuando la condición se cumpla, en un verdadero derecho subjetivo o situación jurídica consolidada, entra en la esfera jurídica de quien ha de ser titular de aquel derecho o de aquella posición y, desde luego, en su patrimonio si el derecho o la obligación a que la expectativa se refiere tienen naturaleza patrimonial. La expectativa de derecho es, además, objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico, en previsión de que, al verificarse la condición, el derecho correspondiente a la expectativa llegue efectivamente a consituirse. Casi en todas las legislaciones modernas se tiene alguna norma que estipule que el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho.

EL CONSENTIMIENTO Y LA CONDICION

Autores modernos, como Christian Larroumet, (116) no dudan en seguir considerando a la voluntad como el fundamento del negocio. Por eso a continuación esbozaremos algunas reflexiones sobre la importancia de voluntad en el negocio jurídico condicionado, ya que si bien es cierto que es muy importante, no lo es del todo.

Encontramos autores que coinciden en estimar que la condición afecta a la voluntad que debe formar el negocio jurídico y, en consecuencia, se afecta con la condición la existencia misma del negocio. Para los autores que sostienen esta opinión el negocio jurídico condicional quedaría detenido en el proceso de su formación, y al estar afectado uno de los elementos esenciales, la voluntad, el acto jurídico no llegaría a perfeccionarse sino hasta el momento en el que se cumpliera la condición interpuesta.

Siguiendo a Windscheid (117) podemos agrupar estas teorías en los siguientes apartados:

(116) Larroumet, Christian. Droit civil. Les obligations le contrat. Tome III, 2^e. edition. Paris, 1990, pp. 99 y ss.

(117) Windscheid, Bernardo: Diritto delle Pandette, traducción del alemán al italiano por Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1925, tomo I, nota tercera al núm. 86, p. 284.

I.- Algunos autores como Arndts, Huschke, Fitting y Unger (118) sostienen que la existencia lisa de la voluntad es la que está puesta en duda mediante la condición, y afirman que el movimiento de la facultad volitiva no crea de inmediato una voluntad, una fuerza productiva, sino que la crea con la cooperación de una cierta circunstancia que es la realización del acontecimiento incierto señalado como condición.

II.- Otra opinión concede que en la declaración condicionada de voluntad se quiere efectiva y actualmente, pero que en caso de deficiencia de la condición no se quiere. Lo anterior se explica de varias maneras:

a) Se admite una doble voluntad, una afirmativa para el caso de cumplimiento de la condición y una negativa para el caso de deficiencia de la misma, tal es la tesis sostenida por Adickes. (119)

b) Brinz enseña: si existe o no actualmente una voluntad lo decide el futuro; si la condición se realiza existe al tiempo de la declaración de una voluntad; sino se realiza, no existe voluntad. La voluntad no existe sin el cumplimiento de la condición, pero si ésta se realiza existe antes que ella.

III.- Según la opinión de Holder en la declaración condicionada de voluntad viene a expresarse una voluntad actual, la voluntad de la declaración, pero es dudoso si existirá la voluntad negocial (del contenido de los efectos).

(118) citados por Windcheid: ibidem

(119) ibidem

Ninguna de las teorías expuestas nos parece satisfactoria y compartimos la opinión de Luigi Carriota Ferrara (120) en el sentido de que dichas teorías "deben rechazarse en cuanto niegan una verdad substancial: una voluntad dirigida al resultado práctico o (según la teoría general del propósito jurídico) a los efectos jurídicos, existe desde el principio, pues, en otro caso, la circunstancia (condición) que se realiza posteriormente, sería, por sí sola, la productora de las consecuencias jurídicas, es decir, sería el hecho jurídico; además, omitir, una doble voluntad es un mero artificio: ni siquiera puede imaginarse una voluntad suspendida o futura, porque ello convertiría en suspendido o futuro el negocio, cuando lo que puede imaginarse suspendida es sólo la calificación o consideración jurídica del mismo:"

En sentido semejante se expresa con razón Emilio Betti, para quien "la voluntad, como, en general, todo el supuesto concreto del negocio del que aquélla es un elemento, permanece siendo lo que es: un hecho pasado y, como tal, inmodificable, lo que pende, incierto y dudoso, no es por tanto la voluntad - que ha decidido al negocio. El valor vinculante de tal contenido está circunscrito a que se verifique o, respectivamente (si se trata de condición resolutoria, atendiendo a la hipótesis que se suele considerar más probable) a que no se cumpla la hipotética previsión. (121)

(120) Carriota Ferrara, Luigi: El Negocio Jurídico, traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo. Madrid. Ed. Aguilar, 1956 p. 548 núm 138

(121) Betti, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico, (traducción del italiano) por A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág 3386, núm 62.

El propio Betti afirma que el proceso volitivo se cierra con la conclusión del negocio condicional y que la voluntad de realizar el acto agota su función con el cumplimiento de éste, y como todo hecho perfecto, no puede estar expuesta a desaparecer en subordinación a una contingencia futura.

Valoradas en las líneas anteriores las opiniones de estos autores y desechadas las razones expuestas, debemos concluir como un primer punto que aun cuando se condicione un negocio jurídico, éste se forma y existe desde el momento en que se ha expresado la voluntad de otorgarlo, y que, por lo mismo, existe desde ese momento. Así, la condición no interfiere en la formación del negocio jurídico. "En tal caso -escribe Manuel Albaladejo- se dice, por brevedad, que el negocio es condicional, pero realmente no es el negocio, sino la producción de sus efectos la que se halla *sub condicione*. (122)

(122) Albaladejo, Manuel: El Negocio Jurídico. Barcelona. Ed. Bosch. 1958, p. 231, num. 132

LA CONDICION Y EL OBJETO

El objeto es uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, ya que sin él no existiría obligación. El objeto, siguiendo al civilista argentino Alterini, (123) es aquello sobre lo cual recae la obligación jurídica, es el "qué" de la relación. Puede ser definido como el bien apetecible para el sujeto activo, sobre el cual recae el interés suyo implicado en la relación jurídica. "En una palabra -Dice Barbero- es un *quid* del cual la relación extrae su razón de ser para el sujeto." (124) Por eso estamos de acuerdo con Arteaga y Arteaga (125) al decir que el "objeto de la obligación no puede ser la condición; si vendo un mueble bajo condición de que sea construido, no efectúo un contrato condicional, sino que vendo una cosa futura."

La mayoría de los autores españoles, especialmente Espín Cánovas, Puig Peña y Manresa (126) opinan que la compra-venta de

(123) op. cit., p. 50

(124) citado por Alterini: *ibidem*.

(125) Arteaga, Jesús María y Arteaga Carvajal, Jaime: *Curso de Obligaciones*. Bogotá. Ed. Temis. 1979. p.42

(126) Espín. op. cit., T. III. p. 401

cosa futura (127) es un contrato sujeto a condición. Espín lo expresa de la siguiente forma: "Si la cosa llega a nacer; por lo que si la cosa no llegara a existir, el contrato no produciría efectos y no habría obligación de entregar el precio". (128) Nosotros preferimos no hablar de condición para explicar los efectos de la compra de cosa futura, porque creemos, que la condición es una concausa de eficacia, pero que no absorbe todo el juego de ellas, como dice Falzea, y además, por las siguientes razones:

(127) La compraventa de cosa futura ha dado siempre lugar a discordancias de ideas y a construcciones doctrinales varias. Para exponer más claramente las diversas posiciones vamos a distinguir los dos requisitos particulares que caracterizan este tipo de venta: uno objetivo, la cosa futura, y otro subjetivo, la particular expresión de la voluntad de las partes.

Objetivamente: La cosa futura para que exista es preciso que, en el momento de la conclusión del contrato, el derecho que es objeto de la venta, no exista todavía, ni en el patrimonio del vendedor ni en ningún otro patrimonio. Son, pues, notas que tipifican la idea de cosa futura las siguientes:

a) la inexistencia de la cosa, que debe ser: actual o sea, no existir en el momento de la celebración del contrato; absoluta, es decir, inexistencia en ningún campo jurídico y finalmente que no exista como cosa considerada en sí, como individualidad autónoma.

b) la posibilidad de la cosa futura. Otro requisito que debe tener es la posibilidad de que le delegue a tener existencia real.

c) la licitud; la cosa futura ha de ser de tráfico lícito. Nuestro Código civil prohíbe expresamente que sea objeto de contrato la herencia de persona viva.

d) La terminación. La cosa futura debe ser determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

El problema se plantea en el elemento subjetivo ya que existen teorías que caracterizan a la venta de cosa futura como la derivación de una particular expresión de la voluntad de las partes, que la doctrina explica a través de las siguientes teorías:

a) Es una venta condicional.- Unos autores entienden que se trata de una venta sometida a condición suspensiva (Windscheid, Aubry et Rau, Gianturco, Cuturi, Castelbolognesi); si la cosa llegara a nacer. Otros autores la someten a una *conditio iuris* (Lorenzi), consistente en el mismo nacimiento de la cosa.

La doctrina más moderna niega la exactitud de esta teoría. Verdaderamente no cabe duda que la venta de cosa futura tiene ciertas analogías con la venta condicional, puesto que el nacimiento de la cosa determina la posibilidad material de entregar la cosa, mientras que su falta la excluye por completo. Pero no se debe aplicar aquí la doctrina de la condición. La condición es un elemento accidental del negocio jurídico, como dice Falzea, un coelemento de la eficacia de la obligación; la cosa vendida es un elemento estructural de la obligación de entregar la cosa, que no se puede poner como condición, porque sería negar que el contrato existe. Además, no se da el juego de la condición en cuanto su eficacia retroactiva, porque cuando la condición se cumple se retrotraen los efectos al momento de la celebración del contrato, mientras que en el caso de la venta futura los efectos derivados del nacimiento de la cosa se dan *ex nunc*, sin retroacción alguna (Rubino, Salisc).

b) Es una promesa de venta. (Gabba) Estos autores, movidos precisamente por la idea de que la cosa es uno de los elementos esenciales para la constitución de la compraventa, afirman que respecto a la cosa futura no se puede hablar de venta, sino de promesa de venta.

Es criticable esta posición, porque en la promesa de venta se precisa que existan los elementos objetivos de la venta: la cosa y el precio, con la diferencia que la voluntad de las partes tienen un contenido especial distinto. Si la cosa futura no puede ser objeto de compraventa, tampoco lo podría ser de la promesa, porque incluso en ésta es necesaria la existencia de la cosa determinada o por lo menos determinable.

c) Es un contrato en vía de formación. Bajo este epígrafe vamos a agrupar a todos aquellos autores que consideran que la cosa es el objeto del contrato; cuando la cosa no existe, como en el caso de la cosa futura, el contrato se verá privado de objeto en el momento de su celebración. Los autores, principalmente italianos, para soslayar el obstáculo del carácter real, que tiene la compraventa en su país, como en el nuestro, en el que basta el mero consentimiento para transmitir la propiedad de la cosa sin necesidad de tradición, acuden a diversos expedientes para explicar que la compraventa, que no tiene de momento un objeto, pueda producir efectos, y para determinar cómo son estos efectos.

* Lo que se condicionaría en todo caso no es el contrato, puesto que nace con todos los elementos estructurales o esenciales para su existencia, sino la obligación de entregar la cosa y todas las que tienen relación con la cosa, pero no las demás que hemos apuntado. Por tanto, el juego de la condición tendría un ámbito de aplicación más limitado, no al contrato, sino a ciertas obligaciones derivadas del mismo.

* Centrados en la obligación referente a la cosa, ésta cosa misma es un elemento estructural de la obligación, y no puede ser al mismo tiempo el acontecimiento condicional, puesto que la condición, como dice Falzea, es un coelemento accidental o marginal a la estructura de la relación jurídica en cuestión, y además debe ser incierta; un elemento esencial (la cosa de la obligación, no puede ser puesta en condición, porque sería negar su existencia); la obligación debe tener todos sus requisitos esenciales para que sea relevante, y lo que impida su eficacia debe derivar de fuera, no ser un elemento esencial.

* Efecto típico de la condición es su retroacción (*ex tunc*) cuando sobrevenga el evento condicional, mientras que en la venta de cosa futura todos los autores están de acuerdo (Rubino, Gazzara, Lipari, Salis...), en que los efectos son desde luego *ex nunc*, y la razón es obvia: no puede existir una obligación que tenga por objeto una cosa, antes de que la misma cosa exista.

ACONTECIMIENTO FUTURO E INCIERTO

La inmensa mayoría de los autores, (129) al igual que nuestro Código Civil señalan que la obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un *acontecimiento futuro e incierto*. Tiene semejanza con el término en que es un *acontecimiento futuro*, en cambio, se distingue de él esencialmente, y aún del término, llamado en la doctrina francesa, *incierto*, en que se trata de un *acontecimiento incierto*. En efecto, señala Bonnecase, el plazo incierto es un acontecimiento que fatalmente debe realizarse, pero cuya fecha de realización no se ha fijado; su ejemplo típico es la eventualidad de la muerte de una persona. Por el contrario, el acontecimiento constitutivo de la condición no debe realizarse necesariamente; ejemplo, un importador vende tantas toneladas de trigo, si el buque que las transporta llega felizmente a puerto.(130) La diferencia con el término en nuestro código radica, sin embargo, en que el acontecimiento futuro debe ser incierto, entendiendo por *incierto*, sobre si ha de llegar o no el día del acontecimiento. (131)

(129) Entre otros: Julien Bonnecase: op cit. p 499, Henry Capitant: op. cit. pp. 307-308, Federico de Casto: op cit. p.238, Clemente de Diego: Instituciones de Derecho Civil Español p.81, J. L. Lacruz Berdejo p. 65 y 166, Luis Ma. Rezzonica p. 518 y 519, Rodríguez Arias, Bustamante: Derecho de las obligaciones, p. 175; Alfonso Cosío, p. 205, Santiago Sentís Mellado, p. 559 Salvat, p. 525, J.Giorgi, p. 310, Eurico Giagrosso, p. 224, José Gomis Soler, p. 103 y 104.; Luis Ma. Rezzonio, p. 516, Planiol, p. 337, Giovanni Pacchioni p. p. 75; Luis Muñoz: p. 429, Pascual Marín Pérez p. 49; Manuel Mateos Alarcón, p. 34, Laurent, p. 53, 58 y 60. Julio Cueto Rua, p. 204 y 205; Pothier, p. 117.

(130) Bonnecase, Julien: Elemento de Derecho Civil, traducción por el Lic. José M. Cajica Jr. México, Ed. Cárdenas 1985, Tomo II p.499

(131) Art. 1955 del C. C.

La doctrina enseña que sólo un acontecimiento futuro puede constituir una condición, (132) Laurent, por ejemplo, se preguntó sobre si una obligación podría someterse a un acontecimiento pasado pero desconocido por las partes:

"Pothier define la condición en estos términos: un suceso futuro e (133) incierto que puede llegar o no llegar y del cual depende la obligación. El art. 1168 reprodujo esta definición. Resulta, que para que haya condición desde luego, se necesita que el suceso sea una cosa futura. El artículo 1181, contiene una definición diferente; asemeja a un suceso futuro el suceso actual, pero aún desconocido...".

Luis María Rezzonica, siguiendo a Salvat opina que efectivamente un acontecimiento pasado, aunque fuera ignorado por las partes no podría constituir condición, porque no sería incierto, y la obligación sería en tal caso pura y simple, como expresa Zachariae; sin embargo el Código Francés en su artículo 1168, el Uruguayo en su art. 1407, el Mexicano de 1870 y 1884, y algunos artículos de los códigos de ciertos estados de nuestra República admiten que un hecho pasado puede ser condición, siempre que los interesados ignoren si ha ocurrido o no. De modo, dice Salvat (134) "que este carácter de futuro está implícito en el de incierto, pues para ser incierto un evento, para que exista la necesaria incertidumbre objetiva, debe ser futuro: un suceso pasado puede ser ignorado, pero no por eso deja de existir y es cierto".

(132) Laurent, F : Principes de Droit Civil. Paris. Tome Dix-septieme. 5a. ed. n.35 p. 54

(133) se respeta la ortografía de la traducción.

(134) cfr. Salvat, op. cit. no. 624 y Rezzonico, Luis María p. 526

Baudry Lacantinerie et Barde, (135) por su parte sostiene que un acontecimiento incierto significa que debe ser susceptible de acaecer o de no acaecer. No bastaría que la incertidumbre existiera por error en el espíritu de las partes; es indispensable que la realización del acontecimiento, considerada en si misma, sea incierta. En una palabra, se necesita una incertidumbre objetiva y no solamente una incertidumbre subjetiva.

Citaremos a continuación el texto vigente y sus fuentes directas e indirectas:

(Código del 28) Art. 1938: "La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto".

(Código del 70) Art. 1445: "La obligación es condicional cuando depende de un acontecimiento futuro e incierto, bien sea suspendiéndola hasta que ésta exista, bien sea resolviéndola; según que el acontecimiento previsto llegue o no llegue a verificarse."

(135) T. XIII, núm 751

(Código del 84) Art 1329: "La obligación es condicional cuando depende de un acontecimiento futuro e incierto, bien sea suspendiéndola hasta que éste exista, bien sea resolviéndola, según que el acontecimiento previsto llegue o no llegue a verificarse."

Art. 1330: "También puede constituirse obligación condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes".

(Proyecto de Justo Sierra) Art. 1069: "La obligación es condicional, cuando depende de un acontecimiento futuro o incierto, y un pasado con tal que se ignore, bien sea suspendiéndola hasta que ésta exista, bien resolviéndola, según que el acontecimiento previsto llegue o no llegue a existir o conocerse."

(Proyecto de García Goyena) Art 1030: "La obligación es condicional, cuando depende de un acontecimiento futuro o incierto, bien sea suspendiéndola hasta que éste exista, bien resolviéndola, según que el acontecimiento previsto llegue o no llegue a existir. También puede constituirse obligación condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes".

"Es el artículo 1169 Francés, hasta "o pasado", etc. Le siguen el 1121 Napolitano, 1260 Sardo, 867 de Vaud, 1289 Holandés, 2016 de la Louisiana, 100 Prusiano, título 4, parte 1:

el artículo 897 Austriaco dice generalmente: "En cuanto a las condiciones expresadas en los contratos, se siguen la mismas reglas prescritas para las disposiciones testamentarias".

Conforme con el párrafo 4, título 16, libro 3, Instituciones y leyes 8, título 4, Partida 6, 12 y 16, título 11, Partida 5.

"Incierto: porque si fuere cierto que ha de realizarse el suceso, o lo que es lo mismo, que ha de existir y cumplirse la condición, deja ésta de serlo propiamente; como si se dijese: "te daré cuando yo muera, cuando tú mueras".

La obligación, en tal caso, es pura y se transmite, así como el derecho a los herederos es una obligación a plazo, aunque éste sea incierto, sobre el cuándo ha de existir; y hasta que exista, queda en suspenso la ejecución o cumplimiento, leyes 16, 17 y 18 título 5, libro 12 del Digesto y 12 título 15, Partida 5.

"O pasado, etc. Ninguno de los Códigos citados pone éste caso como de verdadera condición, limitándose a decir "suceso futuro, e incierto:" sin embargo, el 1181 Francés, seguido por otros, la iguala bajo el aspecto: del artículo 1039 con las palabras "El deudor puede, etc."

El párrafo 6, título 16, libro 3, Instituciones, la ley 12 citada de Partida, y la 2, título 4, Partida 6, lo rechazan expresamente, porque no recae sobre cosa dudosa: "mayor que lo es a aquel que la pone, porque o sabe si es así o no: luego que

la fase, finca por ello obligado, si es verdad; o si no, finca desobligado: "la condición referente a tiempo pasado", no es propiamente condición; y sin embargo, *figura et conceptione verborum, condiciones, sunt, est vim talium non habeant*; leyes 39, título 1, libro 12 y 69, título 5, libro 48 del Digesto: sólo en éste sentido puede pasar el lenguaje de éste artículo; pero las palabras no alteran la realidad de las cosas. Por lo mismo, la cosa objeto del contrato cambia, o puede cambiar de dueño, desde el mismo instante, según resulte cierto o incierto el hecho a que se refiere, y corre a riesgo del que realmente lo sea.

"Te compro tal cosa en tanto, si mi hijo que está en Manila vive." Si después resulta que mi hijo vivía a la fecha del contrato, yo habré adquirido desde la misma, el dominio de la cosa, y si ésta perece por caso fortuito, aún antes de haberse sabido que mi hijo vivía, habrá perecido para mí, como verdadero dueño, a pesar de que no podía reclamar su entrega." (136)

(Código de Napoleón) Art. 1168: "*L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dependre d'un événement futur e incertain, soti en la suspendant jusqu'a ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas*".

(136) García Goyena, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Zaragoza, s/Ed. 1974 pp. 553 y ss

Resulta de gran interés, la original opinión de E. Betti, quien llama condición, tanto la previsión hipotética de un evento futuro y objetivamente incierto como también éste evento mismo, en cuanto la parte haga depender de su realización el valor vinculante del negocio. Propiamente, condición es una disposición de la parte que enlaza por un nexo hipotético el precepto del negocio a una determinada previsión para suspender o resolver, al producirse la regulación de intereses establecida. Para éste autor, la voluntad como elemento del negocio, permanece siendo lo que es: un hecho pasado y como tal inmodificable, lo que pende incierto y dudoso no es por lo tanto la voluntad, que ha engendrado al negocio, sino únicamente la regulación de intereses que constituye el contenido preceptivo del negocio, de donde se concluye que objetivamente considerada, la nueva situación jurídica consiste en el nacimiento de la nueva relación o la extinción de la relación originada; está vinculada por el Derecho un supuesto de hecho complejo del que el negocio constituye ciertamente el elemento fundamental pero no el único; supuesto que consta de los elementos: negocio mas un hecho o acontecimiento elevado a condición.

Lacruz Berdejo, en torno a la exigencia de la incertidumbre del hecho puesto como condición señala que "no ha sido siempre suficientemente valorada en cuanto a su verdadera significación, y ordinariamente al requisito de ser incierto; el acontecimiento condicionante se añade también el de que ha de ser futuro, lo que

es inadecuado por innecesario, puesto que el que sea el acontecimiento objetivamente incierto ya implica que ha de ser futuro." (137)

Este mismo autor califica de incorrecta e intrascendente la definición de condición, puesto que la incertidumbre es esencial al hecho para que pueda ser puesto como condición,..." tanto si su certidumbre objetiva es absoluta (*dies certus an, certus quando*: el 17 de mayo de 1992) como si es relativa (*dies certus an, incertus quando*). el momento de la muerte de una determinada persona). A la condición necesaria, a la que falta la incertidumbre, se refiere acertadamente como término o plazo de la eficacia del contrato."

"En cuanto a la posibilidad de que se ponga como condición un suceso pasado que los contratantes ignoren, su admisibilidad parece que ha de basarse en la incertidumbre subjetiva que la ignorancia de los interesados sobre la realización del suceso imprime a la dinámica contractual, siendo esencialmente la misma idea de querer quedar a cubierto de un riesgo, la que juega tanto en la incertidumbre objetiva de la condición verdadera como en éste caso de incertidumbre subjetiva. De todas maneras, la posibilidad de poner como condición un hecho ya ocurrido -que más bien viene a significar como indica Betti, una reserva, puesto que se subordina la eficacia del negocio a la comprobación de una circunstancia presente o pasada- debe considerarse como anómala

(condición impropia), que se admite precisamente en función de la ignorancia de los contratantes que consideran el evento condicionante como propiamente incierto.

La incertidumbre del acontecimiento que se pone como condición para que desenvuelva su eficacia el contrato, requiere que sea dudosa su realización, pero no incluye también necesariamente la incertidumbre del momento en que, si se realiza, tendrá lugar el suceso *dies incertus an, incertus quando*: si contrae matrimonio una persona, bastando la incertidumbre genérica respecto del hecho fundamental, aunque sea previsible, si se cumple, el momento de su realización (*dies incertus an, certus quando*: si una persona alcanza la mayoría de edad). Por eso dispone el art. 1955 de nuestro código civil, ya citado, que si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional. (138)

Planiol (139) categóricamente afirmó que "un suceso pasado o presente no constituye una condición aún cuando las partes, en el momento de contratar, ignoren si ha ocurrido o no. Un suceso futuro y no incierto, como la muerte de una persona que constituye un plazo y no una condición".

En el Código Civil alemán, nos dice Walter Frisch, (140) no se contiene disposición expresa, tampoco puede derivarse del

(138) Lacruz Berdejo, Jose Luis: op. cit. p.166 y ss.

(139) cfr. Lacruz Berdejo op. cit p. 166 y ss.

(140) Planiol op. cit. no. 1024

texto de sus preceptos la posibilidad de elaborar argumentos respecto de la exigencia objetiva de la condición como acontecimiento futuro. Sin embargo los comentaristas del Código opinan unánimemente que tanto la condición contractual como la testamentaria, deben referirse a un acontecimiento objetivamente futuro. Las demás condiciones, ésto es, aquéllas ya cumplidas objetivamente, se contemplan, aun cuando subjetivamente las partes ignoren tal circunstancia, como condiciones impropias o aparentes (*conditiones in praesens vel praeteritum collatae*).

Consideramos que el fundamento de ésta argumentación puede encontrarse en la interpretación histórica del Código Civil alemán, a través de la historia de su creación y en el análisis de los proyectos de los textos así como en el de la estructuración del concepto de condición. Esto puede explicarse en el caso de que las condiciones ya cumplidas, el contrato o en su caso, el testamento, deben considerarse como puros.

ARBITRARIEDAD.

Además de que el acontecimiento sea futuro e incierto se requiere una tercera característica unánimemente exigida por la doctrina para que haya condición: que ésta tenga su exclusivo fundamento en la libre voluntad de las partes y no en la necesidad jurídica. De aquí que algunos escritores digan que la condición debe ser establecida de un modo arbitrario. Freitas, en el inciso del artículo 568 de su proyecto dice: "No habrá condición en el sentido del artículo anterior: 1.- si la cláusula de la adquisición o resolución del derecho no hubiere procedido exclusivamente de la voluntad de los agentes, pero resultare necesariamente de la naturaleza del derecho, de acuerdo con las leyes o principios que la rigen." (141)

Baudry - Lacantinerie et Barde (142) refiriéndose a este requisito, dicen que la condición procede siempre directamente de la intención de los contratantes o del testador.

(141) Citado por: DE GASPERI, Luis: Tratado de Derecho Civil, Teoría General de los hechos y actos jurídicos. Buenos Aires. Ed. Tea. 1964, p. 294

(142) op. cit. T. III. p. 2, num. 746

En el mismo sentido, Huc enseña que las condiciones tácitas llamadas *conditio iuris*, derivadas de la ley, no son meros accidentes, sino elementos constitutivos o esenciales del acto. La condición, por ejemplo, de pagar el precio en la venta, no podría suprimírsela en el contrato, sin destruir la operación considerada. (143)

Cuando el legislador, en ausencia de toda convención, dispone que un acto jurídico válidamente formado dejará de producir sus efectos si tal o cual acontecimiento se produce, se dice que hay causa legal resolutoria y no condición resolutoria.

Esmein, Radouant y Gabolde (144) dicen a este propósito que si la subordinación del derecho al acontecimiento futuro e incierto es el efecto de una disposición de la ley o de una necesidad material, el derecho no es condicional, sino simplemente eventual.

No debe confundirse la condición resolutoria verdadera y propia con el pacto comisorio tácito de los contratos comerciales, de los que trataremos más adelante. Por el momento sólo adelantaremos que Giorgi (145) comparando el pacto comisorio con la condición resolutoria, caracteriza a aquél como sigue:

(143) op. cit. T. VII. p. 322, num. 241

(144) op. cit. T. VII. p. 332, num. 1024

(145) op. cit. T. IV. p. 210, num. 204

1.- La resolución del contrato no ocurre *ipso iure*, sino por declaración del juez.

2.- La parte respecto de la cual no se ha ejecutado el contrato, tiene el derecho, o de pretender su cumplimiento, o de pedir la resolución con daños y perjuicios

3.- La resolución debe pedirse al tribunal

4.- El tribunal, además de rehusarla en absoluto, puede conceder a la parte que no la ha cumplido un término para ejecutar el contrato.

Nuestro código nada dispone sobre el requisito de la "arbitrariedad" de la condición. No obstante, debe dársele por sobreentendido, pues forma parte de la doctrina universalmente aceptada en esta materia.

LA CONDICION Y LOS OTROS ELEMENTOS LLAMADOS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO JURIDICO.

Resultan evidentes la gran conexión que existe entre la condición, el término y el modo. Estos elementos unánimemente conocidos en la doctrina como accidentales se refieren a que los fines del *minimum* que es necesario para la validez del negocio; pueden indiferentemente, existir o no existir. (146) Estos elementos, señala Messineo, considerados en su conjunto, son calificados también como *autolimitaciones* o *autodeterminaciones* de la voluntad, para indicar que a ellos queda subordinada la eficacia, o la persistencia de la eficacia del negocio (pero no la validez del mismo, que es independiente). No es que queden influenciadas sus declaraciones; el influjo se ejerce sobre lo que es querido, o sea, sobre el contenido de la voluntad, en el sentido de que, respecto de tal contenido, la voluntad está sujeta a lo que se quiere.

(146) Messineo, Francesco: op. cit. p.44

LA CONDICION Y EL TERMINO

En oposición a la condición, el término es un acontecimiento futuro de realización cierta, de cuyo cumplimiento depende únicamente la exigibilidad de la obligación, bien sea aplazando sus efectos a partir de cierta fecha, o bien dando término a la relación jurídica, hasta cierto momento, pero sin efectos retroactivos. Por lo tanto, el término se distingue de la condición en los siguientes aspectos:

1.- El término es un acontecimiento de realización cierta, la condición es de realización incierta.

Nuestro artículo 1955 establece:

"Si la incertidumbre consistiere en si ha de llegar o no el día, la obligación será condicional y se regirá por las reglas que contiene el Capítulo que precede".

2.- Del plazo depende el cumplimiento de la obligación, en cambio de la condición, lo que está pendiente es la existencia o la resolución.

3.- En el término suspensivo se difieren o aplazan los efectos; en el extintivo se termina la relación jurídica, pero sin efectos retroactivos.

En cambio, en la condición suspensiva no nace la obligación, sino hasta que se verifique el acontecimiento, y una vez realizado, la obligación se declara existente en forma retroactiva desde que se otorgó.

En la condición resolutoria la obligación nace como pura y simple; pero cumplido el acontecimiento se extingue retroactivamente, destruyendo todos los efectos causados; en cambio, en el término extintivo, efectuado el acontecimiento futuro, no se destruyen los efectos ya realizados.

Sobre esta distinción Rojina Villegas (147) presenta los siguientes ejemplos: "Supongamos un préstamo sujeto a plazo, en que se fija para el mutante el término de un año para que se haga exigible su obligación; simplemente se difieren los efectos de la obligación de entregar por un año, pero esta obligación ya ha nacido y sus efectos se aplazan únicamente.

En cambio, una obligación sujeta a condición suspensiva, en el caso del préstamo, estipularía que si se cumplía cierto acontecimiento incierto, el deudor quedaría obligado; como el acontecimiento puede o no efectuarse, la obligación no ha nacido; si nace, surte sus efectos hasta la llegada del mismo.

(147) Rojina Villegas, Rafael: Derecho Civil Mexicano. México. Ed. Antigua Librería Robredo. Tomo V, Vol. III. 1952. p. 454.

En el segundo caso, el término extintivo difiere radicalmente de la condición resolutoria; supongamos un mutuo a término, al llegar el plazo, concluye el contrato, y los efectos causados no se destruyen retroactivamente, porque el plazo no tiene como finalidad afectar a la obligación en su existencia, de tal manera que efectuado el acontecimiento se destruyan todos los efectos de la relación jurídica. En cambio, veamos un mutuo sujeto a condición resolutoria; si se realiza el acontecimiento previsto, se resuelve entonces el contrato, es decir, se extingue; pero con efectos retroactivos". (148)

"Existe una modalidad que se llama plazo incierto, que es un acontecimiento futuro, de cumplimiento necesario, pero cuyo día o momento de realización se desconoce. En rigor, a pesar de ser un plazo incierto, tiene todas las características del término, porque es un acontecimiento futuro que necesariamente habrá de efectuarse y en esto se distingue de la condición. Simplemente se ignora el día en que habrá de cumplirse aquel acontecimiento; por ejemplo, un contrato de seguro de vida depende de un plazo incierto; la muerte del asegurado, acontecimiento que necesariamente habrá de efectuarse, pero que se ignora el día que ocurrirá.

Tiene, entonces, el plazo incierto todas las consecuencias que jurídicamente se aplican al término.

LA CONDICION Y EL MODO.

A diferencia de la condición y del término, que forman cuerpo con la declaración de voluntad, el *modus* queda, en cierta forma, separado e independiente de ella, en la opinión de Marín Pérez Pascual. (149) Este autor considera que el modo no incide sobre la eficacia del negocio; por consiguiente, *no lo suspende*. El negocio es inmediatamente eficaz.

El maestro López Monroy (150) nos dice que la carga en el derecho civil, ha sido entendida como un deber que se impone a un sujeto que recibe una liberalidad. Por eso el campo de aplicación será en los actos jurídicos de liberalidad entre vivos o por causa de muerte. El que realiza un acto de liberalidad puede que tenga interés en que ese acto se sujete a la condición de que se realice determinada conducta para beneficio del sujeto. En este caso hablamos de cargas en las donaciones que las convierten en onerosa, en función de la imposición de algunos gravámenes; no se trata de satisfacer caprichos absurdos del donante y por eso se señala que si la donación se hace con la carga de pagar las deudas del donante, sólo

(149) op. cit. p.471 y ss.

(150) cfr. la voz carga, en el Diccionario Jurídico Mexicano. op. cit. p. 416 y ss.

se entenderán comprendidas las que existan con fecha auténtica al tiempo de la donación; de todos los bienes del donante; estará obligado a pagar todas las deudas del mismo, anteriormente contraídas, pero sólo hasta la cantidad concurrente con los bienes donados y siempre que las deudas tengan fecha auténtica; de ninguna manera el donatario está obligado con sus bienes propios e incluso se le faculta para sustraerse a la ejecución de cargas abandonando la cosa donada y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación. (151)

Como se puede ver el *modus*, como nos dice Castellani, (152) se distingue de la condición suspensiva en que no limita la eficacia del negocio, sino la entidad del enriquecimiento, del que recibe el honor y sufre la carga; la donación modal y la disposición testamentaria modal, aun sufriendo una disminución, son inmediatamente eficaces ya que la condición suspende, no constriñe. (153) El modo se distingue de la condición resolutoria (especialmente potestativa, porque la donación modal es definitivamente eficaz y no queda expuesta a perder eficacia, como por efecto de la condición resolutoria cumplida).

(151) aa. 2336, 2353, 2355 y 2368 del código civil.

(152) Giurisprudencia italiana, 1951, tomo I. p. 99

(153) cfr. Savigny: Sistema. op. cit. p. 304

La diferencia del modo respecto del término inicial, es también muy clara, puesto que el primero pone límites, no a la eficacia del negocio, sino al alcance económico o jurídico del mismo. (154)

La naturaleza jurídica del *modus* es controvertida. Sin exponer las teorías que se han formulado sobre la materia, aceptamos que el *modus* pueda ser considerado como *causa* del negocio, en cuanto se haría del modo una contraprestación y se desnaturalizaría el concepto del negocio a título gratuito. Acaban de ponerse de relieve, además, sus diferencias respecto de la condición.

El modo se debe considerar, en cambio, como un motivo particularmente relevante, en el sentido de que, por la voluntad del disponente, el cumplimiento del modo adquiere importancia decisiva, tanto que el incumplimiento del mismo puede dar lugar a reacciones antes señaladas; motivo relevante, pues, que modifica el contenido de la voluntad del disponente. Así, el cumplimiento del modo adquiere importancia decisiva, tanto que el incumplimiento del mismo puede dar lugar a las reacciones antes señaladas; motivo relevante, pues, que modifica el contenido de la voluntad del disponente, en cuanto es conocido del que sufre la carga y aceptado por él; el modo no modifica en absoluto el

(154) Marín Pérez Pascual, op. cit. p. 473.

contenido de la voluntad negocial y, de reflejo, la entidad económica o jurídica del objeto de negocio, como ya se ha señalado. (155)

En conexión con el modo, es necesario recordar el concepto de presuposición, si bien para señalar que el mismo es generalmente rechazado por la doctrina corriente.

Por presuposición se suele entender una especie de condición, no del todo desarrollada y en embrión o, más exactamente, un motivo particularmente relevante, por ser determinante de la voluntad, bien que sin llegar a ser condición: motivo que opera como previsión de determinados efectos del negocio y al que se subordina la declaración de voluntad. Como tal, la presuposición no es parte del contenido del negocio; pero si era conocida también de la contraparte, la misma reaccionaría en el sentido de que, de no realizarse la previsión en que esa presuposición consiste, el negocio debería ser resuelto.

(155) Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, Palermo, 1909. Citado por Marín Pérez Pascual en op. cit. p. 472.

LA CONDICIO IURIS

La doctrina ha discutido largamente la posibilidad de que existan, junto a las condiciones voluntarias, las condiciones legales o *conditio iuris*. Otro de los puntos polémicos, íntimamente vinculado al anterior, es el de si la condición es un género, que tiene como especies la voluntaria y la legal.

Díez Picazo y Antonio Gullón afirman: "la *conditio iuris* supone la subordinación de la eficacia del negocio jurídico, por disposición de la ley, al cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto." (156)

"Sin embargo, la denominación de *conditio iuris* es impropia, porque no es tal condición semejante a la condición voluntaria. Esta es extraña, marginal, al supuesto de hecho, al cual el ordenamiento jurídico reconoce efectos jurídicos. Estos efectos penden del evento condicionante, que, repetimos, es marginal o exterior. En cambio, en la impropriamente denominada *conditio iuris* nos encontramos ante elementos que forman, por voluntad del ordenamiento, parte del supuesto de hecho requerido para dar lugar al desencadenamiento de los efectos jurídicos.

(156) op. cit., p. 144

Es un presupuesto legal de eficacia del negocio. Se inserta en el esquema formal previsto por la ley para determinados tipos de negocios." (157)

Sin embargo, la condición voluntaria es extraña, accidental, para aquel esquema. Una donación sometida a condición no es un supuesto de hecho en el que la condición forma parte de él. Está aislada del esquema formal y legal de la donación, porque la ley no la requiere. En cambio, "si el tutor necesita autorización judicial para repudiar una herencia dejada al pupilo, el supuesto de hecho (reputación de la herencia) no está completo sin ésta autorización." (158)

Messineo opina que esta *conditio iuris*, no es verdadera y propia condición y, por consiguiente, tampoco elemento accidental; es la figura principal de las llamadas condiciones impropias: la misma constituye, más bien, un presupuesto lógico, de naturaleza legal, o bien un requisito objetivo, al que está subordinada la "eficacia y, alguna vez, la validez del negocio". (159)

La doctrina suele decir que la *conditio iuris* es de ordinario, suspensiva. (160)

(157) *ibidem*

(158) *ibidem*

(159) *op. cit.*, p. 467

(160) Dernburg, Eisele, Leonhard, Ennecerus, Korman, Ranelletti, Polacco, Oertmann citados por Barbero Domenico: *op. cit.*, p. 64 y ss.

Por nuestra parte consideramos que las *conditio iuris* no son verdaderas condiciones, pues les falta un elemento muy importante, que es la voluntad de las partes de desear someter la existencia de una obligación a un acontecimiento futuro e incierto. Así lo ha definido la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (161)

Como se puede ver la *conditio iuris*, a diferencia de la condición propia, no constituye parte del acuerdo de voluntades, en cuanto tiene su raíz en la ley, o en la misma finalidad objetiva del negocio, y por eso es un hecho extrínseco, lógicamente preexistente al negocio.

Por tanto la *conditio iuris* influye sobre la suerte del negocio, pero influye extrínsecamente y no, como la condición propia, intrínsecamente. Mientras la condición propia es un elemento intrínseco del negocio, producido por la voluntad de las partes, la *conditio iuris* es un presupuesto legal, de naturaleza objetiva.

(161) OBLIGACIONES CONDICIONALES.- Al vocablo "condición" suelen dárseles las más diversas connotaciones dentro del lenguaje jurídico, pues en ocasiones se emplea para designar un elemento esencial de un contrato o una contraprestación del mismo, o bien, para indicar el supuesto que deben realizarse para la aplicación de una norma legal; pero no obstante lo anterior, la doctrina considera qué condición es "la restricción que une arbitrariamente la existencia de una relación de derecho a un acontecimiento futuro e incierto" (Savigny). Para Georgi condición es: "la relación arbitraria entre la obligación y un acontecimiento futuro e incierto, por la cual se hace depender la eficacia o la resolución de la obligación misma, del hecho de verificarse o no el acontecimiento". De las definiciones precedentes cabe deducir que según la doctrina, para que haya condición no basta subordinar la existencia de un acto jurídico a un acontecimiento futuro e incierto, sino que también es necesario que tenga como fundamento la libre voluntad de las partes y no una necesidad jurídica.- Amparo directo 2696/73. Maderera y Agrícola Ganadera de Campeche, S.A. 27 de julio de 1977. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Mauro Miguel Reyes Zapata.- Informe 1977. Sala Auxiliar. pp. 39.

Esta materia de la *conditio iuris* es muy controvertida a causa de la diversa amplitud que los distintos autores asignan al correspondiente concepto, hasta hacer de él uno de los diversos posibles *requisitos legales* del negocio; con lo que es necesario reconocer que su utilidad se hace problemática y que su afinidad, aún parcial, con la condición, viene a desvanecerse.

Nuestro código habla de condición en los siguientes artículos, entendiéndose por ella un concepto diverso al de acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender la existencia de una obligación.

CLASIFICACION DE LAS CONDICIONES.**CASUALES, POTESTATIVAS Y MIXTAS:****CASUALES.**

Forman el primero de los grupos enunciados aquellas condiciones cuya realización no depende en manera alguna de la voluntad de los obligados, sino del "acaso o de la voluntad de un tercero no interesado en el contrato" (art. 1449 del c.c. del 70 y art. 1333 del c.c. de 1884), son de uso frecuente y podemos afirmar que consituyen las condiciones por excelencia. La ley asimila la voluntad de un tercero no interesado en el contrato al acaso, porque, como éste, no depende del arbitrio de los contrayentes y produce respecto de ellos el mismo efecto que aquél. (162)

El código de 1928, en el capítulo de obligaciones condicionales no ha reproducido esta clasificación, probablemente por considerar que la misma más bien pertenece a la doctrina, pero no la rechaza, ya que alude a ella en los artículos 1352, 1353 y 1356 relativos a los testamentos.

(162) Mateos Alarcon: op. cit., T. 3., p. 82

POTESTATIVAS.

Son aquéllas que, como su nombre lo indica, consisten en hechos cuya realización o no realización está bajo el poder de los obligados (puramente potestativas), o bajo este poder y una circunstancia externa (simplemente potestativas); daría ejemplo de las primeras la que se enunciase sencillamente "quedaré obligado si me place hacer tal cosa", o bien, "me obligo hasta que quiera dejar de hacer tal otra." Estas condiciones puramente potestativas, puesto que dependen de la exclusiva voluntad del deudor, anulan la obligación. El art. 1944 del c.c. lo establece expresamente:

"Cuando el cumplimiento de la obligación depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula".

La razón del precepto legal transcrito es obvia: una obligación supeditada a la condición de que el obligado quiera obligarse, es contraria a su naturaleza jurídica, sería ilógico que alguien pretendiese obligarse diciendo al mismo tiempo "si quiero, si me place". Del propio artículo dedúcese, a contrario sensu, que cuando el cumplimiento de la condición depende de la voluntad del acreedor, la obligación condicional es válida, (163) por ejemplo: "te daré una cantidad N de dinero si derrumbas un árbol que obstruye la vista a mi propiedad" (tomado de Pothier).

(163) Gual Vida, Manuel: Apuntes tomados en su cátedra de obligaciones, versión de mimeógrafo del año 1939

La sanción legal de la venta a ensayo o a prueba (art. 2257) que no es otra cosa que dejar a voluntad del acreedor el que dicha venta produzca sus efectos, es otro ejemplo que confirma nuestra aseveración.

Urge no confundir la obligación condicional en que el acreedor tiene el poder de realizar el hecho fijado como condición, con otras instituciones similares:

a) Con la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligación, porque en este caso se tiene una obligación completa y eficaz que produce todos sus efectos. (164)

b) Con la policitud u oferta que constituye el primer elemento en la formación del consentimiento, porque en esta hipótesis la aceptación de la otra parte, que podría estimarse falsamente como la condición cuyo cumplimiento está bajo el poder

(164) Benjamín Flores Barroeta en su artículo: La declaración unilateral de la voluntad como fuente especial de obligaciones, publicado en los estudios jurídicos en honor de Manuel Borja Soriano. op. cit., p.331; se plantea, siguiendo a su maestro Borja Soriano, si la declaración unilateral de voluntad es o no fuente de las obligaciones. El código napoleónico no la reconoce como fuente de las obligaciones, disposición recogida por los códigos del Distrito y Territorios federales de 1870 y 1884, caso contrario al código alemán que si la reconoce como fuente de las obligaciones. De igual forma existen controversias entre los doctrinarios a este respecto. Pero el código civil de 1928 si la reglamenta como sabemos, como fuente de las obligaciones.

La opinión del maestro Borja Soriano al respecto es que considera a la declaración unilateral de voluntad como fuente excepcional de obligaciones y no como una fuente general de las mismas como es el caso del contrato, "no existe un precepto general que reconozca que siempre que una persona declara que quiere obligarse dará nacimiento a una obligación. Los demás estudiosos sobresalientes del derecho mexicano se expresan de forma semejante - De Pina, Gutiérrez y Gonzáles y finalmente Rojina Villegas hace un estudio muy detallado al respecto. Flores Barroeta finaliza diciendo que la declaración unilateral de voluntad es una figura que hace nacer, a cargo de su autor, una obligación, sin el concurso de otro querer que se le viniera a sumar, al mismo tiempo que hace derivar, en beneficio de otra u otras personas, un derecho, sin que el arbitrio de éstas últimas cuente; pero si bien es cierto que fue en ejercicio de su libertad por lo que hizo la oferta, en uso de igual soberanía podría retractarse, retirar la promesa, destruirla, sin que el negocio llegara a formarse, y es el hecho que, por el contrario, el emitente es presa de su palabra y queda vinculado ineludiblemente al surgir a su cuidado el deber de cumplir, sin posibilidad de escape.

de la voluntad del acreedor, es requisito de existencia del vínculo obligatorio.

Relacionada con la nulidad con que se sanciona el acto condicional sujeto a condición puramente potestativa por parte del deudor, hemos encontrado la opinión de algunos autores (165) en el sentido de que dicha nulidad no tiene aplicación cuando se trata de condición resolutoria, dado que ésta no es condición, propiamente hablando, del contrato, sino de su resolución. Citan en apoyo de su tesis el reconocimiento legal de la venta con pacto de retroventa que en opinión de los citados tratadistas no es otra cosa que una venta sujeta a condición resolutoria puramente potestativa.

Creemos que las opiniones de los autores en cita son falsas, o, por lo menos, inaplicables en nuestro ordenamiento civil. Efectivamente, en éste se prohíbe de manera expresa pactar condiciones potestativas cuando dependen de la voluntad del deudor exclusivamente, (art. 1944) es decir, se sanciona con la nulidad de la obligación, y como no se hace distinción entre la condición suspensiva y la resolutoria para dejar fuera de la regla a ésta, debemos concluir que el precepto invocado se refiere a ambas especies de condiciones, toda vez que de acuerdo con un principio de exégesis, el intérprete no debe distinguir donde el legislador no lo hace.

(165) Giorgi, op. cit., n. 304; Laurent, op. cit., n. 65 y ss.

Por otra parte el argumento legal que invocan los autores cuya tesis refutamos y que se refiere a la venta con pacto de retroventa, (166) no puede hacerse valer en nuestro Derecho que lógico y congruente la prohíbe expresamente (art. 2302) (167)

(166) Aunque, como estudiaremos más adelante el pacto de retroventa está prohibido más por razones históricas - causa de usura - que por motivos doctrinales.

(167) Antes de pasar al estudio de las condiciones mixtas, expondremos, sin embargo, las dos especies de condiciones potestativas en la doctrina francesa:

"Hay dos especies de condiciones potestativas: La condición simplemente potestativa que supone de parte del interesado, no solamente una manifestación de voluntad, sin el cumplimiento de un hecho exterior, por ejemplo: si usted se casa, si usted va a habitar en París, si usted vende su casa; la condición puramente potestativa que depende únicamente, exclusivamente de la voluntad y puede, por consiguiente, formularse así: si quisiera, si lo deseo, si lo juzgo a propósito; por ejemplo, en un arrendamiento de doce años, el arrendador se reserva el derecho de revisar a su voluntad el precio del arrendamiento a la expiración del sexto año y del noveno año sin que un máximo se haya fijado a esta revisión... La condición simplemente potestativa de parte del que se obliga no impide la formación de la relación de derecho. La obligación del deudor es válida porque, si depende en cierta medida de un acto voluntario de su parte, está también subordinada, en parte, a contingencias de las cuales no es dueño. Por ejemplo, convengo con usted en que si me decido a enajenar mi casa se la ofreceré a usted antes de proponerla a otra persona. La obligación depende de mi voluntad, pero, a consecuencia de circunstancias que pueden producirse, estaría quizá obligado o cuando menos tendría quizás un interés decisivo, cierto día en vender mi casa... La condición puramente potestativa, es decir, la que depende de la pura voluntad del deudor, destruye, en todos los casos, la eficacia del vínculo jurídico. Es evidente, en efecto, que una persona no está seriamente obligada cuando dice: yo venderé a usted mi casa o bien lo haré a usted una donación si lo juzgo a propósito... Dos observaciones son necesarias aquí. Desde luego, la obligación es válida si la condición puramente potestativa depende, no de la voluntad del deudor, sino de la del acreedor. Ejemplo: Me obligo a prestar a usted diez mil francos el primero de enero, si usted lo quiere. Le doy a usted en arrendamiento mi casa y le prometo vendérsela en veinte mil francos al fin del arrendamiento, si usted lo desea. Aquí, en efecto, el deudor contrae una obligación firme a la cual no puede sustraerse. En segundo lugar, la condición, aun puramente potestativa, de parte del deudor, no anula el contrato, cuando es resolutoria. En este caso el contrato es puro y simple; las obligaciones que crea nacen inmediatamente, pero cada una de las partes se reserva el derecho de resolverlo cuando lo quiera" (Colin et Capitant: op. cit., T II, p. 367, núm. 393.

Por último, (168) creemos que la misma razón que hay para decir que quien se obliga, "si quiere", no se obliga en realidad, existe para aducirla en la hipótesis de que alguien pretendiera obligarse "hasta que le plazca". Piénsese en el resultado práctico de una convención en tales términos, de una venta, por ejemplo.

CONDICIONES MIXTAS.

La tercera clasificación que examinaremos serán las condiciones mixtas, o sea, aquellas condiciones consistentes en hechos que al mismo tiempo que dependen de la voluntad de las partes y se supeditan parcialmente a circunstancias ajenas a dicha voluntad. Nótese que se asimilan a las condiciones simplemente potestativas, pero a diferencia de éstas en las que el concepto de voluntad se refiere exclusivamente al deudor, en las que examinamos también se incluye la del acreedor.

(168) Manresa opina que " La primera parte del art. 115, en cuanto declara nula la obligación sujeta a condición que dependa exclusivamente de la voluntad del deudor, se conforma con la evidente y sencilla consideración de que lo contrario sería tanto como sancionar obligaciones ilusorias o ir contra el principio de justicia declarado en el art. 1256, al establecer que la validez y cumplimiento de los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno de los contratantes. Es indudable que la palabra exclusivamente autoriza a contrario la licitud de condiciones que sólo en parte dependan de la voluntad del deudor... Al silencio que guarda el código acerca de las condiciones potestativas para el acreedor, da margen a preguntar si debe entenderse extensiva a aquéllas la declaración de nulidad hecha para los casos de condiciones potestativas en el deudor. La solución tiene que ser negativa por falta de derecho y prohibición, y dada la profunda diferencia de los casos... Ahora, lo que sí es indudable es que, tratándose de obligaciones recíprocas, la prohibición respecto del deudor alcanza al acreedor, supuesto que en ambos concurren los dos caracteres, y la obligación de cada uno es supuesto necesario, para el otro. (Manresa T.VIII, p. 131, citado por Manuel Borja Soriano: op. cit., p.405).

También éstas condiciones son válidas y aunque el Código Civil del D.F. no habla de ellas de una manera expresa, como lo hacía el código de 1884, nuevamente se refiere al concepto en materia de sucesiones y se deduce también del repetido artículo 1944. Da ejemplo de las condiciones que estudiamos una obligación que se concertara en los siguientes términos: "Si me radico en tal ciudad, te venderé la finca que tengo en esta; porque el hecho de radicarme en una u otra ciudad depende sin duda de mi voluntad, pero puede haber una serie de circunstancias que lo impidan o lo requieran necesariamente.

POSITIVAS Y NEGATIVAS

Otra clasificación de las condiciones la encontramos entre las condiciones positivas y negativas.

POSITIVAS.

Forman el primero de los miembros de esta clasificación aquellas condiciones que, como su nombre lo indica, implican la realización de un hecho que puede llegar a acaecer.

NEGATIVAS.

Las negativas son aquellas que consisten en la no realización de un hecho posible. Que tenga hijos, que un barco llegue a puerto, son ejemplo de las primeras; que no te cases, que no salgas de la ciudad, dan idea de las segundas. Tampoco a esta clasificación alude nuestro código de manera expresa, pero hace referencia a la misma en sus artículos 1946 y 1947, al expresar: "que un acontecimiento suceda en un tiempo fijo" o "que un acontecimiento no se verifique". Esta clasificación es importante toda vez que será necesario atender a ella para determinar la posibilidad, el cumplimiento, la licitud, etc., de las condiciones, para la aplicación de las consecuencias inherentes a cada uno de estos conceptos.

IMPOSIBLES, ILICITAS E INMORALES.

También esta clasificación se relaciona con la naturaleza del evento puesto como condición.

Condición posible es aquella que puede cumplirse por no haber obstáculo que lo impida; y condición imposible es aquella que no puede cumplirse por haber un obstáculo irresistible que lo impide, (169) por lo que podemos concluir que la condición imposible es aquélla en la que el evento no es verificable por causas físicas (te daré mil si coges el cielo con la mano) o jurídicas (te daré mil si Juan alcanza la mayoría de edad a los quince años).

En las Partidas, las condiciones imposibles se dividían en imposibles por la naturaleza, por derecho, de hecho y por ser dudosas y perplejas. (170)

Se llamaban imposibles por naturaleza aquéllas cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si se dijere te instituyo mi heredero si alcanzas el cielo con la mano. (171)

Eran imposibles por derecho las contrarias a la ley, a la honestidad y las buenas costumbres, por ejemplo, te instituyo mi heredero, si no das alimentos a tu padre. (172)

Eran imposibles de hecho las que de hecho jamás pueden existir, como por ejemplo, la de dar un monte de oro, que es la que señala la ley 4a., tit.4o., partida 6a.

(169) cfr. Mateos Alarcón: op. cit., T. 3, p. 85

(170) Ley 1, tít 4, Partida 6a.

(171) Ley 3 tít.4 , Partida 6a.

(172) ibidem

Eran perplejas o dudosas aquéllas cuyas palabras se contradicen o cuyo sentido no se puede entender, como si un testador dijera, instituyo mi heredero a Juan si lo fuere Pedro, e instituyo a Pedro si lo fuere Juan. (173)

Las condiciones físicas o legalmente imposibles anulan el contrato (según los Códigos del 70 y 84 y anulan la obligación según nuestro actual Código), (174) porque los que contratan de ese modo indican de una manera clara y significativa, que tratan de divertirse, no hablan con seriedad, ni tienen intención de obligarse. Además, la ley no puede autorizar aquéllos contratos que tienen por objeto la violación de sus preceptos o que ofenden a la moral y las buenas costumbres.

Gutiérrez Fernández critica los ejemplo que preceden: "El ejemplo de la ley es impropio; pues una cosa necesaria no es condición: claro es que nadie ha de tocar con el dedo en el cielo ni beberse el agua del mar". (175)

Tambien distinguen los autores las condiciones imposibles en positivas y negativas, atribuyéndoles distintos efectos, fundados en los preceptos del Derecho Romano y en la ley 17, tit. II de la quinta partida.

(173) Ley 5a, tit.4. partida 6a.

(174) Nuestro actual artículo 1943 establece: "Las condiciones imposibles de dar o hacer...anulan la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta".

(175) en Tomo IV, p.81, citado por Mateos Alarcón: ibidem

Según la misma doctrina, la condición negativa, como necesaria, no vicia el contrato, y por el contrario, la positiva lo anula; porque aquella condición aunque absurda y ridícula, está cumplida desde luego, toda vez que es imposible que deba de cumplirse (176)

Análisis de las condiciones imposibles y de sus efectos:

En este aspecto compartimos la opinión de Bartin que presenta en su obra *Théorie des Conditions* y que dice: "La condición imposible es aquella de la cual se puede de antemano negar la llegada con certidumbre. A decir verdad, una condición de este género no es condición. Carece en efecto de los caracteres esenciales que distinguen a toda condición. No consiste en un acontecimiento futuro, puesto que no podrá producirse jamás. No consiste tampoco, y por la misma razón, en un acontecimiento incierto. Si pues se le da el nombre de condición, esto se debe a que, en la obligación a la que acompaña, las partes se sirven, para expresarlo, de la forma condicional: "¿ Me promete usted cien, si yo toco el cielo con el dedo?... Se entiende por condición necesaria una condición que debe necesariamente llegar, por ejemplo, la condición inversa de la que acabo de suponer: ¿ Me promete usted cien si yo no toco el cielo con el dedo?"

(176) recordemos la cita del Digesto: 7,1,45: "*Impossibilis condictio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat. Aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi, si in coelum non ascenderis, nan utilis et praesens est; et pecuniam creditam continet.*"

Esta condición no afecta en manera alguna a la obligación que la contiene: ella la hace pura y simple, porque queda necesariamente cumplida en el mismo momento en el que se emite... Todo esto no concierne, sino a la condición suspensiva. Pero es fácil aplicar la noción de imposibilidad a la condición resolutoria... Una condición resolutoria de la cual se puede decir *a priori* que no llegará jamás, deja pues, pura y simple la obligación que afecta. Ejemplo: Os doy cien, pero la donación será resuelta, si tocáis el cielo con el dedo. He aquí una resolución que no se producirá jamás. Es una condición resolutoria imposible, que desempeña un papel idéntico al de la condición suspensiva necesaria. La condición suspensiva necesaria transforma a la obligación que afecta en una obligación pura y simple: Sucede lo mismo con la condición resolutoria necesaria, es compañera de la condición suspensiva imposible: le doy a usted cien, pero la donación será resuelta si usted no toca el cielo con el dedo. Aquí la condición resolutoria tiende a deteriorar la llegada de un hecho imposible; es una condición resolutoria necesaria". (177)

Las condiciones ilícitas e inmorales son las que resultan de un evento cuya realización es contraria a leyes imperativas, orden público o buenas costumbres. Hay que advertir que la ilicitud o inmoralidad se refieren a que determinen una voluntad a cometer el acto prohibido o inmoral.

(177) Citado por Manuel Borja Soriano: op. cit., p. 406, pero al traducirlo^s ha sustituido la palabra acto por la de obligación.

Así, por ejemplo, si A dona a B mil, si estalla una guerra entre dos países no es una condición inmoral porque es un hecho que escapa a la voluntad de B.

Las condiciones imposibles, ilícitas o inmorales anulan la obligación de que dependan. Que anulen el negocio jurídico *inter vivos*, en su totalidad, es problema que ha de resolverse teniendo en cuenta la solución que le demos a la cuestión de si la nulidad de singulares disposiciones o cláusulas lo anula, por completo, o solamente la cláusula, salvo naturalmente, que todo el negocio se halle condicionado. (178)

(178) Aubry et Rau, op. cit., p. 65, y Demolombe: op.cit., T. II, núm 304, opinan que la condición de una cosa inmoral o ilícita... hace el convenio nulo... porque imprime al convenio mismo entero un carácter inmoral o ilícito. De donde resulta que es necesario, para que la condición inmoral o ilícita haga nulo el convenio que tenga efectivamente por resultado hacer este convenio mismo inmoral o ilícito... la condición inmoral o ilícita no hace, en todo caso, inmoral o ilícito el convenio mismo. Hay que hacer, al contrario, distinciones, es decir, hay que investigar con qué intención las partes han subordinado su convenio a la condición de que se trata y si el fin que se han propuesto alcanzar, hace, en efecto o no hace inmoral o ilícito su convenio. La condición es ilícita o inmoral, dice justamente Bufnoir, cuando imprime al acto en el que interviene, un carácter tal que la operación, en su conjunto, esté reprobada por las reglas de la ley moral o de la ley civil; no es en la naturaleza del hecho, cuyo cumplimiento o no cumplimiento forme el objeto de la condición en la que hay que fijarse para saber si ella es contraria a las leyes o a las costumbres; es en el fin perseguido por las partes que ha impuesto la condición.

EL TIEMPO DE CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION

En los capítulos anteriores ha quedado claro que la condición es una disposición contenida en un negocio jurídico, por medio de la cual se hace depender la existencia o la resolución del negocio, siempre que acaezca o no un evento futuro e incierto.

La inserción de una condición dentro de un negocio jurídico crea una situación de incertidumbre en torno a la definitiva "eficacia del negocio". (179) Esta situación de incertidumbre consiste bien en una suspensión de la vigencia del mismo o bien en la necesidad de efectuar un necesario reajuste entre las hipotéticas variantes de la reglamentación negocial de intereses. Por su misma naturaleza, el negocio condicional crea una situación jurídica interina o provisional, (180) en la cual se hace preciso, puesto que las partes no son todavía definitivos titulares de los derechos creados por el negocio, ni definitivos sujetos de los deberes estatuidos por el mismo, organizar una situación de protección también provisional de sus eventuales intereses. Esta situación interina o provisional cesa cuando la condición o el evento condicionante aparece o llega, *conditio existens*, o falla o se frustra (*conditio deficiens*), según nos dice la doctrina tradicional.

(179) Coviello, Doctrina General del Derecho Civil. México. Ed. Porrúa. 1949, p. 471.

(180) El concepto de "situación interina" y el de "situación de dependencia" son de De Castro, Derecho Civil de España, Madrid. 2a ed. tomo I, 1949 p. 606 y ss

No aparece, sin embargo, con la suficiente claridad dicho, cuál es el tiempo en el que la condición debe cumplirse y cuál es la duración máxima de esa fase interina o transitoria de *conditio pendens*.

Nuestro código establece únicamente:

Art. 1945.- "Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento".

Art. 1946.- "La obligación contada bajo la condición de que un acontecimiento suceda en un tiempo fijo, caduca si pasa el término sin realizarse o desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse".

El maestro López Monroy lo glosa diciendo: "En la hipótesis del artículo que comentamos los efectos del negocio jurídico se sujetarán a una condición que ocurra dentro de un tiempo fijo.

Si ha transcurrido el término sin que el acontecimiento incierto llegara a realizarse o cuando es indudable que dicho acontecimiento no puede cumplirse, el legislador dispone que la obligación contraída caduca.

La caducidad es el vencimiento de un término aceleratorio a la convalidación o la invalidación, pues su transcurso extingue el poder de convalidar o invalidar. (181)

En la hipótesis del artículo que se comenta, efectivamente la caducidad consistirá en que transcurrido un tiempo sin que la condición se cumpla haría firme el negocio (convalidación) o bien lo distribuiría, efecto similar a la nulidad". (182)

Art. 1947.- "La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo, será exigible si pasa el tiempo sin verificarse.

Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida transcurrido el que verosímilmente se hubiere querido señalar, atenta la naturaleza de la obligación".

Nuevamente López Monroy lo glosa diciendo que: "el supuesto o hipótesis a que este artículo se refiere es diferente al artículo anterior pues aquí el legislador supone que si la obligación se contrajo bajo la condición de que no se verifique en un tiempo, la obligación será exigible si pasa el término sin verificarse. En otras palabras habiendo transcurrido el tiempo señalado sin que se verifique la condición el cumplimiento de la obligación es exigible.

(181) Carnelutti, Teoría General de Derecho, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 432, citado por J.J. López Monroy.

(182) Instituto de Investigaciones Jurídicas: Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal comentado. México. Ed. Miguel Angel Porrúa. 1987, libro IV. p. 93

Podría acaecer que no se hubiese señalado un tiempo, pero si se hubiese puesto la condición sujeta a que en un lapso temporal no se verificara, el legislador resuelve: que si ha transcurrido el tiempo que verosímilmente se hubiere querido señalar, atendiendo a la naturaleza de la obligación, aun cuando el término no se hubiese señalado expresamente, la condición deberá reputarse cumplida". (183)

Llegamos de este modo, a lo que constituye el punto central del problema de que en este capítulo nos preocupa. Supuesto que nos encontramos en presencia de una condición y ante una condición que sea lícita y válida y que deba producir, dentro del negocio jurídico en el cual ha sido insertada, toda su peculiar eficacia, ¿cuál es el tiempo en el cual dicha condición debe cumplirse? ¿cuánto tiempo debe obligarse a los sujetos a esperar el incierto evento en que consiste la condición? Más claramente todavía: ¿es posible pensar que una condición se cumpla y que sus efectos se produzcan cincuenta, sesenta, setenta o más años después de haber sido celebrado el negocio? ¿purifica de algún modo el paso del tiempo un negocio inicialmente condicional?

Nuestro código establece dos supuestos posibles: el primero lo constituye la hipótesis de que las condiciones estén sometidas a un plazo fijo o determinado para su producción: el segundo es aquel en el cual las condiciones no tienen un término designado para su cumplimiento.

En el primer caso hay una expresa fijación de un espacio temporal, dentro del cual el evento condicionante debe cumplirse "que suceda en un tiempo fijo", dice el artículo 1946.

En la segunda hipótesis las partes no han establecido un tiempo para el cumplimiento de la condición "si no hubiere tiempo fijado," dice el segundo párrafo del artículo 1947.

El primero de los supuestos planteados - existe una exacta determinación del tiempo dentro del cual el evento condicionante debe llegar a aparecer - es relativamente simple, aunque nuestro código lo complique un tanto, diciendo lo mismo desde dos perspectivas distintas en los dos artículos citados. (184)

Si hay un tiempo fijo, (185) el negocio se purifica de una de estas maneras:

1.- El negocio se purifica con el transcurso total del término preestablecido, ya que dentro de dicho término la condición aparece, el negocio quedará purificado en un sentido, y si la condición falla, quedará purificado en sentido inverso;

(184) En el código del 70 se encontraban los dos artículos en uno solo, el art, 1335.

(185) Si se ha fijado un término, el término es un elemento constitutivo del evento o suceso condicionante, que es un hecho o una serie de hechos precisamente enmarcados dentro de una circunstancia temporal. cfr. Baudry Lacantinerie et Barde: op. cit., T.2, p. 28

2.- Aun antes del transcurso total del término fijado, el negocio se purifica si el evento condicionante aparece (por ejemplo: aun cuando las partes hubieren estipulado un plazo de cinco años para el cumplimiento de la condición, el negocio condicionado se convierte en un negocio puro si la condición llega en el primer año o en el segundo);

3.- El negocio queda también purificado, aún antes del transcurso total del término fijado, si existe, seguridad o certeza de que el acontecimiento previsto como condición no puede ya ocurrir) por ejemplo, la condición consiste en que un navío retorne a Francia dentro del plazo de un año y el navío naufraga antes de que el año transcurra. (186)

El problema grave se plantea cuando las partes no han establecido expresamente un espacio temporal dentro del cual la condición debe cumplirse. ¿Qué ocurre entonces? Desde un punto de vista puramente lógico caben dos posibilidades distintas.

La primera consiste en admitir una espera indefinida de la llegada de la condición, en tanto que ésta continúe siendo abstractamente posible.

La segunda solución consiste en atender más que a la lógica abstracta a los intereses de las partes y a los fines perseguidos a través del negocio realizando una labor interpretativa o integrando en su caso, la laguna negocial.

(186) Ejemplo citado por Larroumet. op. cit., p. 135

Los romanos (187) y el código civil francés (188) consideraron que sólo la aparición efectiva de la condición, o su sobrevenida imposibilidad, permiten purificar el negocio condicional.

(187) Como lo comentamos en la primera parte de esta tesis preferimos tratar aquí este problema. El texto romano generalmente aducido en orden al tema que aquí nos ocupa es el siguiente, D. 45, 1, 115.

He estipulado en esta forma: ¿prometes comparecer en determinado lugar y, si no comparecieras, que se me den cincuenta aureos? "Si en la estipulación se omitió por error el día, siendo así que se trataba de comparecer en determinado día, la estipulación será incompleta, como si hubiera estipulado una cosa genérica sin indicar el peso, número o medida, o la construcción de una casa de viviendas sin señalar el lugar, o que se dé un fondo sin añadir el nombre. Mas si desde el primer momento se convino que comparecieras cualquier día y que dieras la cantidad si no lo hacías, tal estipulación valdrá como cualquier otra condicional, y no quedará incumplida hasta que pudiera declararse que el deudor no podía ya comparecer. Si yo hubiera estipulado diciendo "si no subieras al Capitolio" o "si no fueras a Alejandría ¿prometes que se me darán cien mil sestercios?, no queda incumplida la estipulación inmediatamente aunque hubieras podido haber subido al Capitolio o haber llegado a Alejandría, sino cuando resultase cierto que ya no podías subir al Capitolio o ir a Alejandría. (2) Asimismo, si uno estipula diciendo "si no me dieras el esclavo Pánfilo ¿me prometes dar cien mil sestercios?" respondió Pegaso que no queda incumplida la estipulación antes de que deje de ser posible dar el esclavo Pánfilo. Sabino, en cambio, pensaba que, según la intención de las partes, puede demandarse desde el momento en que haya sido posible dar el esclavo, y que no se puede demandar por la estipulación en tanto no deja el promitente de dar el esclavo; y defendía esta opinión con el ejemplo del legado de provisiones... Así, pues, puede aceptarse la opinión de Sabino cuando la estipulación no se redacta empezando por una condición, de este modo: "si no me dieras el esclavo Pánfilo" me prometes dar tanto? "sino cuando la estipulación se concibió en esta otra forma" ¿prometes que se me dé el esclavo Pánfilo, y, si no me lo dieras, prometes que se me de tal cantidad?" lo que es cierto, sin duda, cuando se prueba que se convino que, si no se hubiera dado el esclavo, se daba el esclavo y la cantidad; mas también si se estipuló que sólo se daba la cantidad cuando no se diera el esclavo, debe decirse lo mismo, pues se prueba que la intención era la de que o se pagase el esclavo o se reclamase la cantidad."

El texto como se desprende de su lectura, no resulta decisivo. El juriconsulto nos coloca ante dos estipulaciones condicionales, sometidas a unas condiciones potestativas de carácter negativo, a las cuales no se han marcado un tiempo determinado para su cumplimiento. En el primer caso - en el cual la condición es no ir a Alejandría o no subir al Capitolio - el juriconsulto entiende que la promesa no se hace exigible inmediatamente, aunque el obligado haya podido ya ir a Alejandría o subir al Capitolio, sin que solamente es exigible cuando sea cierto que tales actos ya no se pueden realizar. La solución de este primer caso se encuentra en la línea indicada más arriba: sólo la imposibilidad sobrevenida, cuando quiera que esto ocurra, purifica el negocio condicional.

En el caso de que la condición consista en que no sea entregado el esclavo Pánfilo, las cosas ocurren de muy diversa manera. "El juriconsulto nos da noticia de una antigua discusión entre proculianos y sabínianos. Pegaso había dado al caso de la condición de no entregar a Pánfilo una solución similar a la que recibe el caso de la condición de no subir al Capitolio o de no ir a Alejandría: la promesa sólo es exigible cuando deja de ser posible (non ante quam desisset posee) que se cumpla la condición. En cambio, Sabino habrá dado un parecer diverso, teniendo en cuenta la voluntad de las partes (ex sententia contrahentium): una vez que el esclavo puede ser entregado, es exigible la promesa y puede el acreedor ejercitar la acción, pero no se puede ejercitar la acción ex stipulatu en tanto la falta de entrega sea debida a una causa que no sea imputable al promitente per promissorem non stitit quo minus hominem daret.

La solución a que a la larga parece haber prevalecido es, sin embargo, la primera, favorable a la espera indefinida y a la purificación del negocio condicional únicamente a través de la imposibilidad sobrevenida de la condición.

cfr. Archi, op. cit., T. VIII, p 744 y ss.

(188) Pothier: Tratado de las obligaciones. Buenos Aires, 1961 p. 124 y 125; recoge la vieja discusión romana y acepta la opinión de Sabino que le parece "más conforme al espíritu y a la sencillez de nuestro Derecho Francés". Plantea Pothier el supuesto de que la condición consista en alguna cosa que esté en poder del deudor y que interese a aquél en favor de quien se ha establecido la convención. En este caso, dice Pothier: "yo pienso que aquel que se ha obligado bajo esta condición puede ser emplazado para saber, que, caso de que no haga tal cosa dentro del tiempo señalado por el juez, será condenado a pagar lo que se ha obligado a dar; y si no lo hace dentro del tiempo que se le haya señalado, la condición negativa se reputará como cumplida y podrá en consecuencia ser condenado a pagar". El texto no es excesivamente claro, pero parece que Pothier se inclina, cuando falta una determinación de tiempo por obra de las partes, en favor de una fijación judicial de un plazo, siempre que se trate de una condición que sea al mismo tiempo potestativa, negativa y a cargo del deudor. No nos dice, en cambio, nada respecto de las condiciones casuales ni respecto de las potestativas que sean positivas o que estén a cargo del acreedor.

El Code sigue en la línea tradicional de espera indefinida y de purificación por cumplimiento o por sobrevenida imposibilidad. El art. 1176, refiriéndose a las condiciones positivas dice que "si no hay fijado tiempo, la condición puede cumplirse siempre (peut toujours être accomplie); y no se considera fallida más que cuando ha devenido cierto que el evento ya no llegará" y el art. 1177, hablando de las condiciones negativas dice que "si no se ha determinado tiempo, no se cumple (la condición) más que cuando es ya cierto que el evento no llegará.

Sin embargo, en nuestro código esta tradicional regla romano-francesa de la espera indefinida y de la purificación del negocio por aparición de la condición o por imposibilidad sobrevinida de la misma, se ha alterado sustancialmente en el párrafo segundo del artículo 1947. Según este precepto. "la condición deberá reputarse cumplida en el tiempo que verosímilmente se hubiere querido señalar, atenta la naturaleza de la obligación. (189) La exégesis literal del párrafo segundo del artículo 1947 plantea, ante todo un problema de delimitación del ámbito de aplicación de dicha norma. Nuestro código se refiere en el artículo 1946 a la llamada condición positiva (condición de que ocurra algún acontecimiento), y en el párrafo primero del artículo 1947, a la llamada condición negativa (condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo). ¿Qué ámbito de aplicación tiene entonces el párrafo segundo del artículo 1947 con arreglo al cual debe reputarse cumplida en el tiempo que verosímilmente se hubiere querido señalar? El párrafo segundo del artículo 1947 y, por consiguiente la regla del tiempo verosímil? Por el contrario, "¿debe entenderse que el fenómeno de las condiciones positivas sin tiempo de cumplimiento carece de reglamentación legal y, por consiguiente, la regla debe ser que la condición puede ser siempre cumplida y sólo decae con su llegada o cuando se torna imposible cualquiera que sea el tiempo en que ello ocurra? A nuestro juicio, es más conforme con los principios generales de la teoría de las obligaciones no diferir

(189) atenta la naturaleza de la obligación obviamente se refiere a señalar *atendida* la naturaleza de la obligación, y no en el sentido de algunos civilistas mexicanos de *atentado* contra la obligación.

indefinidamente el cumplimiento de las condiciones, pues una aplicación literal de la regla del derecho común podría dar lugar a una espera enormemente prolongada antes de saber si la condición se cumplirá o no. En este sentido, estimamos que el párrafo segundo del artículo 1947 es aplicable tanto a las condiciones positivas como a las condiciones negativas, lo que, por otra parte, es plenamente conforme con la misma letra del precepto, en el cual nada se distingue, por lo que cabe pensar que donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir. Si esa norma en lugar de ser el párrafo segundo del artículo 1947, hubiera sido el artículo 1948, ninguna duda podría plantearse. Por consiguiente: las condiciones, tanto si aparecen formuladas en sentido positivo, como si aparecen formuladas en sentido negativo, en nuestro Derecho deben cumplirse y, en consecuencia, el negocio debe quedar purificado en el tiempo que verosímilmente se haya querido señalar atendiendo a la naturaleza de la obligación.

Por otro lado, conviene destacar que, fuera de los caminos apuntados, es muy difícil, por no decir imposible, encontrar un límite legal al tiempo máximo de cumplimiento de una condición. No funcionan como límites legales los plazos de prescripción, pues la prescripción no comienza a contarse sino cuando la acción puede ser ejercitada *actio nondum nata non praescribitur*, y la acción derivada de una relación obligatoria condicional no nace sino cuando la condición se cumple.

LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICION

RETROACTIVIDAD.- Concepto.

En sentido corriente, la palabra retroactividad significa actuar, producir efectos sobre el pasado. En su acepción técnica, se emplea para indicar la atribución a una norma o a un hecho jurídico de efectos, que habría producido de haber existido o estado vigente en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor la norma o se produjo el hecho.

Como el pasado no puede cambiarse, lo que verdaderamente se obtiene con la retroactividad es la reconstrucción o configuración de las relaciones jurídicas actuales en una forma, que es aproximadamente igual a la que aquellas tendrían de haber existido el hecho o estado vigente la norma en una época anterior. En efecto, la cuestión de sí mediante la retroactividad, se consigue una modificación o transformación del pasado, como parece seguirse del sentido literal de la palabra, o sólo una especial configuración del presente y del futuro, debe resolverse, indudablemente, diciendo que el efecto retroactivo no puede implicar nunca una acción sobre el pasado y sólo afecta al presente, pues, como enseña Von Tuhur, (190) existe acuerdo, o al menos debería existir, en que ni la ley ni otro poder humano pueden en rigor crear un efecto retroactivo (en el sentido literal de la palabra).

(190) Teoría general del Derecho Civil Alemán, Buenos Aires, 1948, t II-1 p. 23, en ésta misma dirección afirma Scialoja: "No existe ni puede existir retroactividad en el sentido verdadero y escueto de la palabra, ya que el pasado es pasado y no vuelve más. Sólo pueden producir en el porvenir, cumplida la condición, aquellos efectos que habrían surgido si la relación jurídica hubiera nacido perfecta en el momento al que se retrotrae" cfr. Negocios jurídicos, Sevilla, 1942 p, 15

El legislador puede ordenar para el presente, y para el futuro, no para el pasado: no puede invertir la ley de la causalidad.

(191)

Aparte de ésta noción amplia, es difícil formular una teoría general en la que puedan agruparse los distintos supuestos de retroactividad. Esta dificultad se debe al carácter ambiguo de la expresión retroactividad, con la que se designan un conjunto de efectos de diferente intensidad (retroactividad de primero y de segundo grado, retroactividad media, real obligatoria, etc.) a la variedad de fines que se tratan de alcanzar con ella y al crecido número de casos en que se establece. (192)

Como hace notar Von Tuhr, (193) es frecuente que el *factum* o hecho jurídico al cual atribuyó el derecho la producción de efectos jurídicos sea complejo, es decir, conste de una pluralidad de hechos. Con esto cabe la posibilidad de que estos hechos, que en conjunto forman el hecho jurídico, no se produzcan simultáneamente, sino que vayan apareciendo en diversas etapas. En los casos en que es incierta la realización de los hechos que faltan, o si es posible que se produzca un hecho que la impida, el efecto jurídico del *factum* se encuentra en un estado de incertidumbre objetiva, que se denomina estado de pendencia.

(191) Von Tuhr. *ibidem*

(192) En este sentido: Dusì: Cenni in torno alla retroattività delle condizioni, *Studia per Schpfer*. Turín, 1898, T. III. 515-517.

(193) *op. cit.*, T. II-1, p. 15-20

Cuando la incertidumbre se refiere a la realización del efecto jurídico, se dice que el estado de pendencia es suspensivo, como ya hemos dicho en capítulos precedentes. En cambio, cuando es incierto si subsistirá un efecto jurídico existente, ya que el estado de pendencia es resolutorio.

En el lapso de tiempo que media entre la aparición del estado de pendencia y su resolución por cumplimiento o realización del hecho existe una regulación provisional de la realización, que cesa al producirse el hecho definidor de la pendencia para ser sustituida por el régimen definitivo. Cuando tal hecho está dotado de fuerza retroactiva, se considera como si los efectos, que sólo tienen lugar con su realización, se hubieran producido desde el momento en que se inició la situación de pendencia. De este modo, la regulación provisional es absorbida por la regulación definitiva, que al mismo tiempo le pone fin y le sustituye desde el principio *ex tunc*.

Nuestro artículo 1941 establece:

"Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente."

La retroactividad de la condición es uno de los casos más importantes en que se atribuye eficacia retroactiva a un hecho que decide una situación de pendencia. Consiste en que los efectos que se producen con el cumplimiento de la condición, se consideran producidos en el momento en que se celebró el negocio jurídico condicional. Por consiguiente, si la condición es suspensiva, el negocio produce los mismos efectos que si fuere puro, y si es resolutoria, se produce la vuelta a la situación jurídica que existía antes de realizar el negocio.

Establecido este concepto, conviene distinguir la retroactividad de la condición de otros fenómenos con los que tiende a confundirse.

En primer lugar, por lo que respecta a los negocios celebrados bajo condición suspensiva, y puesto que la retroactividad lo es de los efectos del negocio jurídico, son independientes del efecto retroactivo los requisitos personales, reales y formales del negocio condicional. (194)

En cuanto a los primeros se atiende a la época en la que se emiten las declaraciones de voluntad, es decir, han de concurrir al tiempo de la celebración del negocio y pueden faltar cuando se cumpla la condición. Por lo que se refiere a los requisitos del objeto, es decisiva la época del cumplimiento de la condición, y, en cambio, los requisitos de forma se rigen por las disposiciones vigentes al tiempo de concluirse el negocio. La causa de esto se encuentra en que los requisitos personales y formales de un negocio han de existir al tiempo de su formación, o sea, al tiempo en que se emiten las declaraciones de voluntad. (195)

El negocio jurídico bajo condición suspensiva produce sus efectos al cumplirse la condición: pero los efectos que se producen entonces son los del negocio fundado en la anterior declaración de voluntad.

(194) Son muy numerosos los autores para quienes la eficacia retroactiva de la condición suspensiva afecta también a los elementos del negocio, que, según ellos, deben concurrir al tiempo en que éste se celebra. Consecuentemente, consideran una aplicación de la retroactividad la regla relativa a los requisitos subjetivos y una excepción al principio de retroactividad la exigencia de que los requisitos objetivos existan al cumplirse la condición. Entre otros: Aubry et Rau: op. cit., t. IV, p. 77; Demolombe: T. XXV, p.362, Colin et Capitant P., T.III, p. 345.

(195) Giorgi: op. cit., t. IV, p. 397. A esta misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que las partes quedan vinculadas por sus declaraciones a partir del momento en que éstas se han emitido y que este vínculo es independiente de un posterior cambio de voluntad del que hizo la declaración o de las vicisitudes por que pueda pasar su capacidad. cfr. Ennecerus, op. cit., t. I-2, p. 342, Betti: op. cit., p. 542

El efecto retroactivo de la condición es también distinto del régimen provisional al cual sustituye. En la determinación de este régimen provisional se parte de la consideración de que el titular del derecho condicional no es aun titular de un derecho actual. Por tanto, están excluidos todos aquellos efectos que presuponen ya nacido el derecho: el acreedor condicional no puede exigir el cumplimiento de la obligación; si el deudor, antes de que se cumpla la condición paga por error puede repetir lo pagado. Un crédito condicional no es susceptible de compensación, ya que en la transmisión condicional de la propiedad el solvens, bajo condición suspensiva, o el accipiens, bajo condición resolutoria, son propietarios durante la latencia de la condición.

Pero, de otra parte, el que se produzcan los efectos del negocio celebrado bajo condición suspensiva o el que se resuelvan los efectos que haya venido produciendo el negocio sometido a condición resolutoria sólo depende del cumplimiento de la condición, Esto da lugar a que si bien "*pendente condicione*" no se realizan los efectos, que en oposición a aquéllos se denominan incompletos, prodrómicos, previsos, menores, preparatorio o preliminares.

Ante todo, la persona que al cumplirse la condición ha de asumir el lado activo de la relación es titular de una expectativa, (196) que puede ser objeto de actos de disposición, susceptible de novación, transmisible a los herederos, etc.

Además, el titular del derecho condicional puede, "antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho (Art. 1942). Con estas palabras concede el Código al titular de la expectativa la facultad de realizar actos conservatorios de su derecho, es decir, de practicar todas las iniciativas judiciales o extrajudiciales que sean necesarias para que, al cumplirse la condición, pueda ejercitarse el derecho con el contenido y eficacia que le correspondan. (197)

Al determinar cuáles sean en concreto los actos que, con esta finalidad conservativa, puede realizar el titular del derecho condicional, debe tenerse en cuenta que están excluidos todos aquellos que se dirigen a obtener la ejecución actual del derecho, o a conseguir efectos que se producirán en virtud de la retroactividad.

(196) Entre otro Von Tuhr, *Ennecerus*, T. 1-2, p 335, Laurent. T. XVII, p. 107, Baudry- Lacantiniere, T. II, p. 106

(197) El poder de realizar actos conservatorios es una facultad jurídica, que emana del derecho condicional. Como consecuencia, dura el mismo tiempo que éste, se transmite con él y es intransmisible por separado, etc. cfr. Messineo: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de s. Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- America, T. II p. 463.

Además, los actos conservatorios que se pueden realizar varían según que el negocio condicional sea "inter vivos" o "mortis causa" y de eficacia real u obligacional.

Por último, no debe considerarse aplicación del principio de retroactividad de la condición la regla de que la prescripción extintiva no corre *pendente condicione* entre el acreedor y el deudor condicionales, pues la causa de ello no se encuentra en que la retroactividad del cumplimiento de la condición ponga las cosas en el estado en que se encontraban al tiempo de la celebración del negocio, sino en que la prescripción extintiva no empieza a correr antes de que el derecho haya nacido.

NATURALEZA JURIDICA.

Tratan de explicar la naturaleza jurídica de la retroactividad de la condición las teorías siguientes :

- 1.- De la ficción legal.
- 2.- De la realidad jurídica.
- 3.- De la preexistencia del negocio.
- 4.- De la voluntad presunta de las partes.

En realidad, sólo las tres primeras teorías tratan de explicar la naturaleza jurídica de la retroactividad de la condición, pues la teoría de la voluntad presunta de las partes, mas que al problema de en qué consiste aquélla, se refiere a la justificación de la retroactividad, o sea, a la razón por la que el legislador la establece y al fin que con ella se trata de alcanzar.

1a.- Teoría de la ficción legal. Puede definirse la ficción jurídica como: "una operación mental, que consiste en hacer una asimilación que se sabe es inexacta, con el fin de reducir o ampliar el círculo de aplicación de ciertos derechos subjetivos".

(198)

Como hace notar Ihering, (199) la ficción ha desempeñado en la esfera del Derecho una doble función, que puede calificarse de histórica o dogmática. En su función histórica, ha facilitado la creación y aplicación de normas excepcionales que, a pesar de que estaban en oposición con los principios generales del ordenamiento jurídico, se hacían necesarias por razones de equidad e incluso de justicia.

(198) Cornil, Reflexiones sur le role de la fiction dans le droit. Paris. Archives de Philosophie et Sociologie juridiques. 1935, p.30

(199) op. cit., T. IV, pp. 331-334

Así ocurre, por ejemplo, con la Ley Cornelia, que introdujo una excepción a la regla de que el testamento es la última voluntad del ciudadano romano libre, en favor de los que durante la guerra habían sido hechos prisioneros por el enemigo, valiéndose de la ficción: "*fictio legis Corneliae*" de considerar muerto al testador al tiempo de ser hecho prisionero por el enemigo, es decir, cuando todavía era ciudadano romano libre.

En su función dogmática, la ficción es un expediente o procedimiento que, mediante la asimilación de hechos claramente diferentes, facilita una concepción jurídica, explica una institución para la que todavía no se ha encontrado el procedimiento apropiado. (200)

La teoría de la ficción legal sostiene que la eficacia retroactiva de la condición es una ficción porque consiste en determinar la situación de las partes como si la condición se hubiera cumplido cuando se hizo el negocio, lo cual es contrario a la realidad. (201)

(200) En nuestra opinión consideramos que la teoría de la ficción deja en pie los problemas que con ella se tratan de resolver, pues en vez de resolver las dificultades las esquiva. Sin embargo Ihering opina que "la ficción facilita el progreso y lo hace posible en una época en que la ciencia carece de las fuerzas necesarias para explicar debidamente ciertas instituciones. Poner a la jurisprudencia en la alternativa de repudiar las ficciones, antes de que haya podido encontrar la solución que buscaba, equivaldría a obligar al que lleva muletas a que las abandone antes de que pueda andar sin ayuda". *ibidem*
(201) Cornil, *op. cit.*, p. 31: "la ficción se caracteriza frente a la presunción por implicar la afirmación consciente de una contraverdad".

Relacionando la retroactividad de la condición con las clases y funciones de la ficción jurídica, resulta que aquélla es una ficción legal, en cuanto que la formula el legislador, y tiene una finalidad dogmática, que es la de explicar ciertos efectos del negocio jurídico condicional de un modo indirecto, a través del supuesto de que la condición se realizó en una época anterior a aquella en que realmente tuvo lugar.

La inadecuación de este procedimiento se advierte luego, a la hora de aplicar el principio de retroactividad a los distintos aspectos de la relación condicional, pues se hace preciso evitar sus consecuencias más extremas mediante el establecimiento de una serie de excepciones, por ejemplo, en relación con el mantenimiento de los actos de administración y a la restitución de los frutos percibidos durante la pendencia, de la condición, que restringen considerablemente la efectividad del principio.

La teoría de la ficción legal ha gozado de gran aceptación en la doctrina, pudiéndose citar entre los autores que la siguen: Manresa, (202) Aubry et Rau, (203) Colin et Capitant, (204) De Ruggiero, (205) y Giorgi. (206)

(202) op. cit., T. VIII, p. 126

(203) Cours de D.C. Paris, 1869, t IV. p. 75

(204) op. cit., T. III, p. 344

(205) op. cit., T. I, p. 301

(206) T. IV, p. 509, núm 2

2a. Teoría de la realidad jurídica. La teoría de la realidad jurídica pretende superar las imperfecciones que lleva consigo la ficción. Para ello hace notar que en el terreno del Derecho no existen ficciones, sin realidades jurídicas, mandatos por los que el legislador ordena que no sean tenidas en cuenta la realidad natural o histórica y prescinde de ellas para la regulación de determinadas relaciones jurídicas.

La aplicación de la teoría de la realidad jurídica a los problemas de la retroactividad de la condición ha sido llevada a cabo por Barbero, (207) quien sostiene una realidad jurídica presente aproximadamente igual a la que existiría de no haberse dado el período de pendencia de la condición y para ello anula todo lo sucedido en ese lapso de tiempo, que sea contraria a la nueva realidad mandada.

Las limitaciones que encuentra el principio de retroactividad se intentan explicar por el citado autor como consecuencias del concepto de realidad jurídica, diciendo que la anulación de lo ocurrido en ese período intermedio sólo es posible en cuanto se trate de relaciones jurídicas, no de modificaciones en el mundo físico.

(207) op. cit., pp. 22 y 37

La crítica que hace la teoría de la realidad jurídica de la teoría de la ficción no ofrece conclusiones o puntos de vista nuevos: al decir que la realidad jurídica no es sino un mandato por el que se ordena que no se tenga en cuenta la realidad natural o histórica, no se expresa nada sustancialmente distinto del concepto de ficción, ya que cuando la teoría de la ficción afirma que, al cumplirse la condición se considera lo mismo que si se hubiera realizado al tiempo de la celebración del negocio, no niega con esto la realidad natural (que el hecho se ha producido en una época posterior), sin que prescinda de ella.

Prueba de que la teoría de la realidad jurídica no avanza mucho más que la teoría de la ficción es que tampoco consigue explicar las excepciones al principio de retroactividad. La observación de que la retroactividad afecta a las relaciones jurídicas, no a los hechos, es insuficiente, porque no impide que, al cumplirse la condición, se considere que la persona obligada a entregar la cosa lo está también a restituir los frutos o incluso, que éstos se consideren *ipso iure* propiedad del adquirente, pues en ambos casos se trata de efectos jurídicos, no de modificaciones en el orden físico.

3a. Teoría de la preexistencia del negocio. También recibe los nombres de teoría de la confirmación del derecho por el cumplimiento de la condición y teoría de la naturaleza meramente declarativa del evento. Es, si se exceptúa la teoría de la ficción, la que más difusión ha obtenido en la doctrina. (208)

Según esta teoría, el negocio condicional produce inmediatamente sus efectos, si bien de un modo oculto, y el cumplimiento de la condición viene a revelar o a poner de manifiesto y confirmar que tales efectos se venían produciendo ya desde la conclusión del negocio. Dicho en otras palabras, el cumplimiento de la condición, tiene para los seguidores de esta teoría, una eficacia simplemente declarativa en cuanto que pone de manifiesto efectos que se han venido produciendo desde el primer momento.

Para justificar este criterio, se llama la atención sobre la diversa importancia que asumen en el supuesto de hecho los distintos elementos del negocio jurídico condicional, haciendo notar que la condición, como elemento accidental del negocio, debe su eficacia a la voluntad de las partes: que el negocio condicional reúne desde su

(208) En ella, y en la teoría de la voluntad presunta de las partes, se inspiró nuestro artículo respectivo, tomado del Code francés. Entre los autores que la siguen, puede citarse: Demolombe: op. cit.; Tomo XXV, p. 361-362, Laurent, T. XVII, p. 91, Coviello: op. cit., p. 488, Betti: op. cit., p. 543.

conclusión los elementos necesarios para su existencia (consentimiento, objeto y en su caso forma) y que así resulta de un ponderado análisis de la relación condicional a través de la voluntad de las partes, en cuanto que éstas quieren obligarse, desde luego, para el caso de que exista la condición. (209) El negocio en el que se acordara que no nacerían los derechos y obligaciones de las partes sino a partir del cumplimiento de la condición, sería al mismo tiempo condicional y a término.

A estos argumentos puede oponerse:

A.- Que no es exacta la afirmación de que la condición tenga una simple eficacia declarativa. Por el contrario, la condición hace incierta la producción de los efectos del negocio (condición suspensiva) o la persistencia de los que haya producido el negocio durante la pendencia (condición resolutoria). (210)

(209) Demolombe. T. XXV. pp. 348-349

(210) Como lo apuntamos en su oportunidad distinto es el caso de la condición impropia *in praeteritum vel in praesens collatae* también llamada reserva o suposición, que consiste en un hecho presente o pasado cuya realización o existencia es ignorada, al menos por una de las partes: por ejemplo, te compra esta finca, para construir una embotelladora, si existen corrientes subterráneas de agua que permitan obtener 12000 litros por minuto. Aquí el negocio produce inmediatamente sus efectos, si verdaderamente existe el hecho en que consiste la suposición, sin perjuicio de que su existencia se compruebe en una época posterior.

B.- Que si bien la condición, considerada en relación con el negocio jurídico en abstracto, es un elemento accidental del negocio, puesta en uno determinado, es tan esencial e importante, respecto al negocio de que se trate, como pueden serlo los demás elementos del mismo.

4a. Teoría de la voluntad presunta de las partes. Como se ha indicado, esta teoría, más que explicar la naturaleza jurídica de la retroactividad de la condición, intenta justificarla. Por esta razón, es frecuente que los autores la sigan junto con alguna de las anteriores. Sobre todo en unión de la teoría de la preexistencia.

En síntesis, sus postulados son: El motivo que lleva a las partes a celebrar el negocio bajo condición es la incertidumbre en que se encuentran en relación a si se producirá el evento. Si, al tiempo de la conclusión del negocio, estuvieran seguras de que el suceso se habría de realizar, celebrarían el negocio en forma pura. Por consiguiente, debe entenderse que las partes han querido obligarse inmediatamente para el caso de que la condición se cumpla, y en este sentido, la fórmula de la obligación condicional no es: os deberé si, sino: os debo si. (211)

(211) Demolombe: op. cit., T. XXV, pp. 348-349

Además, hay que suponer que la voluntad del disponente condicional es una voluntad seria, y no podría considerarse tal, si con posteriores enajenaciones hiciera ilusorios los derechos de la parte; es decir, los efectos de su anterior declaración; por tanto, la retroactividad de la condición está basada también en la voluntad de la parte que tiene el poder de disposición durante la pendencia. (212)

(212) Siguen esta teoría, además de la mayor parte de los autores citados: Escriche, op. cit., p. 303, Baudry Lanantinerie, T. II, p. 105, Laurent, T. XVII, p. 91; Planiol y Ripert, T. III, núm 231. Borda: Tratado de Derecho Civil Argentino. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1959, T. II, p. 245

CLASES DE RETROACTIVIDAD DE LA CONDICION

Por razón de la intensidad de sus efectos, la retroactividad se clasifica en real y obligatoria.

Se dice que la retroactividad es real cuando, al cumplirse la condición, las partes se encuentran sin más en la misma situación jurídica en que estarían si la condición hubiera existido al tiempo de la celebración del negocio. (213)

La retroactividad real supone la absorción y sustitución plena de los efectos provisionales y, en general, de la situación jurídica en que estarían si la condición hubiera existido al tiempo de la celebración del negocio. (214)

La retroactividad es obligatoria cuando con el cumplimiento de la condición las partes quedan obligadas a colocarse recíprocamente en la situación en que les correspondería estar en dicho supuesto.

La retroactividad real supone la absorción y sustitución plenas de los efectos provisionales y, en general, de la situación de latencia por los efectos definitivos del negocio, que se consideran producidos desde el primer momento.

(213) Betti: op. cit., p. 93

(214) ibidem

Por ejemplo, se considera que el adquirente bajo condición suspensiva ha sido propietario desde que se realizó la disposición condicional y que, por el contrario, el enajenante dejó de serlo a partir de ese momento. Si el negocio de disposición se hizo bajo condición resolutoria, al cumplirse la condición, se considera que el disponente nunca dejó de ser propietario o titular del derecho real de que se trate.

Como consecuencia de esto, carecen "ab initio" de eficacia frente al adquirente condicional o respecto al enajenante, bajo condición resolutoria, los actos de disposición (ulteriores enajenaciones, consitución de servidumbres o de derechos reales de garantía, etc.) que el que permaneció propietario haya realizado en el tiempo intermedio. En rigor, los frutos percibidos durante la pendencia deberían considerarse propiedad de la persona a cuyo favor se ha realizado el cumplimiento o incumplimiento de la condición, concediéndosele, en su caso, la acción reivindicatoria para obtenerlos; pero, por razones de oportunidad, suele excluirse la restitución de frutos. (215)

En la retroactividad obligatoria, por el contrario, se mantiene formalmente intacto todo cuanto ha ocurrido antes del cumplimiento de la condición. El enajenante bajo condición suspensiva o el adquirente bajo condición resolutoria están obligados a entregar la cosa en la situación en que se encontraba a tiempo de realizarse el negocio.

(215) *ibidem*

Para ello procurará obtener de los titulares de los derechos constituídos durante la pendencia de la condición la cancelación de las respectivas enajenaciones. Si esto no es posible, el enajenante bajo condición suspensiva o el adquirente bajo condición resolutoria están obligados a indemnizar a la otra parte.

La retroactividad obligatoria aparece de este modo como un sustitutivo de la retroactividad real, pues tiende a alcanzar de una manera indirecta el mismo resultado jurídico y práctico que aquélla. En atención a esta circunstancia, los autores la califican de retroactividad falsa e impropia, en oposición a la retroactividad real, que es la verdadera y propia.

Debe advertirse que este tecnicismo, o mejor, ésta apreciación es inexacta en lo que se refiere a los negocios dispositivos de eficacia real; pero, cuando se trata de negocios obligatorios, la retroactividad obligatoria es tan propia y adecuada como la retroactividad real lo es en lo que se refiere a los negocios de disposición. Es más, los negocios de obligación condicionales sólo pueden estar dotados de retroactividad obligatoria.

La retroactividad real se denomina también retroactividad *ipso iure*, automática, directa o inmediata, y la retroactividad obligatoria, a su vez recibe los nombres de retroactividad potestativa, indirecta o inmediata.

Posiblemente, todas estas denominaciones están destinadas a evitar los inconvenientes que se derivan del significado ambigüo de la palabra real; si bien, tampoco está exenta de ellos la expresión retroactividad *ipso iure* en cuanto que puede decirse que la obligación en que consiste la retroactividad obligatoria nace "*ipso iure* - sin ningún otro requisito - con el cumplimiento de la condición. (216)

RETROACTIVIDAD ABSOLUTA Y RETROACTIVIDAD RELATIVA.

Por su eficacia frente a terceros, la retroactividad real puede ser absoluta o relativa. (217)

La retroactividad real es absoluta o *erga omnes*, cuando produce sus efectos frente a toda clase de terceros. Es relativa, cuando los efectos de la retroactividad se producen solamente entre las partes o entre éstas y también respecto a cierta clase de terceros (por ejemplo, los adquirentes de mala fe o a título gratuito)

(216) *ibidem*.

(217) La retroactividad obligatoria es retroactividad relativa, es decir, no produce efectos contra terceros.

Como queda indicado, el ámbito de la retroactividad real no coincide plenamente con el de la retroactividad absoluta. Por ejemplo, si el adquirente condicional a título oneroso de un inmueble no se ha cuidado de que se efectúe la oportuna inscripción en el Registro, el cumplimiento de la condición dará lugar a una retroactividad real relativa, es decir, con eficacia frente al enajenante y a los terceros que no hayan inscrito su derecho en el Registro, o que, habiéndolo inscrito, sea de mala fe o a título gratuito; pero tal retroactividad no será oponible a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, que hayan inscrito su derecho en el Registro.

Con todo, hay que reconocer que este tecnicismo de distinguir entre la retroactividad real y la retroactividad absoluta no está generalizado entre los autores (218) y que, al contrario, existe la tendencia de identificar la retroactividad real con la retroactividad absoluta.

(218) Además de Betti, ésta diferencia la mencionan Barassi: *Instituciones de Derecho civil*, traducción de García de Haro y Falcón. 1955, t. 1, p. 191
Barassi: *op. cit.*, T. II, p. 1670
Cariota-Ferrra: *El negocio jurídico*. p.560

Pasemos ahora a estudiar por separado los efectos de la retroactividad de la condición, según que ésta haya sido puesta en los negocios de disposición o en los negocios de obligación, ya que, como es obvio, la eficacia e intensidad de la retroactividad - retroactividad real u obligatoria, absoluta o relativa - ha de ser diferente según se trate de una u otra clase de negocios.

Esta distinción, cuyo empleo está muy generalizado entre los autores alemanes e italianos, (219) es todavía más necesaria en aquellos ordenamientos en los que, como ocurre en nuestro Derecho, no se reconoce eficacia translativa al contrato, que sólo es fuente de obligaciones, requiere ir acompañado de la tradición para producir la transmisión de la propiedad y de los demás derechos reales.

Pudiera parecer, sin embargo, que esta necesidad de la tradición para la transmisión de los derechos reales aconseja, más bien, prescindir de la distinción entre negocios dispositivos y obligatorios, en cuanto que, en los negocios condicionales, no ha de hacerse la tradición hasta que no se haya cumplido la condición, lo cual implica, en definitiva, la afirmación de que, en las legislaciones en las que se exige la tradición, prácticamente no existen negocios de disposición condicionales.

(219) Entre otros Ennecerus: op. cit., T. I -2, pp. 341 -342.
Von Tuhr: T. III-1. Carriota Ferrara: op. cit., 557-558. Barassi: T. II, p. 162

Esta objeción ha sido expuesta por Biblióni (220) en un comentario al artículo correspondiente del Anteproyecto de Código Civil Argentino que dice: "...Pero, si se trata de la constitución de derechos reales, las decisiones expresas del código nos dicen que estos derechos no se adquieren sino por la tradición. Por consiguiente, después de cumplida la condición en la suspensiva, ya que hasta entonces no hay motivo para efectuarla. Y si así es, no puede haber retroacción respecto a terceros. El que era dueño, dueño fué hasta que se efectuó la transferencia. A la inversa, en la condición resolutoria los derechos cesan por el acaecimiento. El c. c. argentino, artículo 1371, dice, sin embargo: el vendedor no volverá a adquirir el dominio sobre la cosa sino cuando el comprador le haga tradición de ella".

Si este criterio fuera acertado, resultaría que, en las legislaciones que exigen la tradición, la retroactividad del cumplimiento de la condición sería siempre de efectos obligatorios y nunca tendría lugar la retroactividad real. Contra esta opinión hay que afirmar que, como en nuestro Derecho, el negocio dispositivo de

eficacia real resulta de la conjunción de un negocio obligatorio y de la tradición, siempre que, en virtud de un negocio sometido a condición, se haya efectuado con igual carácter condicionado la tradición, existirá un negocio dispositivo de eficacia real condicional. Es más, con arreglo a la doctrina que sostiene la naturaleza causal de la tradición, aun cuando al efectuarla las partes no hayan hecho ninguna indicación al respecto, deberán considerarse sometidos sus efectos a la misma condición que afecta al negocio obligatorio. (221)

Por otra parte, conviene tener presente que, además de los negocios dispositivos condicionales *inter vivos*, existen negocios *mortis causa* que hemos dejado fuera de este trabajo.

(221) No es muy dispar la solución a que se llega dentro del sistema que conjura a la tradición como un negocio abstracto, pues, en tal caso, según indica Wolf refiriéndose a la transmisión de cosas muebles en Derecho alemán. cfr. Ennecerus, TIII-1, p. 386-387: "ya que la transmisión - distintamente que en el derecho inmobiliario - puede concluirse bajo condición, cabrá elevar la validez del negocio causal a condición de la transmisión. Semejante dependencia se registrará en la mayor parte de los casos en que coincidan temporalmente el negocio causal - compraventa - y la entrega.

Efectos de la retroactividad de la condición en los negocios dispositivos de eficacia real.- La propiedad o el derecho real se transmiten al titular del derecho condicional con efecto retroactivo, es decir, se considera que la transmisión se produjo en el momento en que se realizó el acto de disposición. (222)

Son consecuencias de este principio:

A) La ineficacia de los actos de disposición, realizados durante la pendencia de la condición por la persona que conserva el poder de disposición sobre la cosa (enajenante bajo condición suspensiva, adquiriente bajo condición resolutoria), que perjudiquen el derecho que surge por el cumplimiento de la condición. (223)

Por consiguiente, el titular del derecho a que afectaba la condición podrá dirigirse contra los terceros a quienes se haya transmitido la cosa ejercitando la acción reivindicatoria (224) y dispondrá de la acción negatoria, frente a los que hayan adquirido servidumbres sobre el fundo (225) y de la acción confesoria frente a los propietarios de los inmuebles que estuvieran gravados, al tiempo de realizarse el negocio de disposición condicional, con servidumbres a favor del fundo.

(222) cfr. Auby et Rau: op. cit., T. IV. p., 71, Josserand. op. cit., T. I-3, p. 354 y Baudry - Lacantinierie: op. cit., T. I, p. 509

(223) Baudry - Lacantinierie: ibidem

(224) ibidem

(225) ibidem

Esto último, en el supuesto de que durante la pendencia la parte que tiene el poder de disposición haya convenido con el dueño del predio sirviente la redención o renuncie al derecho de servidumbre.

Si el objeto del negocio de disposición condicional fue la constitución de un derecho real limitado, por ejemplo el usufructo, al cumplirse la condición son ineficaces frente a éste usufructuario condicional los actos de disposición posteriores incompatibles o que menoscaben su derecho. Por ejemplo, en el caso de que el propietario haya constituido un usufructo no sometido a condición a favor de otra personas, este usufructo se extingue, (226) o en la hipótesis de que la cosa hubiera sido gravada con servidumbres el usufructuario podrá oponerse, mientras subsista el usufructo, a que dichas servidumbres se ejerciten.

(226) Así se establecía en el Derecho Romano. cfr. D. 7, 4, 16

Pero la ineficacia de los actos de disposición realizados *medio tempore* se produce en la medida de que éstos obstaculicen o limiten el derecho que surge con el cumplimiento de la condición. Por esta causa, permanecen válidos los derechos adquiridos a favor de la cosa -por ejemplo, las servidumbres activas- en el periodo intermedio a no ser que, por llevar consigo esos derechos alguna carga, el titular del derecho condicional prefiera no reconocerles eficacia. En todo caso, queda a salvo la facultad del adquirente posterior, que pierde su derecho a consecuencia del cumplimiento de la condición, de dirigirse contra su causante exigiéndole la indemnización de daños y perjuicios o, cuando proceda, el saneamiento por evicción, si le hubiera ocultado la existencia del negocio de disposición condicional.

Como es lógico, la disposición intermedia es plenamente eficaz si a ella presta su consentimiento el titular de derecho condicional, bien al realizarse el acto de disposición o posteriormente. (227)

(227) Ennecerus: op. cit., T. I-2, p. 342, nota 2

La eficacia de la retroactividad de la condición frente a terceros sufre limitaciones que derivan de las normas que protegen la buena fe de aquéllos. (228)

Por lo que se refiere a los bienes inmuebles, la retroactividad real del cumplimiento de la condición carece de eficacia frente a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, que hayan inscrito su derecho en el registro, siempre que en éste no conste la existencia del acto de disposición condicional. (229)

Las normas que protegen la buena fe pueden actuar también a favor del adquirente condicional, cuando el enajenante carezca del poder de disposición. Cuando así ocurra, puede presentarse la dificultad de si perjudicará al adquirente condicional la mala fe sobrevinida durante la pendencia, o dicho de otro modo, si la buena fe se requiere solamente al tiempo de celebrarse el acto de disposición condicional o se exige también al tiempo en que se cumple la condición.

(228) Existen en el Código civil, varias aplicaciones del principio de protección a los terceros de buena fe en casos semejantes al que nos ocupa

(229) Albaladejo: op. cit., pp. 561-562

Según la opinión de Von Tuhr, (230) únicamente debe exigirse que exista la buena fe en el momento en que se efectúa el acto dispositivo de eficacia real condicional, porque siendo la buena fe un estado psíquico del sujeto ha de referirse a los elementos subjetivos del negocio, que, como es sabido, deben concurrir al tiempo de la celebración y pueden faltar en la época en que se verifica la condición.

En cuanto a la consolidación de los actos de disposición realizados durante la pendencia por el titular del derecho condicional (es decir, por el adquirente bajo condición suspensiva o el enajenante bajo condición resolutoria), este efecto es paralelo y de sentido contrario al anterior.

Al cumplirse la condición, el titular del derecho condicional adquiere la propiedad o el derecho real de que se trate, y, en virtud de la eficacia retroactiva del cumplimiento de la condición, se considera que fue propietario o titular del derecho real desde que se efectuó el acto de disposición condicional.

(230) Von Tuhr: op. cit., T. III-1, p. 333, en la cual cita en sentido contrario a Planck, Biermann y Cosak, los cuales creen que, en cuanto a los bienes muebles, es decisivo el momento en que la condición se cumple.

Por consiguiente, son plenamente eficaces los actos de disposición que haya realizado en el intervalo. (231)

Algunos autores, (232) explican este efecto a través de la naturaleza, meramente declarativa del evento, diciendo que mientras la condición está pendiente existen dos propietarios (uno bajo condición suspensiva y otro bajo condición resolutoria) y, por consiguiente, convergen sobre la misma cosa dos potestades de disposición. Después, al cumplirse la condición, queda en claro cuál de ellos tenía verdaderamente el poder de disposición. (233)

Resulta menos complicado afirmar que el titular del derecho condicional transmite su expectativa o que, en base a ella, constituye derechos reales limitados eventuales. (234)

Finalmente nos referiremos al derecho de indemnización por los daños causados a la cosa por un tercero durante la fase de pendencia.

(231) Jossierand: op.cit., T. I, p. 354

(232) Dusi: Cenni in torno alla retroattività della condizione, Studii per Schupfer, Italia, 1898, T. III, p. 517 y 537

Planiol: op. cit., T. III, núm 232

Demolombe: op. cit., T. XXV, p. 399 y 412

Laurent: T. XVII, núm 80 y 81, p. 393-395

(233) En contra de que se conceda al adquirente condicional la facultad de realizar actos de disposición durante la pendencia de la condición: Giorgi: op. cit., T. IV, p. 386-388

(234) Así lo hace Dusi, al estudiar los efectos de la pendencia de la condición suspensiva. op. cit., p. 20

Cuando, estando pendiente la condición, un tercero cause daños a la cosa objeto del negocio de disposición condicional, la persona que permanece propietario puede exigir la indemnización correspondiente y, al cumplirse la condición, ha de entregar su importe al titular del derecho condicional. (235)

Durante la pendencia de la condición, el titular del derecho condicional tiene, respecto a la indemnización, la facultad de realizar actos conservatorios.

EFFECTOS DE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICION EN LOS NEGOCIOS DE OBLIGACION

Al cumplirse la condición en los negocios de obligación, nacen el crédito y la deuda, si la condición es suspensiva, o se extinguen, si la condición es resolutoria. Además en virtud de la eficacia retroactiva de la condición, se considera, respectivamente, que el crédito y la deuda nacieron al celebrarse el negocio jurídico condicional o que éste - en el caso de la condición resolutoria - no se celebró nunca, y por eso hay que volver las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración.

(235) Ennecerus: op. cit., p. 336

Las consecuencias más importantes del principio de retroactividad en los negocios obligatorios condicionales son:

A) Derecho a indemnización por los actos de disposición realizados en pendencia de la condición. Si el deudor-propietario realizó actos de disposición sobre la cosa, queda obligado, una vez cumplida la condición, a entregarla al acreedor libre de las cargas y de los derechos que sobre ella hubiere establecido. (236) En caso de que, por permanecer válidos los actos de disposición, no sea posible la restitución el deudor deberá indemnizar al acreedor en la medida correspondiente a la realización jurídica que medie entre ellos (por ejemplo, de compraventa, etc.)

B) Ejercicio de las acciones subrogatoria y revocatoria o paulina. Dándose los demás requisitos necesarios para el ejercicio de estas acciones, el acreedor condicional puede, al cumplirse la condición, utilizar la acción subrogatoria (237) para ejercitar mediante ella los derechos y acciones patrimoniales no personales que el

(236) Puig Bretau: Fundamentos de Derecho Civil, T. I-2 1959, p. 130

(237) Demolombe, T. XXV, p. 355, afirma que el acreedor condicional puede ejercitar la acción subrogatoria incluso durante la pendencia.

acción pauliana es un acto conservatorio, y en este punto resulta que es bastante más, puesto que tiende a la anulación de los derechos que un tercero deriva de su contrato. (240) Giorgi (241) estima que solamente debe concederse al acreedor condicional el ejercicio de la acción revocatoria en el caso de que la insolvencia del deudor sea manifiesta, por ejemplo, por haberse declarado éste en quiebra, ya que en los demás supuestos, como el acreedor condicional no puede listar la ejecución, no le es posible acreditar la insolvencia del deudor: pero, aun cuando la insolvencia sea manifiesta, el acreedor condicional debe limitarse a obtener las cautelas necesarias para la futura revocación del acto fraudulento.

C) Derecho a exigir indemnización a los terceros que, pendiente la condición, hayan destruido o deteriorado la cosa objeto de la obligación condicional de dar. El acreedor puede, al cumplirse la condición, deducir contra el causante del daño las acciones que por razón del mismo corresponderían al deudor. En el caso de que, estando pendiente la condición, el deudor condicional haya ejercitado tales acciones deberá, una vez que se verifique la condición, entregar al acreedor el resultado obtenido con aquéllas.

(240) En contra Demolombe: op. cit., T. XXV, p. 231, argumenta que, como el acto fraudulento puede perjudicar al acreedor condicional, éste debe estar facultado para defenderse y evitar tal perjuicio.

(241) T. II, p. 330

deudor haya dejado de ejercitar durante la pendencia de la condición y la acción pauliana, (238) para obtener la revocación de las enajenaciones fraudulentas realizadas estando pendiente la condición.

El dilatar el ejercicio de la acción revocatoria contribuye a aumentar el peligro de no obtener con ésta un resultado satisfactorio - por ejemplo, porque el tercero se haga insolvente, o el adquirente inmediato de mala fe transmita la cosa a título oneroso a un adquirente mediato de buena fe -. La teoría francesa considera que, entre los actos conservatorios de su derecho, que puede realizar el acreedor en pendencia de la condición, se encuentra el ejercicio de esta acción.

En contraste con esta posición jurisprudencial, la doctrina es más bien opuesta a que se le conceda al acreedor en la fase de pendencia el ejercicio de la acción revocatoria, pues, aunque el tema ha sido objeto de controversias, los autores que optan, por la solución afirmativa lo hacen con salvedades y limitaciones, que restringen notablemente las consecuencias de su decisión. Así, según Laurent, (239) la cuestión se reduce a saber si la

(238) Como lo menciona De Castro en su obra: la acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Madrid. Revista de Derecho Privado, 1932, p. 212 : "Si la condición se cumple, al retrotraerse todos sus efectos al día de la constitución de la obligación se hace posible el ejercicio de la acción revocatoria en base a aquella fecha".

(239) op. cit., T. XVI, p. 533

Este efecto, si bien es paralelo al que en iguales circunstancias se produce en los negocios de eficacia real condicionales, no es totalmente idéntico, porque mientras el adquirente condicional puede ejercitar la acción de indemnización sin necesidad de ningún requisito especial, en el caso del acreedor condicional se requiere, según la doctrina más autorizada, (242) que previamente el deudor le ceda la acción de indemnización.

Tanto en los negocios dispositivos de eficacia real como en los negocios obligatorios, la retroactividad de la condición plantea los siguientes problemas:

(242) Borja Soriano señala acertadamente en cuanto al crédito condicional en el capítulo de los actos verdaderos ejecutados en perjuicio de los acreedores:

"Según algunos autores, el acreedor bajo condición resolutoria debe tratarse mientras está pendiente la condición como un acreedor puro y simple y sólo el acreedor bajo condición suspensiva está privado del derecho de obrar, porque dicha acción sale de la categoría de los actos conservatorios que el código permite a los acreedores bajo condición. (Planiol, Ripert, Esmein et Radouant, T. VII; núm 955; Baudry - Lacantinerie et Barde, T. XII, núm 686).

Otros autores consideran que el acreedor puede ejercer la acción pauliana aunque su crédito esté sujeto a una condición suspensiva (Demolombe, T. II, núm 229-231); Grouber, núm 202; Butera, núm 108, p. 495, 498 - 499) Pero numerosos autores niegan la acción pauliana a los acreedores sujetos a condición, sin distinguir entre la resolutoria y la suspensiva (Planio, T. II, núm 317; Josserand, T. II, núm 695, Colin et Capitant, T. II, núm 266, p. 253; Laurent, T. XVI, núm 459, Demogue, T. VII, núm 1077, p. 465-466) De este parecer es Cunha Gonzalves, quien se expresa en estos términos: "En cuanto a la obligación condicional, el acreedor puede tener siempre interés en que el acto fraudulento sea rescindido, antes de que se pierdan las pruebas y sean disipados los bienes enajenados, pues la represión del fraude no debe esperar la realización de la condición suspensiva. Otros aun disienten de la precedente doctrina... Porque, mientras está pendiente la condición, la deuda es incierta; no es justo ni razonable que se autorice en éstas condiciones la revocación del acto argüido de perjudicial, porque, no realizándose la condición, el acreedor tendría tal vez que restituir lo recibido si el mismo no estuviese insolvente. Cuando mucho, podrá el acreedor exigir que el deudor y su cómplice presten garantía por el valor defraudado mientras la condición estuviere pendiente... La última opinión es la que mejor se ajusta a lo dispuesto en nuestro artículo 682, pues el acreedor condicional sólo puede requerir los actos conservatorios de su derecho, es claro que no puede tener legitimidad para la acción revocatoria del acto fraudulento, ya porque esta acción es predominantemente persecutoria del acto fraudulento, ya porque esta acción es predominantemente persecutoria, ya porque no puede afirmar y probar que sufre algún perjuicio con dicho acto en vista de que su crédito es aún hipotético. Esta es la opinión que a mi juicio merece aceptable"

A) Mantenimiento de los actos de administración realizados durante la pendencia de la condición. Son muy abundantes y variadas las razones que se han dado para justificar el mantenimiento de los actos de administración.

Según Demolombe (243) y Colmet de Santerre, (244) la subsistencia de los actos de administración se explican diciendo que existe un mandato tácito, por el cual el titular del derecho condicional faculta a la otra parte para que realice esos actos. Contra esta justificación, observa Leloutre (245) que el mandato nunca se presume y, además, siempre cabría la posibilidad de demostrar la existencia en el titular del derecho condicional de una voluntad contraria a tal mandato.

Planiol (246) hace notar que la realización de los actos de administración no requiere generalmente el carácter de propietario en quien los realiza y, por tal motivo, no es extraño que se mantengan los realizados por el propietario en pendencia de la condición.

(243) op.cit., T. XXV, p. 389

(244) citado por Laurent: op. cit., T. XVII, p 98-99

(245) citado por Angelo Carlo Pelosi: La pretesa retroattività della condizione en Rivista trimestrale di diritto e procedura civile anno XXII, número 3; settembre 1968, dott. A. Giuffré editore. Milano, 1968, p. 825-882

(246) op. cit., T. III, núm 232

Finalmente, Coviello, (247) Barassi, (248) Demolombe (249) y Josserand (250) fundamentan esta excepción a la retroactividad en razones de carácter práctico: para que la cosa se mantenga en buen estado, es preciso que alguien la administre durante la pendencia y, por tanto, los actos de administración deben conservarse, pues benefician también al titular del derecho condicional.

Aunque menos numerosas, también se han emitido opiniones contrarias a la persistencia de los actos de administración. En esta dirección, afirma Laurent (251) que, como consecuencia de la retroactividad, deben ser tenidos por ineficaces, o al menos (y esta es, a juicio del autor, la solución más acertada), que debe exigirse, para que continúen siendo eficaces aún después del cumplimiento de la condición, que hayan sido realizados de común acuerdo por el propietario y el titular del derecho condicional.

(252)

(247) op. cit., p. 490

(248) teoría general delle obbligazioni. Milán, 1948, T. II, p. 169

(249) op. cit., T. XXV, p. 380

(250) op. cit., T. I, núm 1819, p. 354

(251) op. cit., T. XVII, núm 82 y 83, p. 95-99. En sentido idéntico: Baudry - Lacantinierie: op. cit., T. II, p. 105, núm 232.

(252) Pelosi: op. cit., p. 865

Esta solución tropieza con la dificultad de que en el caso, bastante probable, de que los interesados no se pusieran de acuerdo, se haría preciso acudir a juicio, con lo cual, hasta que se dictase la sentencia oportuna, quedaría impedida la administración de la cosa. Además no debe perderse de vista que, en pendencia de la condición, el titular del derecho condicional sólo tiene una expectativa, en tanto que la otra parte es aún propietaria de la cosa y que, en el caso de que se concediera al primero una intervención en la administración, esta injerencia quedaría totalmente injustificada si con posterioridad no se cumpliera la condición.

B) Respecto a los frutos percibidos durante la pendencia de la condición, nuestro Código no dice nada. Nosotros nos inclinamos a pensar que como excepción al principio de retroactividad no se han de restituir los frutos, ya que si interpretamos la segunda parte del artículo 1941 llegaremos a la conclusión de que estos son consecuencia de la naturaleza del acto.

Demolombe (253) afirma que esto es una consecuencia del principio de que nadie está obligado a entregar los frutos mientras el crédito no ha nacido y el deudor ha sido puesto en mora. Este razonamiento tiene el inconveniente de que, aun siendo cierto que el derecho consuetudinario en forma condicional no nace hasta que la condición se cumpla, en virtud de la retroactividad debe considerarse como si hubiera nacido al tiempo de concluirse el negocio condicional.

Según Troplong, (254) el obligado a entregar la cosa tiene derecho a los frutos como poseedor de buena fe. A esta explicación opone Demolombe (255) que la situación del deudor condicional es muy distinta a la del poseedor de buena fe, pues, a diferencia de éste, no ignora la posibilidad de que, en virtud del cumplimiento de la condición, desaparezca retroactivamente su título. Insistiendo en este punto de vista, indica Leloutre (256) que, mientras la restitución de frutos ocasionaría un perjuicio considerable al poseedor de buena fe, debido a que contaba con ellos, no es tan perjudicial en el caso del deudor condicional, que puede adaptar sus relaciones a la eventual obligación de restituir los frutos.

(253) T. XXV, p. 391

(254) op. cit., p. 762

(255) op. cit., T. XXV, p. 391

(256) op. cit., p. 112

Para Demolombe (257) esta excepción está basada en que la retroactividad actúa *de terreno* no *de facto*; por lo cual no puede borrar el hecho de que el deudor haya poseído la cosa y haya percibido los frutos. En contra de esta argumentación, hace notar Coviello (258) que la imposibilidad de borrar el hecho de la posesión no implica que sea imposible la restitución de frutos.

Leloutre aduce una razón de orden práctico: la restitución daría lugar a que el propietario descuidara el cultivo y la administración de la cosa y lleva consigo las dificultades de una rendición de cuentas. (259)

Siguiendo la orientación marcada por el legislador, otros autores distinguen, al justificar esta excepción a la retroactividad, entre las obligaciones bilaterales y las unilaterales, afirmando que, en cuanto a las primeras, se excluye la restitución de frutos por la mayor sencillez que ésta solución implica; (260) como las partes consideraron equivalentes las cosas y sus utilidades, lo más sencillo y justo es estimar compensadas las obligaciones de restitución. (261)

(257) *ibidem*

(258) *op. cit.*, p.490

(259) *ibidem*

(260) Puig Peña: T. IV, p. 111

(261) Valverde, *Tratado de Derecho Civil*. 1926, T. III, p. 144. en el mismo sentido Manresa: *op. cit.*, T. VIII, p. 127

Por lo que se refiere a las obligaciones unilaterales, según Manresa, el fundamento es de justicia y radica en que habiendo tenido el deudor todos los cuidados y cargas que la posesión de la cosa supone y su productividad exige, es lo mas natural que le correspondan los frutos percibidos. (262)

Coviello (263) y Cariota - Ferrara (264) sostienen que en las obligaciones unilaterales la justificación de esta excepción debe buscarse en la intención de las partes y en el mismo concepto de liberalidad.

(262) Manresa: ibidem

(263) ibidem

(264) op. cit., p. 560-561

TEORIA DE LOS RIESGOS EN LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

El título segundo del libro cuarto en su capítulo primero se refiere a las obligaciones condicionales y el artículo 1948 establece lo siguiente:

"Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente ésta, se prefiere, deteriorar o bien se mejora la cosa que fue objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes:

I.- Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación.

II.- Si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

Entiéndese que la cosa se pierde cuando se encuentra en alguno de los casos mencionados en el artículo 2021.

III.- Cuando la cosa se deteriore sin culpa del deudor, éste cumple su obligación entregando la cosa al acreedor en el estado en que se encuentre al cumplirse la condición.

IV.- Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación o su cumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos

V.- Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.

VI.- Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario. (265)

Resulta de gran interés la reflexión de Gaudemet (266) que a continuación transcribimos:

"Supongamos primeramente una obligación sujeta a condición suspensiva, único caso previsto por el Código en el artículo 1182, (267) por ejemplo, la venta de una cosa bajo condición suspensiva, *pendente conditione*, la cosa perece por caso fortuito, y posteriormente la condición se realiza. "¿Quién deberá soportar los riesgos?

De pronto, está uno tentado a razonar así: la condición tiene efecto retroactivo; todo debe pues ocurrir como si la venta fuese firme desde el principio. Ahora bien, conforme al artículo 1138, los riesgos son a cargo del comprador, luego aquí también será a su cargo, y deberá pagar el precio, sin tener la cosa.

Esta solución sería inexacta. La condición obra retroactivamente, pero para ello se requiere que en el momento en que se realiza, los elementos esenciales para la formación del contrato existan todavía.

(265) El código del 84 contenía disposiciones similares del artículo 1340 a 1345

(266) Gaudemet, Eugene: Teoría General de las obligaciones. Traducción y notas de derecho mexicano por Pablo Macedo. México. Ed Porrúa., 2a ed., p. 455

(267) Del código francés.

Ahora bien, no es este el caso, pues en el momento en que la condición queda llenada, un elemento esencial del contrato ha desaparecido, ya que la cosa ha perecido y el contrato no tiene pues objeto. Por lo tanto, no hay venta. La pérdida será en consecuencia para el vendedor y el comprador no adeudará nada. Es lo que decide el artículo 1182, primero y segundo párrafos.

Supongamos ahora una pérdida parcial o un deterioro, *pendente conditione*. La condición se realiza. El mismo razonamiento ya no es posible. Lógicamente debería decirse: el contrato tiene un objeto en el momento en que la condición se realiza, luego en virtud del efecto retroactivo de la misma, todo se desarrollará como si el deterioro hubiese ocurrido después de una venta firme. El riesgo estará a cargo del comprador que deberá pagar el precio íntegramente, tomando la cosa en el estado en que se encuentra.

Esa debiera ser la solución lógica. Era la de Pothier. Pero ha sido cambiada por el Código.

Le queda al acreedor una opción: puede tomar la cosa sin disminución del precio, o puede hacer que el contrato se rescinda. Esta facultad es una grave innovación; es el único caso en que una pérdida parcial, no imputable al deudor, pueda producir semejante efecto. Esto equivale a invertir los riesgos, a dejarlos a cargo del deudor, pues de hecho, el acreedor hará rescindir el contrato cuantas veces el deterioro de la cosa haya sido grave. Es una solución ilógica generalmente criticada.

Si la pérdida parcial o el deterioro sobrevienen por culpa del deudor, el artículo 1182, cuarto párrafo, mediante simple aplicación del derecho común, deja al acreedor la elección entre hacer rescindir el contrato o exigir la cosa en el estado en que se encuentre con daños y perjuicios.

El artículo 1182 no soluciona el problema de los riesgos cuando la obligación está sujeta a condición resolutoria. De ahí que hayan surgido controversias. En general se adopta la opinión de Demolombe, conforme a la cual los riesgos quedan a cargo del comprador, por aplicación del derecho común, del artículo 1138. En efecto, la venta sujeta a condición resolutoria debe ser tratada *pendente conditione*, como venta pura y simple. Lo que es condicional es la resolución, no la venta. Esta solución, sin embargo se discute".

De la lectura del artículo 1948, podemos distinguir, siguiendo al código, entre la pérdida total de la cosa y los deterioros (a los cuales se asimila la pérdida parcial) y, en ambos casos, según que la pérdida o el deterioro se produzca por culpa o sin culpa del deudor.

pérdida total de la cosa. (Art. 1948, Frac. I)

Si se tiene en cuenta que en los negocios obligatorios condicionales no nacen el crédito y la obligación en tanto que la condición no se ha cumplido, se comprende sin dificultad que como hace notar De Diego, (268) la expresión "quedará extinguida la obligación" no es apropiada, puesto que no puede extinguirse una obligación que aún no ha nacido, y teniendo en cuenta esta consideración, sería mejor afirmar que la obligación, aunque la condición se cumpla posteriormente, no nace por falta de objeto.

Dejando a un lado esta observación terminológica, se deduce de la redacción de esta regla, Frac. I del art. 1948 que la pérdida total de la cosa, que se produzca durante la pendencia de la condición sin culpa del deudor, la sufre el acreedor, (269) lo cual supone que, si la condición se realiza posteriormente, el deudor no estará obligado a entregar la cosa específica debida y no tendrá tampoco que realizar en su lugar ninguna otra prestación.

Por estar en estrecha relación con la norma contenida en la Frac. I del artículo 1948, cabe preguntarse si en el contrato de compraventa - y en general, cuando se trate de obligaciones bilaterales - sometido a condición, el comprador soportará las consecuencias económicas de la pérdida de la cosa que se produzca

(268) Curso de Derecho Civil., T. V., p. 213

(269) Castan: op. cit., T. IV, p. 129

durante la pendencia de la condición sin culpa del deudor, o dicho de otra manera, si estará obligado el comprador a entregar el precio en el caso de que, después de haberse producido la pérdida de la cosa vendida, se cumpla la condición. Como en los negocios obligatorios condicionales la condición tiene como consecuencia el que no nazca la obligación aunque la condición se cumpla después, resulta que cuando se trata de obligaciones bilaterales, tampoco nace por falta de causa la obligación correlativa, (270) esto da lugar a que, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de compraventas no condicionales, deba entenderse que el comprador no estará obligado a entregar el precio. (271)

Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste quedará obligado a resarcimiento de daños y perjuicios (Art. 1948, F. II)

Pérdida parcial y deterioros. El acreedor sufre la pérdida parcial o los deterioros no imputables al deudor. Algunos autores (272) ven en ello una consecuencia de la retroactividad de la condición, puesto que, al igual que ocurre en las obligaciones puras, sufre este riesgo el acreedor. (Art. 1948, F. III)

(270) cfr. Aubry et Rau: op. cit., T. IV, p. 71

(271) Como lo mencionamos en su momento, ésta solución fue acogida por el Derecho Romano (D. 18, 6, 8) y también en las partidas (L. 26, T. 5P5) En cuanto a las legislaciones extranjeras, cfr. art. 1182-1 del c.c. francés, y, sobre todo, el art. 1465-3 del código civil italiano vigente actualmente.

(272) Manresa, op. cit. T. VIII, p. 132

En el artículo 1948, F. IV, se establece la facultad de opción, que se concede al acreedor, de seguir interesado, a pesar de los deterioros, o a exigir el cumplimiento de la obligación, por ejemplo, porque la cosa sirva aún para el uso a que la destinaba.

MEJORAS.

Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor (Art. 1948, F. V).

Este principio, que también se considera como una de las consecuencias de la retroactividad, se justifica haciendo notar que soporta el acreedor, según se establece en la fracción III de este artículo.

Si se mejora a expensas del deudor no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario (Art. 1948, F. VI). Esta regla remite, pues, al artículo 987, 989-1005 de nuestro Código Civil. que concede al usufructuario, entre otras cosas la facultad de retirar las mejoras útiles o de recreo, si esto puede hacerse sin detrimento de los bienes.

LA CLAUSULA DE RESERVA DE DOMINIO Y LA CONDICION

La cláusula de reserva de dominio, conocida también con la denominación de *pactum reservati dominii*, es una estipulación frecuente en la venta a plazos.

La venta con reserva de dominio, es otra de la modalidades reglamentadas por nuestro Código Civil, para el contrato de compraventa. A ella se refiere el artículo 2312 que dispone: "Puede pactarse válidamente que el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado. Cuando los bienes vendidos son los mencionados en las fracciones I y II del artículo 2310, el pacto de que se trata produce efectos contra tercero, si se inscribe en el Registro Público; cuando los bienes son de la clase a que se refiere la fracción III de dicho artículo, se aplicará lo dispuesto en esta fracción."

Francisco Lozano Noriega aclara lo anterior diciendo que "el artículo 2312 únicamente reglamenta la modalidad venta con reserva de dominio, cuando la condición suspensiva a la cual se supedita el contrato consiste en el pago del precio. Pero no está reglamentada ninguna otra venta con reserva de dominio. Los contratantes podrán pactar válidamente, en virtud de la transmisión de dominio, que se cumpla la condición. Nada más que esta modalidad no sería una modalidad reglamentada, pero sería lícita.

"Vamos a referirnos solamente a la modalidad reglamentada: Venta con reserva de dominio. En esta modalidad el contrato de compraventa se subordina a la condición suspensiva de que el comprador pague el precio. Vamos a considerar los efectos del contrato entre las partes y los efectos del contrato en relación con terceros, antes y después de cumplida la condición. Ya citamos el artículo 2312. Ahora veamos lo que dispone el 2313:

"El vendedor a que se refiere el artículo anterior, mientras no se vence el plazo para pagar el precio, no puede enajenar la cosa vendida con reserva de propiedad, y al margen de la respectiva inscripción de venta se hará una anotación preventiva en la que se haga constar esa limitación de dominio".

"(El artículo está equivocado, pues la anotación de la limitación de dominio debe hacerse en el margen de la inscripción a favor del vendedor, la otra es inscripción principal y debe expresar esa condición)". (273)

No cabe duda que es de gran interés la opinión del maestro Lozano Noriega; sin embargo no compartimos totalmente su postura por lo que anotamos a continuación:

Naturaleza jurídica de la compraventa con reserva de dominio:

La cuestión de la configuración jurídica del *pactum reservati domini* ha suscitado varias polémicas, por ejemplo, entre la doctrina italiana con Ferrara Santamaría a la cabeza y la española con Candil y Casso como representantes.

No siendo posible, ni objeto de este trabajo, pretender examinar las variadísimas teorías formuladas, fijaremos tan sólo nuestra atención en las fundamentales, reconduciéndolas (a efectos de sistematización y sin conceder un valor absoluto a los términos) a una doble posición o tesis: negativa y positiva, contraria o favorable, respectivamente, a la admisibilidad de la reserva de dominio en el contrato de compraventa.

Tesis o posición negativa.

Como tal puede calificarse la sustentada inicialmente por Bonelli, acogida en la propia doctrina italiana por Gianturco y Butera, y a la que, si bien no prestó adhesión explícita, si al menos, mostró una gran simpatía el citado profesor Casso.

Examina Bonelli la validez de la reserva de dominio en la venta, tanto con referencia al Derecho Romano como al Derecho italiano entonces vigente. (274) Con referencia a éste, estima que

(274) Código de 1865.

contra la validez en general de la reserva de dominio en la venta se opone el principio, sancionado a su juicio por el código italiano (275) de que la transmisión de la propiedad "se opera de derecho" apenas los contratantes han manifestado su consentimiento".

Es decir: vender y no transferir "inmediatamente": la propiedad es un contrasentido, una antinomia jurídica (nadie puede querer y no querer al mismo tiempo). Por ello concluye afirmando que a la venta con reserva de dominio es necesario darle el valor o de una venta sujeta a condición resolutoria o de una promesa de venta: o la propiedad pasará inmediatamente al comprador, sin perjuicio de retornar anteriormente al vendedor, o las partes no habrán creado un contrato de compraventa, sino de promesa de venta.

Claramente se advierte cómo todo el razonamiento de Bonelli descansa en la consideración - y este es, precisamente, su lado débil - de que en el contrato de compraventa la transmisión de la propiedad es "simultánea" a la conclusión del contrato, y que ella es un efecto legal típico, esencial, inderogable. Justamente por ello le fué objetado: que él, a los tres elementos esenciales del contenido de la compraventa (consentimiento, cosa y precio) añade un cuarto, la transmisión "inmediata" de la propiedad; que los citados artículos no son normas congruentes; que la transmisión de la propiedad (en el

sistema positivo italiano) es un efecto normal, mas no necesario, de la compraventa, como lo prueban los múltiples ejemplos que hay en la ley de ventas simplemente obligatorias. (276) Ello es que el propio Gustavo Bonelli, más tarde, se adhirió también, al menos parcialmente, a la validez del pacto.

TEORIAS POSITIVAS.- Favorables a la *pactum reservati dominii*.

Admitida generalmente por la doctrina la validez del pacto, se discrepa al tratar de precisar su naturaleza jurídica, recurriéndose en general a dos figuras: el término y la condición.

La Teoría del término.- Fue expuesta por Ascoli, sosteniendo que la venta con reserva de dominio es una venta pura y simple en la que las partes aplazan o retardan el paso de la propiedad a un determinado día, que es un *dies certus*, "el día del pago del último plazo del precio".

Con razón se le objeta por Nuti la incerteza del hecho del pago. Además, si verdaderamente se tratase de un *dies certus*, como pretende Ascoli, llegado este término, como observa Ferrara-Santamaría, la propiedad sería adquirida *ipso iure* por el comprador, aunque no hubiese sido pagado todo el precio, y el

(276) venta de género, alternativas, *ad mensuram*, de cosa ajena, etc.

vendedor tendría que soportar todos los inconvenientes derivados de esta peligrosa transmisión: inconvenientes, precisamente, que con la reserva había querido evitar.

TEORIAS DE LA CONDICION

Presentan dos variantes, según se estime que la condición es la compraventa o simplemente la transmisión de la propiedad.

a) Tesis de la compraventa condicionada al pago del precio, ya resolutoriamente (Bonelli, en la forma antes expuesta) ya suspensivamente (Vidari), no es muy respetuosa con la voluntad de las partes. En efecto, si se tratase de venta bajo condición resolutoria, produciría inicialmente todos sus efectos, habría transmisión de propiedad, que es, cabalmente, lo que el pacto pretende evitar, y si se tratase de venta bajo condición suspensiva, implicaría hacer al comprador árbitro de la existencia del contrato.

b) La tesis de la transmisión de propiedad condicionada al pago del precio, tiene asimismo, según la naturaleza que se atribuya a la condición (o prescindiendo de las antiguas teorías de la condición intermedia o anómala), dos variantes fundamentales:

1.- Para unos, los menos, se trata de una condición resolutoria: hay transmisión del dominio, que se resuelve por falta de pago del precio. (277) Más es evidente, señala Casso, que en esta construcción falta la "reserva", se destruye la "razón técnica jurídica del pacto". Propiamente, observa Candil, más que reserva de propiedad, lo que habría sería venta con pacto de ley comisoria.

2.- Para otros, la mayoría, se trata de una condición suspensiva, no hay transmisión de dominio hasta que el precio es íntegramente pagado. Esta es la opinión dominante en la doctrina. (278) Y ha sido también la prevalente en la doctrina italiana, tanto bajo el Código del 65, en que fué formulada inicialmente por Francesco Ferrara y desenvuelta ampliamente por Ferrara - Santamaría, como bajo el código del 42, en que es acogida por Messineo, Cariota Ferrara, Barassi, Di Blasi, Giodano, Trabucchi, etc.

Según esta concepción dominante, la estructura jurídica de la venta a plazos con reserva de propiedad, hasta el pago íntegro del precio es la de un contrato de compraventa puro y simple que produce todos sus efectos excepto el de la transmisión de la propiedad, la cual subordinada a la condición suspensiva del hecho futuro e incierto del pago de todos los plazos del precio.

(277) Muller, Hoffman, Leonhart y Windscheid, citados por Candil: *ibidem*

(278) Ducker, Puchta y Goldschmidt, citados por Ferrara-Santamaría

No faltaron objeciones a esta tesis, (279) tales como la de que la propiedad queda *en suspenso* durante la fase de pendencia; que el pago del precio opera *ex nunc* y por ello no puede ser una condición suspensiva, y que, en definitiva, la transmisión de la propiedad queda al arbitrio del comprador. Mas a ellas se replicó (280) que, durante la pendencia de la condición, la propiedad no ésta en suspenso, sino que pertenece exclusivamente al vendedor; que la retroactividad no es un efecto esencial e indefectible de la condición, sino un efecto natural, que las partes pueden, por tanto, excluir; y que la objeción del arbitrio del comprador, si bien es exacta cuando lo condicionado es la entera venta, no lo es en esta construcción, ya que el hecho de pagar o no pagar no es indiferente al comprador, en cuanto que, si no paga, incurre en responsabilidad contractual y ello basta para excluir que se trate de una condición suspensiva meramente potestativa.

También más recientemente se han manifestado discrepancias, en la propia doctrina italiana, respecto a la tesis de la condición suspensiva de la transmisión de propiedad. Así Nuti, en réplica a la observación de Francesco Ferrara, según la que, el fundamento del traspaso no es la obligación de pagar el precio, sino el hecho del pago, afirma que "el pago del precio puede tener todos los requisitos de la condición menos uno: no es extínseco" y Ambrocio (281) en la misma línea, observa que el pago del precio no puede considerarse condición, ya que es uno de

(279) cfr. Bonelli, degni y Finzi

(280) Ferrara-Santamaría: op. cit., pp. 70 y ss.

(281) cfr. Ancora sulla vendita con riserva di proprietà

los efectos normales del negocio, y le faltaría siempre el requisito de la exterioridad, de aquella lógica accidentalidad, que es la característica del elemento condicional; a su juicio, todas las dificultades se evitan estimando que las partes prestan su consentimiento a una venta cuyo objeto no es la simple transferencia de la propiedad, sino la transmisión diferida de la propiedad, como diferido es el total del pago del precio; es decir, las partes no han querido subordinar o condicionar aquélla a la transmisión por el pago, sino simplemente, unirlos en el mismo esquema estructural. No lejos de esta posición parece citarse Barvero, cuando afirma que "la cosa más simple y más convincente nos parece la de conectar o reconocer a la voluntad de las partes, o sea, a la causa del contrato, junto con el efecto traslativo consensual y la obligación de pagar el precio; también el intento de diferir uno y otra, y uno en relación a la otra". (282)

En cuanto a la jurisprudencia, podemos señalar que en España el Tribunal Supremo ha establecido que el "*pactum reservati domini*" no constituye condición suspensiva de la perfección del contrato, por cuanto de él no depende el nacimiento de las obligaciones propias de la compraventa (obligación de entregar la cosa y obligación de pagar el precio), sino que afecta a la consumación del contrato, y consiste en una estipulación expresa de las partes por virtud de la que el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del

(282) Sistema. T. II, p. 394

precio" y, añade que viene a constituir una garantía del pago, pero sin que por ellos se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa, ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquélla por el libre consentimiento, del derecho a exigir recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma". (283)

En nuestro país se presenta una situación muy particular: la venta con reserva de dominio acompañada de un arrendamiento sujeto a condición resolutoria:

Nuevamente Lozano Noriega comenta que ésta se trata de otra modalidad reglamentada y una variante de la anterior. A ella se refiere el artículo 2315:

"En la venta de que habla el artículo 2312, mientras que no pasa la propiedad de la cosa vendida al comprador, si éste recibe la cosa será considerado como arrendatario de la misma."

"El vendedor que vende la cosa reservándose la propiedad, ¿puede entregarla al comprador, puede estipular a título de que, la entrega al comprador? Puede ser a título de comodatario, pero si no dice nada, entonces se aplica el artículo 2315 y se considera al comprador como arrendatario de la cosa. Encontramos que se han celebrado dos contratos: de compraventa y de arrendamiento, sólo que mientras el contrato de compraventa está

(283) Sentencia del 10 de junio de 1958, invocando la precedente del 15 de marzo de 1934.

sujeto a la condición suspensiva - pago de precio - este mismo pago de precio es la condición resolutoria respecto del contrato de arrendamiento.

"¿Cómo funcionan estos contratos unidos en forma alternativa? Supongamos o consideremos esta operación jurídica plena, en su integridad, antes de que la condición suspensiva se supla; ¿hay compraventa? No la hay, porque está sujeta a la condición suspensiva que no se ha cumplido. Respecto del otro contrato, arrendamiento, está sujeto a una condición resolutoria que consiste en que se pague el precio; la condición no se ha cumplido ¿cuál es el efecto? Considerar la obligación o el contrato, si se trata de un contrato sujeto a esta condición, como si fuese liso y llano, como un contrato no moral mientras la condición no se cumpla. En consecuencia, hay arrendamiento. Pero consideramos la época posterior al cumplimiento de la condición: la condición se cumple; entonces, el contrato de compraventa existe ya: sus efectos se producen porque la condición a la que estaba subordinada su existencia misma ya se cumplió. Pero ¿qué ocurre entonces con el contrato de arrendamiento? Que, como esa misma condición, que era suspensiva para la compraventa, es resolutoria para el arrendamiento, se destruye éste retroactivamente y queda sólo la compraventa. Fatalmente uno de los dos contratos subsistirá. Esto tiene un interés práctico fiscal, incluso, porque de acuerdo con la Ley General del timbre, los actos o contratos gravados por esta ley aún cuando sean condicionales, para efectos del impuesto se consideran lisos y llanos (art 68).

Al celebrar un contrato de éstos parecería que debe timbrarse el contrato no sólo como compraventa, sino también como arrendamiento, pero eso no sucede de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la misma ley que ordena que sólo deberá timbrarse el que cause mayor cuota". (284)

Nuevamente estamos en desacuerdo con el autor citado, y con la Suprema Corte de Justicia, quien ha resuelto que "cuando la intención de las partes fue que, al concluir de pagar todas las mensualidades pactadas y completar determinada suma de dinero se otorgará el título de propiedad no se está en presencia de un contrato de arrendamiento sino de compraventa a plazos sujeto a la condición suspensiva de perfeccionarse definitivamente mediante el pago total de precio convenido". (285)

En el capítulo de conclusiones expondremos nuestra opinión sobre este debatido tema.

(284) Lozano Noriega: op. cit., p. 148 y 149. Obsérvese que se trata de una curiosa unión alternativa de contratos y se cita en una edición de 1990 una ley derogada hace mucho tiempo. Actualmente el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación considera a la compraventa con reserva de dominio como una auténtica enajenación.

(285) S. J. de F., 5a época, Tomo LXX, p. 2592, y tomo LIX, p. 113 citados por Ramón Sánchez Medel: op. cit., p. 155

LA CLAUSULA DE RETROVENTA Y LA CONDICION.

El vendedor, en la mayoría de los países, se puede reservar en el contrato de compraventa el derecho de volver a comprar la cosa vendida dentro de un cierto plazo y esto es conocido como *cláusula de retroventa, derecho de retracto o de retraer*. En México, por razones históricas está prohibido:

Art. 2302 "Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes":

El pacto de retroventa era la venta hecha con la condición de que dentro de un plazo determinado se pudiera rescindir el contrato, devolviéndose respectivamente el precio y la cosa. (286)

De la definición anterior se infiere, que el vendedor que ejercía la facultad que nacía del pacto de retroventa no celebraba una nueva venta en virtud de la cual adquiriera de nuevo el dominio de la cosa vendida, sino que resolvía la venta, y como consecuencia natural de la resolución, recobraba la cosa.

(286) Mateos, Alarcón: op. cit., T. 5, p. 352. El pacto de retroventa lo regulaba el art. 3035 del código del 70 y el 2901 del código del 84

Nuestros códigos anteriores limitaban el ejercicio de este pacto a los casos de compraventa de inmuebles y por un tiempo máximo de cinco años. Sin embargo, ésta, en apariencia inofensiva modalidad contractual, daba lugar a grandes y graves consecuencias: con frecuencia, el contrato disimulaba una operación usuaria. Ya que para eludir la represión severa de la usura fue muy frecuente encubrirla con la apariencia de una compraventa en la que quien actuaba como comprador no era en el fondo más que un prestamista. (287)

Mediante este contrato el deudor vendía a su acreedor un cierto bien por el valor que deseaba recibir en préstamo comprometiéndose el comprador a revenderla al vendedor por el mismo precio que recibía.

Dos posibles abusos podían cometerse con el deudor en este caso:

Primero, que la cantidad prestada fuere desproporcionada con los rendimientos del bien, los cuales percibía el acreedor a título de dueño.

(287) Uno de los pactos más antiguos en los que se encubría la usura fue la Mohatra definida por don José Febrero como: "especie de usura o fraude que cometen los mercaderes con los labradores u otras personas necesitadas, las cuales se obligan por grandes cantidades, recibiendo mucho menos que el importe de su obligación, y comprando géneros al fiado por mucho más de lo que vale, para venderlos luego al contado por el tercio o menos, tal vez a persona destinada por los mismos mercaderes para hacer esta compra" José Febrero: op. cit., tomo VII, p. 174, el 3 de marzo de 1543 se instruyó a los Alcaldes, Mayores y a los Adelantados para castigar este tipo de usura. (Ley XXIX, título IV, libro III de la nueva Recopilación y ley V, título XXII, libro XII de la Novísima Recopilación).

Y segundo, que normalmente al celebrarse la operación se hacía por cantidades muy inferiores al valor real del bien que se vendía, a lo que no ponía reparo el deudor confiado en la posibilidad de redención en el mismo precio bajo, pero de no poder realizar ésta perdía para siempre, por una cifra baja un bien de valor mucho mayor. (288)

Seguramente tomando en cuenta todas estas razones el vigente Código Civil consignó una negativa expresa y tajante a la procedencia del fenómeno en estudio, e incluso, extendió radicalmente la negativa al caso de la simple promesa de venta de un bien inmueble que ya haya sido transmitido con anterioridad entre los mismos contratantes.

No obstante lo anterior, el pacto de retroventa siempre ha sido de gran interés, por ejemplo Troplong, (289) Duvergier, (290) Aubry et Rau (291) y Guillouard (292) se plantearon si el derecho que otorga el pacto de retroventa otorga al vendedor se halla en el patrimonio de este y por lo mismo, puede transmitirlo a

(288) cfr. el excelente artículo sobre la usura de Manuel Borja Martínez en la revista Jurídica, anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México. Núm 3 julio de 1971, pp.216 y ss.

(289) Troplong: op. cit., T. II. núm 702

(290) op. cit., T. II, núm 8

(291) op. cit., T. IV, No. 357, nota 31

(292) T. II, núm 661

terceras personas a título singular o a sus herederos a título universal, y coinciden en afirmar que tal derecho tiene un carácter esencialmente pecuniario. (292)

(292) Larenz, Karl: op. cit., p. 143 y ss; afirmó que "el ejercicio de este derecho se efectúa por declaración dirigida al comprador y no requiere la forma determinada para el contrato de compraventa. Mediante esa declaración surge una nueva relación de compraventa, invirtiendo su posición cada una de las partes: La relación de retroventa. Si nada en otro sentido se ha estipulado, el precio pactado para la primera venta rige también para la retroventa. El vendedor se reserva un derecho de retroventa cuando enajena la cosa a pesar suyo - v. gr. porque necesita urgentemente dinero o porque no la puede conservar - y espera que la situación cambie para él. La venta con pacto de reto puede tener lugar también con finalidad de concesión de crédito.

El derecho de retroventa es un derecho de transformación o configuración que lleva a cabo o realiza una relación obligatoria, es decir, una realización de compraventa cuyo contenido está de antemano determinado. La ley dice inequívocamente que la segunda relación de compraventa, la retroventa, "se efectúa" con el ejercicio del derecho de retroventa. La posición jurídica del titular del derecho de retroventa antes de sus ejercicio corresponde, por tanto, exactamente a la del destinatario de una oferta contractual, circulante en tanto dure la sujeción a ella del oferente; conserva aquél una inseparable facultad de llevar a efecto el contrato mediante su declaración; se trata, pues, de una facultad que puede incluirse dentro de los derechos de configuración. Esta facultad del destinatario de la oferta surge de un acto bilateral, de la declaración del proponente y de su fuerza obligatoria, mientras aquella se basa en una estipulación precedente. Pero esta diferencia no trasciende a la naturaleza jurídica de dicha facultad como un derecho de configuración... La concesión de un derecho de retroventa puede tener lugar - según la regla general - en el acto de concertar el primer contrato de compraventa, pero puede tener lugar también posteriormente en un contrato especial. En ambos casos el pacto necesita la forma prescrita para semejantes contratos de compraventa. Por eso el obligado a la retroventa no está obligado inmediatamente a la restitución, puesto que el origen de la relación de retroventa depende aún del ejercicio del derecho de modificación concedido a su titular. Pero se halla ya aquél mediatamente obligado, pues al conceder ese derecho de modificación dependiente después, no de su voluntad, sino de una declaración de voluntad del titular del mismo derecho. La finalidad del precepto sobre la forma exige su aplicación al contrato en el que se crea esa vinculación mediata, de la cual puede surgir después una obligación sin más intervención del obligado. En cambio la declaración jurídicamente configuradora del titular por la que se crea la relación misma de retracto, como ya hemos notado, no requiere forma especial.

Si el derecho de retroventa es ejercitado, el revendedor está obligado a entregar el objeto que compró y sus accesorios, tal como se encuentre. No responde de los deterioros causales ocurridos con anterioridad o de alteraciones no esenciales realizadas por él. El que ejercita el derecho de retracto no puede exigir ni indemnización de daños, ni reducción del precio de la retroventa. En cambio, el que retrovende ha de satisfacer indemnización de daños al retrocomprador por causa de deterioros causados por culpa suya antes del ejercicio del derecho o imposibilidad de entrega de la cosa o por alteraciones esenciales en la misma no culposas realizadas por él. Por tanto, al comprador que está vinculado por el derecho de retroventa del vendedor le afecta antes de su ejercicio un deber de diligencia y conservación: ha de contar con el ejercicio del derecho de retroventa, y poseerlo no puede estropear la cosa antes ni hacer imposible su restitución ni alterarla en su esencia. Si el retrovendedor ha dispuesto antes de la retroventa del objeto que compró, está obligado a eliminar los derechos de terceros basados en sus actos dispositivos; y si esto no le es posible, está obligado a prestar indemnización de daños. Puede exigir también indemnización por el uso que el comprador haya hecho de la cosa antes del ejercicio del retracto, a no ser que por dicho uso se haya elevado el valor de la cosa. Además tiene un ius tollendi. La responsabilidad del comprador por deterioros de la cosa o imposibilidad de su entrega, así como su derecho a indemnización por razón de su empleo, no se dan cuando ha sido pactado como precio de la retroventa la indemnización por razón de empleo, no se dan cuando ha sido pactado como precio de la retroventa la indemnización o entrega del valor de la cosa tiempo en que aquélla se verifica...

Posible, aunque poco frecuente, es el pacto por el cual no sea el vendedor el que esté facultado a volver a comprar, sino el comprador para vender otra vez *Wiederverkaufrecht*, frente al antes expuesto que podría denominarse entonces derecho de "retrocompra". A este contrato, no regulado en la ley, le son aplicables las disposiciones generales del pacto de retroventa"

LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA

Bajo la influencia de la *condictio* de los contratos, nominados del Derecho Romano, a la que nos hemos referido, y del Derecho Canónico, que sancionó la facultad de pedir a los tribunales la liberación en las obligaciones sinalagmáticas por incumplimiento, a fin de respetar la regla según la cual no se está obligado a cumplir lo prometido a favor de quien a su vez no cumple su promesa, llegamos a la codificación del Derecho en donde se estima que la cláusula resolutoria es natural de los contratos sinalagmáticos, no necesitándose entonces su consagración expresa en los mismos para hacerla valer, toda vez que se subentendía siempre.

La doctrina que sobre el particular se ha elaborado en Derecho Francés, es de indispensable conocimiento para la interpretación de nuestro Derecho positivo, por lo que haremos su estudio aunque sea someramente. Mayor importancia aún representa la investigación que nos proponemos si se considera que el artículo 1184 del Código Civil de Napoleón, es el modelo en el que se inspiraron todas las legislaciones del grupo hispano-francés, que lo han adoptado con ligeras variantes, y en ocasiones íntegramente.

En el antiguo Derecho Constitudinario francés, siguiéndose los principios del Derecho Romano, precisaba la consagración expresa de la cláusula resolutoria para que pudiera invocarse la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de alguna de las partes; pero al formularse el Código Civil de 1870, sus redactores, siguiendo un sistema opuesto inspirado en las ideas de Pothier, admitieron el pacto comisorio tácito en todas las obligaciones sinalagmáticas, concibiendo el artículo 1184 en los siguientes términos.

"La condición resolutoria se subentiende siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que una de las partes no cumpla su obligación.

En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte en perjuicio de la cual la obligación no ha sido cumplida, tiene la elección de obligar a la otra parte el cumplimiento de la obligación cuando sea posible o de exigirle la resolución, con daños y perjuicios.

La resolución debe ser demandada por la vía judicial y se puede conceder al demandado un plazo, según las circunstancias".

Encuadrado el artículo en el capítulo "De las Obligaciones Condicionales," la norma en él contenida fue considerada como una verdadera condición, con apego a la denominación expresa del texto.

Gaudemet (293) sin embargo, ha negado tal naturaleza a la institución en exámen atendiendo a que presenta diferencias excepcionales con la condición propia. En efecto, ésta implica la realización o falta de un acontecimiento independiente de la voluntad del obligado, opera de pleno derecho afectando tanto a las partes como a los terceros y no puede quedar al arbitrio de dichas partes el que sus efectos se produzcan o no; finalmente, no engendra el derecho a reclamar daños y perjuicios. En la condición resolutoria tácita, en cambio, los caracteres y efectos son contrarios a los apuntados.

Precisada así la diferencia entre la condición en su sentido lato y la llamada condición resolutoria tácita, procedieron los tratadistas franceses a descubrir la verdadera naturaleza de esta última, sin haber llegado a un

(293) Gaudement, E. op. cit., p. 416.

criterio uniforme sobre el particular; algunos la estiman como simple consecuencia del incumplimiento de las obligaciones, o bien una regla impuesta por la equidad (294) o como una sanción atribuida a la ley contractual que tiene la misma naturaleza de la cláusula penal. (295)

En este orden de ideas el pacto comisorio no implica interés de orden público, por lo que es renunciable, mayormente cuando queda al renunciante, para protección de sus intereses, la acción de cumplimiento forzoso y la excepción de contrato no cumplido. (296)

Veamos ahora, en este breve análisis de la doctrina francesa, lo que para la misma constituye el fundamento de la llamada condición resolutoria tácita, punto sobre el cual también abundan las controversias.

Algunos tratadistas (297) sostienen que la resolución por incumplimiento está fundada sobre la idea de la causa de la obligación. De acuerdo con la teoría clásica, en las obligaciones bilaterales la causa de cada uno de los obligados es la prestación de la otra parte; siguiendo esta tesis, se argumenta que si cualquiera de los contratantes

(294) Hémard, Joseph: Précis Elementaire de Droit Civil. T. II, n. 1552

(295) Josserand, Louis: Cours de Droit Civil positif Français. 2a ed, T. II, p. 197, n. 383

(296) Contra: Planioł y Ripert. op. cit., p. 595

(297) Lorombière y Demolombe, citados por Eaudry Lacantinerie, op. cit.

no cumple, la obligación del otro carecerá de causa y consecuentemente el contrato que la engendra deberá resolverse. Esta opinión, sin embargo, ha sido definitivamente superada, objetándose que si ha de tomarse a la causa como un elemento de formación de las obligaciones, ha de serlo precisamente al nacimiento de éstas y no con posterioridad; por otra parte, de ser cierta la tesis objetada, no podría pretenderse el cumplimiento de la obligación, derecho incuestionable que confiere también el artículo 1184 y al que no se ha renunciado.

También se ha creído encontrar el fundamento en cuestión en la correlación de las prestaciones, sosteniéndose que éstas no son independientes, sino que están ligadas por una íntima y estrecha relación que las hace depender una de otra.

Gran número de tratadistas opinan que el pacto comisorio se funda en la voluntad presunta de las partes y lo incluyen entre las instituciones fundadas en consideraciones de conveniencia y en las necesidades de la vida social.

Pero la opinión dominante en la doctrina francesa (298) es la de que el respeto lo funda, lo que consituye una razón de equidad, más que una cuestión de derecho, por lo que no es necesario colocarse desde un punto de vista jurídico para explicar la resolución de las obligaciones por incumplimiento de alguna de las partes.

Siguiendo el desarrollo del tema, hemos encontrado el planteamiento de dos cuestiones relativas a los contratos que están sujetos a la aplicación de la regla en examen: a) ¿la disposición del artículo 1184 citado, es aplicable únicamente a las obligaciones bilaterales perfectas, o tiene aplicación extensiva a las bilaterales imperfectas? y b) ¿todos los contratos sinalagmáticos están sujetos al pacto comisorio implícito, o hay casos de excepción?

Respecto a las primeras de las cuestiones enunciadas, se ha sostendio por algunos tratadistas que solamente las obligaciones bilaterales perfectas caen dentro de la reglamentación del repetido artículo 1184, y sostienen su tesis con argumentos que debemos resumir como sigue: el artículo 1184 contiene una ficción de carácter excepcional que no puede aplicarse fuera de sus términos; que es la misma de textos tan formales como el del

(298) Laurent., op. cit., T. XVII, ns. 153 y ss.
B.Lacantinierie y Barde T. XIII, p. 99, n. 905

precepto que se estudia, y finalmente, que la ley no conoce distinción alguna entre contratos bilaterales perfectos y bilaterales imperfectos, por lo que el intérprete está impedido para hacerla. (299)

Pero simultáneamente con esta opinión, se sustenta una contraria, según la cual es falso que el artículo 1184 de referencia contenga una ficción que no admita la aplicación extensiva. Dicho precepto establece una solución que resulta de la naturaleza misma del contrato sinalagmático. Los tratadistas en cita (300) apoyan su tesis, además, en casos concretos de derecho positivo, en los que se establece la resolución por incumplimiento en contratos bilaterales imperfectos: la donación con cargas puede ser resuelta por inejecución de las cargas. El préstamo con interés también es susceptible de resolución para la falta de pago de éste; en el comodato, el comodante puede exigir la restitución de la cosa porque el comodatario abuse de ella; igual consecuencia de devolución entraña el abuso de la cosa por parte del acreedor prendario, en el contrato de prenda.

(299) Josserand, p.197, n.383 y Hémard. op. cit., T. II, n. 1552

(300) Gaudement. op. cit., n. 42, p. 414, Hémard. p. 199, Planiol, p. 594, n. 420

Por lo que hace a la segunda cuestión enunciada, o sea la de si hay contratos bilaterales perfectos que escapan a la aplicación del artículo 1184 tantas veces citado, se contesta generalmente en sentido afirmativo, con apoyo en disposiciones del derecho positivo. En la reglamentación de la renta vitalicia, establece un artículo que si el deudor no paga las rentas, el acreedor no puede actuar en resolución y rescatar el capital. La excepción en este caso se justifica por el carácter aleatorio de las prestaciones, que determinan la imposibilidad de resolución una vez que los riesgos han comenzado a correr. También en materia de partición se prohíbe resolver la misma porque uno de los copartícipes no proporcione el saldo que ha prometido, pues la ley se esfuerza en mantenerla después de su realización por las dificultades y complicaciones de la operación, y en razón también de las garantías concedidas a los copartícipes. Para estos casos sólo la ejecución forzosa es posible. (301)

Josserand (302) considera excepción de contratos bilaterales que escapan a la aplicación del 1184, ya citado, los de ejecución sucesiva, diciendo que no puede tratarse en ellos de resolución en el plano de la lex comisoria del 1184. Es sólo para el porvenir.

(301) Josserand, op. cit., no. 385, Planiol, op. cit., p. 594 n. 420

(302) ibidem

También es particularmente discutido el punto sobre si se requiere un incumplimiento culposo o es bastante aún el que proviene del caso fortuito, para la procedencia de la resolución. Algunos tratadistas sostienen, y la jurisprudencia francesa ha adoptado sus tesis, que la resolución debe decretarse independientemente de la causa del incumplimiento, y se fundan en que el precepto legal que la consagra no contiene excepción para el caso de incumplimiento por fuerza mayor. Pero muchos otros autores (303) sustentan una tesis contraria afirmando que es requisito indispensable para que proceda la resolución por incumplimiento, que éste se deba al hecho imputable al incumplimiento, pues cuando tiene una causa extraña, la teoría de la *lex comisorias* es inaplicable: el contrato se resolverá sin duda, pero será por el efecto de la imposibilidad de ejecución y de la teoría de los riesgos, y critican la jurisprudencia francesa invocando la tradición: como los jurisconsultos romanos, los antiguos jurisconsultos franceses suponían invariablemente que la inejecución fuese imputable al deudor.

Por lo que hace al grado del incumplimiento necesario para resolver la obligación, se ha discutido si precisa un incumplimiento total o es bastante la inejecución parcial.

(303) Jossierand, p. 195, n. 380
Hémard, op. cit., 198

Sin ahondar sobre las discusiones habidas para proponer una u otra solución, diremos concretamente que la jurisprudencia francesa, y con ella la mayoría de los tratadistas, (304) sostiene que debe concederse al juzgador, un gran poder de apreciación, toda vez que se trata de una regla de equidad; si se demuestra por ejemplo que el incumplimiento es de tal naturaleza que de haber faltado en un principio, el contrato no se habría concluido, deberá decretarse la resolución; si es insignificante relativamente al todo, habrá de negarse. Pero en todo caso se requiere incumplimiento verdadero, por lo que un simple retardo no da derecho a resolver.

El derecho a resolver corresponde a aquél de los contratantes que ha cumplido con su obligación o que se allana a cumplirla; de otra suerte subcontratante podría hacer valer la excepción de contrato no cumplido. Laurent niega el derecho al acreedor que ha impedido el cumplimiento a su deudor.

(304) Pothier: *Traité du contrat de Vente*, T. II, p. 210, n.476
Laurent, T. XVII, n. 160
Planiol, 430
Baudry Lacantinerie
Barde, n. 912
Hemard, p 198

Cumplidos los requisitos examinados, y sin necesidad de constituir en mora previamente al incumpliente (305) debe ocurrirse al juez demandando la resolución, pues es admitido unánimemente que el pacto comisorio no opera de pleno derecho, sino por efecto de la declaración judicial, con una sola excepción, referida en el artículo 1657 del Código Civil francés para la venta de cosas muebles, en la que la resolución tiene lugar de pleno derecho después de la expiración del término convenido para el retiro.

De la resolución judicial, deducen los autores que la parte demandada puede impedir los efectos de la misma, ofreciendo y consignando el cumplimiento; es más, mientras la sentencia que la declara no haya adquirido la estabilidad de la cosa juzgada se tiene ese derecho de oposición.

De la expresión del artículo 1184 citado, "en este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho", se dedujo que había casos de condición resolutoria, en los que si se operaba la resolución ipso jure, y después de una larga controversia llegó a definirse unánimemente que tales casos eran los de la condición propia y no de pacto comisorio.

(305) Contra: Hémar: op.cit., 1553.
B. Lacantineire, op. cit., p. 116

El titular del derecho de resolución puede decidirse, libremente, entre ejercitarlo o pretender el cumplimiento forzoso de la obligación, de conformidad con el precepto legal en examen, siendo indiferente el orden en que se intente cualquiera de las dos acciones. Pothier, sin embargo, opinaba en sentido contrario, siguiendo el principio romano según el cual no puede cambiarse de vía una vez elegida cualquiera de ellas, pero se le objetó, con razón, que dicho principio era inaplicable al caso de resolución por incumplimiento.

Una vez declarada judicialmente la resolución se producen los efectos del pacto comisorio: resolución retroactiva y pago de daños y perjuicios.

Estan de acuerdo todos los tratadistas en la retroactividad del pacto comisorio y la fundan en la naturaleza de condición que atribuyen al mismo, y en la voluntad presunta de las partes; opinamos que sólo la segunda de las razones constituye el fundamento verdadero, pues hemos negado el carácter de condición a la institución en estudio.

En principio, los efectos del pacto comisorio son los mismos que los de la condición verdadera, por lo que nos remitimos a lo expuesto sobre el particular en el capítulo respectivo. Sólo hacemos hincapié en lo referente a los daños y perjuicios que no se dan en los casos de condición propia, y para que tengan lugar en los casos de aplicación del 1184, es necesario, de acuerdo con los principios generales del derecho común, que procedan directa e inmediatamente del incumplimiento.

Para la explicación de los efectos de la llamada condición resolutoria tácita frente a terceros, que son generalmente admitidos, se atribuyó a dicha condición un doble carácter de personal y real, no obstante el reconocimiento de su fuente contractual. Laurent (306) ha demostrado el error consistente en atribuir calidad de acción personal y real a una misma acción, haciendo evidente el absoluto que esta consideración implica y sostiene que en el derecho a resolver debe distinguirse dos acciones distintas, una personal y otra real, porque de otra suerte no podría intentarse la reivindicación demandando al tercero que no habiendo sido parte en el contrato tiene, sin embargo, que responder del mismo.

(306) Laurent, op. cit., T. XVII, p. 176, en el mismo sentido, Baudry Lacantinerie y Barde, op. cit., T. XIII, p. 122, n. 935

Luego, si lo que afecta a terceros es la acción que como propietario puede intentar el enajenante cuya enajenación se resuelve, no se puede concluir que es la acción que nace del contrato la que se hace valer frente a terceros.

El Derecho Francés consignó casos aislados de protección a terceros con el fin de garantizar la circulación de los bienes y evitar los inconvenientes que para el crédito representaba la afectabilidad a terceros: La ley de 23 de marzo de 1885, art. 7, exigía la publicación del derecho resolutorio para que pudiese afectar a terceros, así como la sentencia que la declarase; en caso de expropiación por causa de utilidad pública, la resolución de la venta de inmuebles fundada en plata de pago del precio, no puede detener la expropiación o impedir su efecto; el derecho de reclamar se remite a la indemnización. "En los trabajos preparatorios de la ley de 1855 se había propuesto llegar más lejos. Se había pedido la supresión de la acción resolutoria con relación a terceros en caso de venta inmobiliaria. En las ventas de inmuebles en justicia, la resolución por falta de pago del precio es substituida por el sistema de venta en subasta pública". (307)

(307) Gaudemet. op. cit., p. 419

Pero esta reglamentación fragmentaria de protección a terceros no ha suprimido los inconvenientes señalados.

Respecto al tiempo que dura la acción resolutoria, Laurent, concluyendo de su afirmación de que se trata de dos acciones distintas, declara aplicables las reglas de la prescripción para cada una de ellas; prescribirá en 30 años, pero puede ser rechazada por el demandado por la prescripción de 10 o 20 años, si tiene justo título de buena fe.

aminados a grandes rasgos los principios generales que informan la materia de la llamada condición resolutoria tácita en el Derecho Francés, veamos a la luz de los mismos el artículo 1949 de nuestro C.C. para proceder a su interpretación.

Dicho precepto establece la institución resolutoria de los contratos bilaterales en los siguientes términos:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere 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". (308)

El antecedente inmediato del precepto transcrito lo constituyen los artículos 1349 y 1350 del C.C. de 1884 que dicen literalmente:

(308) El Dr. Alberto Blanco "Curso de Obligaciones y Contratos" R. I., p. 149, n. 198, comentando el artículo 1124 del C.C. español dice: "En cuanto al párrafo primero habría que completarlo en el sentido de que la facultad a que se refiere no podrá ejercitarse por la parte que no ha cumplido sus obligaciones..."

ART. 1349.- La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación."

ART 1350.- El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses, pudiendo adoptar este segundo medio aún en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación."

Estos artículos son transcripción literal de los artículos 1465 y 1466 del C.C. de 1870 y en ambos Códigos están comprendidos en el Libro Tercero "De los Contratos" Título segundo, "De las Diferentes especies de obligaciones", Capítulo segundo " De las obligaciones condicionales". Lo que demuestra que se siguió el sistema del Código Civil Francés.

El antecedente común de todas nuestras disposiciones citadas es el proyecto de Código Civil Español formulado por don Florencio García Goyena, que sirvió de base al proyecto que para México elaboró don Justo Sierra y que orientó a los redactores del Código de 1870.

En el proyecto de García Goyena, la facultad resolutoria se consignó en el artículo 1042 que dice: "La condición resolutoria va implícita en los contratos bilaterales para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera con su obligación.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses, pudiendo adoptar este segundo medio aun en el caso de la obligación.

El tribunal decretará la resolución que se reclama al no haber causas justificadas que le autoricen a señalar plazo." (309)

(309) García Goyena en su proyecto señala: "El artículo 1302 Holandés, niega al juez la facultad de señalar plazo, cuando la condición resolutoria no es implícita, sino convencional; y en el caso de ser implícita, concede todavía veinte días, a contar desde la demanda, para cumplir o purgar la mora. El 919 Austriaco dispone lo contrario: "Cuando una de las partes no cumple, la otra no puede pedir la resolución del contrato, sino únicamente compelerla a su cumplimiento".

El artículo Francés no distingue entre condición resolutoria implícita y convencional para que el juez pueda conceder plazo: según el discurso 59, puede concederlo en ambos casos: este mismo es el espíritu del nuestro, como luego se verá.

La ley 6, título 54, libro 4 del Código, parece favorable a este artículo. Non impleta promissi fide dominii tui jus in suam causam reverti convenit. La 14, título 44 del mismo libro, parece contraria. Non ex eo quod emptor non satis conventioni fecit contractus irritus constituitur, y también la 8, título 38, libro 4 del mismo. La 6, título 1, libro 18 del Digesto, da a entender que por la inobservancia del pacto se puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato.

La ley 38, título 5, partida 5, dice en sustancia que, si no se observa el pacto puesto en la venta, y sin el que no se habría celebrado, puede este deshacerse. Si la venta no fué hecha señaladamente por razón del pacto inobservado, queda válida, y solo puede pedirse el cumplimiento del pacto inobservado, con los daños y menoscabos, si los hubo: puede verse la 5, título 6 y la 41, título 14 de la misma Partida.

Algo más parecida a la disposición general de este artículo es la del párrafo 41, título 1, libro 2, Instituciones, y de la ley 46, título 28, Partida 3; la venta a falta de pacto especial, lleva implícita la condición resolutoria de que el comprador ha de pagar el precio, y la llevaban también los contratos innominados, como la permuta.

Nuestro artículo 1042 ilustra y fija este punto vago y oscuro en Derecho Romano y Patrio: la condición resolutoria va implícita, y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación.

Pero como no puede quedar al arbitrio de la parte dolosa o culpable deshacer el contrato, es libre la otra en pedir su cumplimiento o resolución y en acudir a este segundo medio, cuando le haya resultado fallido el primero: téngase presente el párrafo 3 del artículo 1007: la facultad que el artículo concede a los tribunales, se funda en consideraciones de humanidad; summum jus umma injuria: y no repugna al principio de que el pacto es a la ley entre los contrayentes. Aquí se pide la resolución del contrato por el mismo que podía pedir su cumplimiento.

Aun cuando la condición resolutoria haya sido estipulada formalmente, es necesario acudir a los tribunales, poner en claro la inejecución, examinar sus causas, distinguirlas de un simple retardo; y en el examen de estas causas puede haberlas tan favorables que el juez se vea forzado por la equidad para conceder un plazo; las leyes 2, párrafo 1, título 11, libro 2 y 21, párrafo 9, título 8, libro 4. Ponen ejemplos de estas justas causas, y los hay también en las 1 y 2 título 8, Partida 3, y 37, título 11, Partida 5; ve nuestro artículo 1085 y el de la Lusiana que he copiado en el 1018; ve también el 1432, 1433 y 1646.

El tribunal de Casación, siguiendo los buenos principios de legislación y los dictado de la equidad, tiene declarado que el artículo 1184 Francés no es aplicable a los casos en que las cosas han dejado de estar íntegras por haberse cumplido en parte la obligación, y esta no haya podido cumplirse íntegramente por fuerza mayor, Rugron, comentario a dicho artículo.

Fácil es comprender, por la simple lectura de todas las disposiciones legales citadas, la procedencia directa de nuestro artículo 1949 del artículo 1184 del Código Francés, a través de nuestros códigos de 1884 y 1870 y del proyecto de don Florencio García Goyena.

La doctrina que sobre el particular se ha elaborado en Derecho Francés, es de indispensable conocimiento para la interpretación de nuestro Derecho positivo, por lo que haremos su estudio, aunque sea someramente.

Como ya hemos dicho, en el antiguo Derecho Consuetudinario Francés, siguiéndose los principios del Derecho Romano, precisaba la consagración expresa de la cláusula resolutoria para que pudiera invocarse la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de alguna de las partes; pero al formularse el Código Civil de 1807, sus redactores, siguiendo un sistema opuesto inspirado en las ideas de Pothier, admitieron el pacto comisorio tácito en todas las obligaciones sinalagmáticas, conciviendo el artículo 1184 en los siguientes términos.

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

En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte en perjuicio, de la cual la obligación no ha sido cumplida, tiene la elección de obligar a la otra parte el cumplimiento, cuando sea posible o de exigirle la resolución, con daños y perjuicios.

La resolución debe ser demandada por la vía judicial y se puede conceder al demandado un plazo, según las circunstancias".

Encuadrado el artículo en el capítulo "De las Obligaciones Condicionales," la norma en él contenida fue considerada como una verdadera condición, con apego a la denominación expresa del texto.

Gaudemet sin embargo, (310) ha negado tal naturaleza a la institución en exámen atendiendo a que presenta diferencias excepcionales con la condición propia. En efecto, ésta implica la realización o falta de un acontecimiento independiente de la voluntad del obligado, opera de pleno derecho afectando tanto a las partes como a los terceros y no puede quedar al arbitrio de dichas partes que sus efectos se produzcan o no; finalmente no engendra el derecho a reclamar daños y perjuicios. En la condición resolutoria tácita, en cambio, los caracteres y efectos son contrarios a los apuntados.

(310) Gaudement, E. op. cit., p. 416

Precisada así la diferencia entre la condición en su sentido lato y la llamada condición resolutoria tácita, procedieron los tratadistas franceses a descubrir la verdadera naturaleza de esta última, sin haber llegado a un criterio uniforme sobre el particular; algunos la estiman como simple consecuencia del incumplimiento de las obligaciones, o bien una regla impuesta por la equidad (311) o como una sanción atribuida a la ley contractual que tiene la misma naturaleza de la cláusula penal. (312)

En este orden de ideas, el pacto comisorio no implica interés de orden público, por lo que es renunciable, mayormente cuando queda al renunciante, para protección de sus intereses, la acción de cumplimiento forzoso y la excepción de contrato no cumplido. (313)

Veamos, ahora, en este breve análisis de la doctrina francesa, lo que para la misma constituye el fundamento de la llamada condición resolutoria tácita, punto sobre el cual también abunda la controversia.

(311) Hémard, Joseph: *Precis Elementaire de Droit Civil*. T. II n. 1552

(312) Josserand, Louis: *Cours de Droit Civil positif Français*. 2a. ed, T.II, p. 197, n. 383

(313) Contra: Planiol y Ripert. *op. cit.*, p. 595

Algunos tratadistas (314) sostienen que la resolución por incumplimiento está fundada sobre la idea de la causa de la obligación. De acuerdo con la teoría clásica, en las obligaciones bilaterales la causa de cada uno de los obligados es la prestación de la otra parte; siguiendo esta tesis, se argumenta que si cualquiera de los contratantes no cumple, la obligación del otro carecerá de causa y consecuentemente el contrato que la engendra deberá resolverse.

Esta opinión, sin embargo, ha sido definitivamente superada, objetándose que si ha de tomarse a la causa como un elemento de formación de las obligaciones, ha de serlo precisamente al nacimiento de éstas y no con posterioridad; por otra parte, de ser cierta la tesis objetada, no podría pretenderse el cumplimiento de la obligación, derecho incuestionable que confiere también el artículo 1184 y al que no se ha renunciado.

También se ha creído encontrar el fundamento en cuestión en la correlación de las prestaciones, sosteniéndose que éstas no son independientes, sino que están ligadas por una íntima y estrecha relación que las hace depender una de otra.

(314) Lorombière y Demolombe, citados por Baudry Lacantinerie, *ibid.*

Gran número de tratadistas opinan que el pacto comisorio se funda en la voluntad presunta de las partes y lo incluyen entre las instituciones fundadas en consideraciones de conveniencia y en las necesidades de la vida social.

Pero la opinión dominante en la doctrina francesa (315) es la de que el repetido fundamento lo constituye una razón de equidad, más que una cuestión de derecho, por lo que no es necesario colocarse desde un punto de vista jurídico para explicar la resolución de las obligaciones por incumplimiento de alguna de las partes.

Siguiendo el desarrollo del tema, hemos encontrado el planteamiento de dos cuestiones relativas a los contratos que están sujetos a la aplicación de la regla en examen:

1.- ¿La disposición del artículo 1184 citado, es aplicable únicamente a las obligaciones bilaterales perfectas, o tiene aplicación extensiva a las bilaterales imperfectas? y

2.- ¿Todos los contratos sinalagmáticos están sujetos al pacto comisorio implícito, o hay casos de excepción?

(315) Laurent. op. cit., T. XVII, ns. 153 y ss.
Baudry Lacantinerie et Barde, T. XIII. p. 99, n. 905

Relativamente a las primeras de las cuestiones enunciadas se ha sostenido por algunos tratadistas que solamente las obligaciones bilaterales perfectas caen dentro de la reglamentación del repetido artículo 1184, y sostienen su tesis con argumentos que debemos resumir como sigue:

El artículo 1184 contiene una ficción de carácter excepcional que no puede aplicarse fuera de sus términos; que es la misma, textos tan formales como el del precepto que se estudia, y finalmente, que la ley no conoce distinción alguna entre contratos bilaterales perfectos y bilaterales imperfectos, por lo que el intérprete está impedido para hacerla. (316)

Pero al lado y simultáneamente con esta opinión, se sustenta una contraria, según la cual es falso que el artículo 1184 de referencia contenga una ficción; que no admita la aplicación extensiva. Dicho precepto establece una solución que resulta de la naturaleza misma del contrato sinalagmático.

Los tratadistas en cita (317) apoyan su tesis, además, en casos concretos de derecho positivo, en los que se establece la resolución por incumplimiento en contratos

(316) Jossierand, p. 197, n. 383 y Hémarid. op. cit., T. II, n. 1552

(317) Gaudement. op. cit., n. 42, p. 414, Hémarid, p. 199, Planiol, p. 594, n. 420.

bilaterales imperfectos: la donación con cargas puede ser resuelta por inejecución de las cargas; el préstamo con interés también es susceptible de resolución por la falta de pago de éste; en el comodato, el comodante puede exigir la restitución de la cosa porque el comodatario abuse de élla; igual consecuencia de devolución entraña el abuso de la cosa por parte del acreedor prendario, en el contrato de prenda.

Por lo que hace a la segunda cuestión enunciada, o sea la de si hay contratos bilaterales perfectos que escapan a la aplicación del artículo 1184 tantas veces citado, se contesta generalmente en sentido afirmativo, con apoyo en disposiciones del derecho positivo; en la reglamentación de la renta vitalicia, se establece un artículo que si el deudor no paga las rentas, el acreedor no puede actuar en resolución y rescatar el capital. La excepción en este caso se justifica por el carácter aleatorio de las prestaciones, que determinan la imposibilidad de resolución una vez que los riesgos han comenzado a correr.

También en materia de partición se prohíbe resolver la misma porque uno de los coparticipes no proporcione el saldo que ha prometido, pues la ley se esfuerza en mantenerla después de su realización por las dificultades y

complicaciones de la operación, y en razón también de las garantías concedidas a los copartícipes. Para estos casos sólo la ejecución forzosa es posible. (318)

Josserand considera excepción de contratos bilaterales que escapen a la aplicación del 1184, ya citado, los de ejecución sucesiva, diciendo que no puede tratarse en ellos de resolución en el plano de la lex comisorio del 1184. Es sólo para el porvenir. (319)

También es particularmente discutido el punto sobre si se requiere un incumplimiento culposo o es bastante aún el que proviene del caso fortuito, para la procedencia de la resolución. Algunos tratadistas sostienen, y la jurisprudencia francesa ha adoptado sus tesis, que la resolución debe decretarse independientemente de la causa del incumplimiento, y se fundan en que el precepto legal que la consagra no contiene excepción para el caso de incumplimiento por fuerza mayor. Pero muchos otros autores (320) sustentan una tesis contraria afirmando que es requisito indispensable para que proceda la resolución por incumplimiento, que éste se deba a hecho imputable al incumplimiento, pues cuando tiene una causa extraña, la teoría de la lex comisorio es inaplicable: el contrato se

(318) Josserand, op. cit., no. 385, Planiol, op. cit., p. 594 n. 420

(319) ibidem

(320) Josserand, p. 195, n. 380

Hémar, op. cit., 198

resolverá, sin duda, pero será por el efecto de la imposibilidad de ejecución y de la teoría de los riesgos. (321)

(321) En España, recientemente Beltrán de Heredia y Onís ha manifestado tajantemente que: "Entre los requisitos que se consideran necesarios para la existencia de una prestación válida, como objeto de la obligación, figura el de ser posible física y jurídicamente. Se exigió en el Derecho romano *ad impossibilia nemo tenetur*: (*impossibilium nulla obligatio est*. D. 50, 17, 185) y se exige actualmente al establecerse en el artículo 1272 que "no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles" completado por el artículo 1271 al decir que "pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras", exigiendo, por tanto, que el objeto del contrato (o sea, la prestación) consista en cosas que estén dentro del comercio de los hombres.

Ahora bien, esto es así en la habitualmente llamada posibilidad originaria. Es decir, la que se toma en consideración en el momento inicial de constituirse una obligación. Pero puede ocurrir que en el devenir futuro de una obligación válida, lícita y posible, ésta devenga imposible por causas acontecidas con posterioridad a su vencimiento, dando lugar con ello a lo que habitualmente se llama imposibilidad sobrevenida".

He dudado al titular este capítulo si hacerlo con el término de imposibilidad sobrevenida o con el de incumplimiento definitivo. Me he decidido por el primero. La cuestión no es trascendente y, por otra parte, me parece que las causas más frecuentes de incumplimiento definitivo son aquellas que tienen lugar como consecuencia de una imposibilidad sobrevenida.

De otro lado, aun siendo la imposibilidad sobrevenida, en sus diversas formas, que veremos, el supuesto más claro de incumplimiento definitivo, hay un supuesto en el cual se da el incumplimiento definitivo sin que pueda decirse propiamente que se trate de una imposibilidad sobrevenida.

Me refiero al supuesto de la negativa total, frontal, absoluta y declarada del deudor de cumplir la prestación que puede producirse inclusive antes del vencimiento de la obligación.

En este supuesto se pueden plantear variados problemas, como es, por ejemplo, lo referente a la forma escrita u oral, en que la negativa se formule, así como a las consecuencias jurídicas (resolución, etc.) La doctrina muestra cierta perplejidad al respecto, pero me parece haber acuerdo en exigir que la declaración negativa al cumplimiento ofrezca requisitos suficientes de certeza y de seriedad.

La cuestión, a juicio de Giorgianni, debe ser planteada sobre bases más amplias, hasta comprender no sólo la declaración de no querer cumplir, sino en general el comportamiento del deudor, suficiente para indicar que no quiere o no puede cumplir. En semejantes hipótesis el deudor puede, sin más ser considerado incumpliente de modo definitivo.

A la misma conclusión debe llegarse, sostiene también Giorgianni, en el caso de que tal declaración o comportamiento se haya manifestado antes del vencimiento del plazo; pero parece justificado, en efecto, que el acreedor deba esperar el vencimiento del término para poner en marcha los remedios contra el incumplimiento (especialmente la resolución del contrato), que le permite sustraerse (liberarse) a un vínculo ya inútil. Semejante situación permite, además, no agravar ulteriormente la posición del mismo deudor.

Naturalmente, como ya he indicado, debe tratarse de un comportamiento que indique de manera cierta e inequívoca que el deudor no puede o no quiere cumplir. Giorgianni contempla la hipótesis en la cual un adjudicatario, que deba construir un edificio en tres años, ni siquiera lo haya iniciado después de dos años.

Además, la declaración de no querer cumplir debe ser seria y exenta de vicios (por ejemplo, por error); ninguna relevancia podría atribuirse a una declaración provocada, hipotéticamente, por una momentánea vuelta atrás frente al comportamiento del acreedor.

En concordancia con lo que vengo sosteniendo en este epígrafe, Díez-Picazo afirma que en pura lógica jurídica, de carácter absoluto y definitivo de la inejecución de la prestación, solamente se presenta en aquellos casos en que la prestación sobrevenida es imposible.

Por ejemplo: la cosa determinada que el deudor debía transmitir a acreedor se ha destruido enteramente; la cosa que el deudor -depositario, comodatario- debía restituir se ha perdido; el servicio o la actividad que el deudor había permitido no pueden ya ser realizadas.

Sin embargo, la imposibilidad sobrevenida de la prestación no es más que un subtipo o un subcaso dentro de extenso género del incumplimiento definitivo".

Estos autores también critican la jurisprudencia francesa invocando la tradición: como los jurisconsultos romanos, la antigua doctrina francesa suponía invariablemente que la inejecución fuese imputable al deudor.

Por lo que hace al grado del incumplimiento necesario para resolver la obligación, se ha discutido si precisa un incumplimiento total o es bastante la inejecución parcial.

Sin ahondar sobre las discusiones habidas para proponer una u otra solución, diremos concretamente que la jurisprudencia francesa, y con ella la mayoría de los tratadistas, (322) sostiene que debe concederse al juzgador, un gran poder de apreciación, toda vez que se trata de una regla de equidad; si se demuestra por ejemplo que el incumplimiento es de tal naturaleza que de haber faltado en un principio, el contrato no se habría concluido, deberá decretarse la resolución; si es insignificante relativamente al todo, habrá de negarse.

Pero en todo caso se requiere incumplimiento verdadero, por lo que un simple retardo no da derecho a resolver.

(322) Pothier: *Traité du contrat de Vente*, T. II, p. 210, n. 476
Laurent, T. XVII, n. 160
Planiol, 430
Baudry Lacantinerie et Barde, n. 912
Hemard, p. 198

El derecho a resolver corresponde a aquél de los contratantes que ha cumplido con su obligación o que se allana a cumplirla; de otra suerte, su contratante podría hacer valer la excepción de contrato no cumplido. Laurent niega el derecho al acreedor que ha impedido el cumplimiento a su deudor.

Cumplidos los requisitos examinados, y sin necesidad de constituir en mora previamente al incumpliente (323) debe ocurrirse al juez demandando la resolución, pues es admitido unánimemente que el pacto comisorio no opera de pleno derecho, sino por efecto de la declaración judicial, con una sola excepción, referida en el artículo 1657 del Código Civil francés para la venta de cosas muebles, en la que la resolución tiene lugar de pleno derecho después de la expiración del término convenido para el retiro.

De la resolución judicial, deducen los autores que la parte demandada puede impedir los efectos de la misma, ofreciendo y consignando el cumplimiento; es más, mientras la sentencia que la declara no haya adquirido la estabilidad de la cosa juzgada se tiene ese derecho de oposición.

(323). Contra: Hémard: op.cit., 1553.
B Lacantineire, op. cit., p. 116

De la expresión del artículo 1184 citado, "en este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho", se dedujo que había casos de condición resolutoria, en los que si se operaba la resolución ipso iure, y después de una larga controversia llegó a definirse, unánimemente, que tales casos eran los de la condición propia y no de pacto comisorio.

El titular del derecho de resolución, puede decidirse libremente, entre ejercitarlo o pretender el cumplimiento forzoso de la obligación, de conformidad con el precepto legal en exámen, siendo indiferente el orden en que se intente cualquiera de las dos acciones. Pothier, sin embargo, opinaba en sentido contrario, siguiendo el principio romano según el cual no puede cambiarse de vía una vez elegida cualquiera de ellas; que se le objetó con razón, que dicho principio era inaplicable al caso de resolución por incumplimiento.

Una vez declarada judicialmente la resolución se producen los efectos del pacto comisorio: resolución retroactiva y pago de daños y perjuicios.

Están de acuerdo todos los tratadistas en la retroactividad del pacto comisorio y la fundan en la naturaleza de condición que atribuyen al mismo, y en la voluntad presunta de las partes; opinamos que sólo la segunda de las razones constituye el fundamento verdadero, pues hemos negado el carácter de condición a la institución en estudio.

En principio, los efectos del pacto comisorio son los mismos que los de la condición verdadera, por lo que nos remitimos a lo expuesto sobre el particular en el capítulo respectivo. Sólo hacemos hincapié en lo referente a los daños y perjuicios que no se dan en los casos de condición propia, y para que tengan lugar en los casos de aplicación del 1184, es necesario, de acuerdo con los principios generales del derecho común, que procedan directa e inmediatamente del incumplimiento.

Para la explicación de los efectos de la llamada condición resolutoria tácita frente a terceros, que son generalmente admitidos, se atribuyó a dicha condición un doble carácter de personal y real, no obstante el reconocimiento de su fuente contractual. Laurent (324) ha demostrado el error consistente en atribuir calidad de acción personal y real a una misma acción, haciendo evidente el absurdo que esta consideración implica y sostiene que en el derecho a resolver debe distinguirse dos acciones distintas, una personal y otra real, porque de otra suerte no podría intentarse la reivindicación demandando al tercero que no habiendo sido parte en el contrato, tiene, sin embargo, que responder del mismo. Luego, si lo que afecta a terceros es la acción que como propietario puede intentar el enajenante cuya enajenación se resuelve, no se puede concluir que es la acción que nace del contrato la que se hace valer frente a terceros.

(324) Laurent, op. cit., XVII, p. 176, en el mismo sentido, Baudry Lacantinerie et Barde: op. cit., T. XIII, p. 122, n. 935

El Derecho Francés consignó casos aislados de protección a terceros con el fin de garantizar la circulación de los bienes y evitar los inconvenientes que para el crédito representaba la afectabilidad a terceros: La ley de 23 de marzo de 1885, art. 7, exigía la publicación del derecho resolutorio para que pudiese afectar a terceros, así como la sentencia que la declarase; en caso de expropiación por causa de utilidad pública, la resolución de la venta de inmuebles fundada en falta de pago del precio, no puede detener la expropiación o impedir su efecto y el derecho de reclamar se remite a la indemnización.

"En los trabajos preparatorios de la ley de 1855 se había propuesto llegar más lejos. Se había pedido la supresión de la acción resolutoria con relación a terceros en caso de venta inmobiliaria. En las ventas de inmuebles en justicia, la resolución por falta de pago del precio es substituída por el sistema de venta en subasta pública. (325)

Pero esta reglamentación fragmentaria de protección a terceros no ha suprimido los inconvenientes señalados respecto al tiempo que dura la acción resolutoria, Laurent, concluye que en su afirmación de que se trata de dos acciones distintas, señalando aplicables las reglas de la prescripción para cada una de ellas; prescribirá en 30 años, pero puede ser rechazada por el demandado por la prescripción de 10 o 20 años si tiene justo título de buena fe.

Naturaleza jurídica. Decíamos que el pimer problema que surge al tratar de desentrañar la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa, es el relativo a determinar si es en realidad una verdadera condición resolutoria.

En otra parte de este mismo trabajo, hemos precisado las diferencias más notable de ambas instituciones y llegamos a la conclusión de que la llamada condición resolutoria tácita no es una condición en el sentido riguroso del término; diferencias que podemos concretar en lo siguiente:

A) En la llamada condición resolutoria tácita. El incumplimiento para que pueda fundar la resolución, tiene que ser imputable al deudor, es decir, debe ser un hecho que depende de la voluntad del obligado, y si asimiláramos dicha condición a la resolutoria propia para aplicarle sus principios, el incumplimiento voluntario produciría la nulidad y no la resolución.

B) La condición propia opera automáticamente, en tanto que la tácita sólo resuelve la obligación una vez que ha sido declarada judicialmente.

C) Mientras que la condición resolutoria, como modificación accidental y voluntaria de la obligación, tiene que constar de manera expresa, la tácita va implícita en todas las obligaciones bilaterales.

D) En la condición verdadera los efectos se producen aún contra la voluntad de los contratantes, en tanto que en la tácita el titular del derecho de resolución puede no ejercitarlo, lo cual representa la posibilidad legal de privar de eficacia a esta última.

E) Finalmente, se distinguen ambas instituciones en que la llamada condición resolutoria tácita al presentarse engendra el derecho a reclamar daños y perjuicios, en tanto que esta circunstancia es ajena a la condición propia.

A esta conclusión negativa han llegado la mayoría de los civilistas, (326) y esta corriente doctrinal ha guiado a nuestros legisladores que como acertadamente lo ha advertido Joaquín Rodríguez Rodríguez "el C.C.del D.F. no dice ya condición resolutoria, sino que utiliza la expresión *facultad*, en lugar de *condición*, resolutoria. Sin duda que el cambio de un concepto por otro ha querido significar algo, ya que con dicha redacción el código se aparta de sus modelos y es de suponer que ello no sea sólo expresión de un capricho". (327)

¿Qué es entonces la condición resolutoria tácita o pacto comisorio, como también se le denomina? Creemos que como lo establece el citado artículo 1949 se trata en realidad de una facultad, de una acción que nace como efecto natural de los contratos bilaterales, y más precisamente como consecuencia del

(326) Blanco, op. cit., Ruggiero: *Instituzioni di Diritto Civile*. V, II, p. 286

Giorgi, op. cit.

(327) J.R.R.: *Notas de Derecho Mexicano en el Derecho Mercantili* de J. Ascarelli. Trad de F.J. Tena, p. 239

incumplimiento de las obligaciones; estimamos que está fuera de lugar el artículo de nuestro Código, toda vez que tendríamos que atribuir el carácter condicional a todas las obligaciones bilaterales y esto evidentemente es impropio.

Es oportuno advertir que nuestros códigos del 70 y del 84 en los artículos 1537 y 1421, respectivamente, consignaban la facultad resolutoria a que nos referimos, y que dichos artículos correspondían al título "De la ejecución de los contratos".

Esta acción que la ley establece presumiendo la voluntad de los contratantes, está instituída en beneficio del interés privado y puesto que nace de un contrato, es personal, es decir, exigible al obligado individualmente determinando, por lo que es renunciable, mayormente cuando su renuncia no implica desamparo absoluto para quien la hace, toda vez que éste queda protegido con la excepción de contrato no cumplido y la acción de cumplimiento forzoso.

Fundamento. En torno a este problema han surgido en la doctrina controversias a las que ya aludimos, baste decir que encuentran el fundamento de la resolución que nos ocupa en la equidad. En efecto, sería evidentemente injusto que aquél que ha cumplido con sus obligaciones quedase indefinidamente ligado por un vínculo que no puede reportarle beneficio alguno.

Por otra parte, la necesidad de evitar las fuertes erogaciones y la prolongación indefinida del litigio (obligaciones de tracto sucesivo) contra un obstinado incumplimiento, que implica muchas veces la acción de cumplimiento forzoso, justifican suficientemente el medio protector que analizamos.

Contratos a los que se aplica. También sobre este particular hemos anticipado algunas ideas. Es sabido que los contratos según las obligaciones que producen, se clasifican en unilaterales y bilaterales; los primeros son aquéllos en los que solamente uno de los contratantes se obligan, y los segundos entrañan obligaciones recíprocas o correlativas. Pero se creó un tercer grupo, que no es admitido por todos los tratadistas; el de los bilaterales imperfectos, que lo constituyen los contratos que unilaterales al momento de su formación, devienen bilaterales porque una circunstancia posterior no prevista por las partes, impone obligaciones a aquélla que en un principio no las contrajo.

Ahora bien, en el texto legal se hace referencia a las obligaciones bilaterales, ¿comprenderá también a las del último grupo de la clasificación examinada? o expresado en otros términos ¿puede invocarse en éstas el incumplimiento para pedir la resolución?

Después de haber examinado la cuestión en el Derecho Francés, creemos innecesario insistir sobre las controversias que el tema ha suscitado, por lo que nos concretaremos a afirmar que en Derecho Mexicano, en opinión del maestro Borja Soriano deja fuera de discusión el problema. El autor niega la existencia del tercer miembro de la clasificación apuntada; con Baudry Lacantinerie, Planiol, etc., ha sostenido que los contratos llamados por algunos autores sinalagmáticos imperfectos son en realidad unilaterales, puesto que "Para apreciar la naturaleza de un contrato debe uno colocarse en el momento en que se forma". (328) De ahí que siendo terminante el texto de la ley (en la que no encontramos el término bilateral imperfecto), de que se entiende implícita en las recíprocas, concluyamos que sólo para las obligaciones bilaterales perfectas valga la resolución por incumplimiento.

Con relación a los contratos aludidos en la parte de este trabajo, correspondiente al Derecho Francés, y que los autores allí citados estiman unilaterales que no obstante este carácter están sujetos a la aplicación del pacto comisorio, podemos decir: del comodato y del depósito, que de acuerdo con el sistema de nuestro código Civil, por regla general, son contratos unilaterales, por lo que estarán

(328) Borja Soriano: op. cit., p. 116

exentos de la aplicación del artículo 1949, pero puede suceder que revistan el carácter de bilaterales onerosos (329) y en este caso observará la regla general; de la donación con cargas podemos afirmar que es contrato unilateral, por lo que no está sujeto a la resolución, por incumplimiento; respecto a la prenda (y ésto lo podemos aplicar en general a todos los contratos accesorios de garantía, como la fianza, la hipoteca) estimamos que por ser accesorio seguirá la suerte del contrato principal.

A pesar de la disposición categórica del artículo que comentamos, en el sentido que rige para las obligaciones recíprocas, hay casos de contratos en los que no obstante su calidad de bilaterales perfectos no es aplicable el pacto comisorio; la renta vitalicia, como ya hemos dicho, es un ejemplo de ello, toda vez que el artículo 2782 establece que la falta de pago de las pensiones no autoriza la resolución de la misma.

Suele justificarse la excepción porque el carácter aleatorio de las prestaciones, imposibilita el volver las cosas a su estado primitivo una vez que los riesgos han comenzado a correr.

(329) Los términos oneroso y bilateral son frecuentemente confundidos, afirmándose que todo contrato oneroso es necesariamente bilateral, pero tal afirmación es falsa, porque existen contratos unilaterales onerosos.

Incumplimiento. Es elemento de la acción resolutoria el incumplimiento de alguno de los contratantes, pero, ¿cualquier incumplimiento es bastante para que proceda la resolución, o se requiere la concurrencia de determinados requisitos?

Valiéndonos de las enseñanzas de los tratadistas, intentaremos esclarecer la cuestión planteada, distinguiendo:

- A) el incumplimiento culposo del que se deba a causas extrañas al incumpliente,
- B) El incumplimiento total o parcial,
- C) El que implique violación de cláusulas principales del que viola secundarias, para referirnos finalmente al caso de los contratos de trato sucesivo cuando cambian las circunstancias imperantes en la época de su formación.

a) Sobre el primer apartado del párrafo anterior, transcribimos una nota de Baudy Lacantinerie y Barde (330) por considerar que condensa las principales opiniones sobre el particular. Dice esta nota: "Aubry et Rau formulan a este respecto una simple afirmación: la aplicación del pacto comisorio, es por otra parte independiente de las circunstancias que pueden haber impedido a una de las partes cumplir sus obligaciones".

Lorombiere y Demolombe deducen su solución del fundamento que creen aplicable al 1184: supuesto que falta la causa al haber incumplimiento, no importa por qué lo haya, si por caso fortuito o por fuerza mayor. Pero habiendo nosotros refutado la causa como fundamento de la resolución, no podemos admitir la solución de estos autores. Laurent: esta circunstancia, que el juez podrá conceder un plazo de gracia y admite que lo mismo se puede resolver por cualquier causa que no se cumpla. Según Hunc, no hay lugar a distinguir si la inejecución se debe o no a causas imputables al deudor, porque no se trata de resolver una cuestión de daños, sino de resolución porque no haya habido ejecución del contrato. El 1184 no hace ni debe hacer distinción a este respecto".

En opinión a todos los tratadistas citados, así como en la jurisprudencia francesa a que aludíamos en otra parte de este trabajo, debe proceder la resolución independientemente de las causas del incumplimiento. Sin embargo, creemos que la opinión contraria es la verdadera, y por lo mismo aplicable a nuestro Derecho positivo. Si interpretáramos nuestro artículo 1949 atendiendo al rigor de su texto, no habríamos llegado a esta conclusión, puesto que dicho artículo no distingue entre una y otra especie de incumplimiento; pero es incuestionable que tradicionalmente se ha requerido la culpa del incumpliente, y respecto del artículo 1184 francés, se ha pensado que al

establecer que el deudor no ha cumplido su obligación, excluye el caso de imposibilidad de cumplimiento por causas ajenas al obligado. Además, al demandado se le acumula la responsabilidad de pagar daños y perjuicios, y ¿no es indiscutible que esto sólo procede por culpa o dolo, puesto que en términos generales al caso fortuito nadie está obligado? (Art. 2111 del C.C.)

También lo ha dicho Laurent: puesto que el juez puede conceder plazo al incumpliente para ponerse en regla, nada impide suponer que la ausencia de culpa o dolo del deudor puedan influir en el ánimo del juez que, basado en esa circunstancia, puede negar la resolución.

Podría objetarse que nuestros redactores omitieron en el artículo 1949 la facultad de otorgar plazo, no obstante haber tenido a la vista el proyecto de García Goyena y el Código de Napoleón, que expresamente lo consagran, y que en el Código de Comercio (art. 84) se prohíbe expresamente el reconocimiento de términos de gracia o cortesía para los contratos mercantiles.

Pero esta objeción la estimamos infundada toda vez que la admisión del pacto comisorio por incumplimiento no imputable al deudor, está en contraposición con nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Un argumento más consiste en la circunstancia de que la resolución debe demandarse en justicia, como lo demostraremos en su oportunidad, pues ello es suficiente para fundar la creencia de que el legislador quiso facultar al juez para negar o conceder la resolución, estimando el perjuicio que se ocasione con el incumplimiento.

b) La inejecución culposa ha de referirse a la prestación total; pero en determinadas circunstancias, la falta parcial será suficiente para fundar la demanda de resolución. Recordemos que en Francia se formuló una regla concreta para los casos de inejecución parcial, regla que consideramos aplicable entre nosotros por estar apoyada en la afirmación de que el pacto comisorio se funda en la equidad, afirmación que aceptamos para nuestro artículo 1949: cuando se demuestre que el incumplimiento parcial es de tal importancia que de haber faltado en un principio, el contrato no se habría celebrado, habrá de concederse la resolución; cuando por el contrario se acredite que es tan insignificante relativamente al todo, que el cumplimiento parcial reporta beneficios considerables, habrá de negarse. En nuestro Código vigente existen disposiciones que creemos invocables para la regulación del criterio que ha de normar la aplicación del artículo 1949: en materia de evicción y

saneamiento se da facultad rescisoria al adquirente por los defectos ocultos de la cosa adquirida que la hagan impropia para los usos a que se le destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlos conocido el adquirente no habría hecho la adquisición o habría dado un menor precio (art. 2142); idéntica acción rescisoria se consigna para el caso de que la finca enajenada reporte gravámenes por servidumbre no aparente (art. 2138). En la reglamentación del arrendamiento también se otorga acción rescisoria al arrendatario, por la negativa del arrendador de hacer a la cosa las reparaciones necesarias para usarla en lo que está destinada, o porque se vea privado en juicio de una parte de la misma (arts. 2416, 2420 y 2421), etc. En todas estas disposiciones encontramos legalmente sancionado el pensamiento de la doctrina y la jurisprudencia francesas, y aunque es evidente que todas ellas se refieren a casos que están al margen del artículo 1949, pueden invocarse, repetimos, como criterio regulador, por aplicación analógica. También se habla en ellas de rescisión y no de resolución, pero esto nada significa ya que es intrascendente la confusión de los términos en nuestro texto legal.

c) El incumplimiento parcial que acabamos de aludir, ha de referirse a las cláusulas principales del negocio jurídico para que dé fundamento la acción resolutoria, y

entendemos por cláusulas principales las que implican los elementos esenciales o naturales del contrato de que se trate.

Cuando la inejecución parcial implica violación de cláusulas accesorias o secundarias, creemos que el juez debe gozar de un poder discrecional que normará de acuerdo con las observaciones hechas en el apartado anterior, considerando que el fundamento de la institución en estudio, es la equidad.

Para los contratos que se perfeccionan, o mejor dicho, que se ejecutan en una serie de actos, a través del tiempo, los llamados de trato sucesivo, creemos aplicable la resolución por incumplimiento fundada en la variación de las circunstancias predominantes en la época de su celebración, porque se afecta fundamentalmente la relación de reciprocidad de las prestaciones en los contratos bilaterales, pues tal es la opinión doctrinaria dominante en nuestros días.

Poyayi, citado por Giorgi, ha escrito a este respecto: "todos los contratos correspondientes que no se consuman en un único momento y que tienen una progresión futura, (331)

contienen tácitamente, implícita, como condición esencial de su fiel observancia, el hecho de preservar las cosas en el mismo estado que preexistía en el momento de su estipulación *rebus in eodem statu manentibus*. Ahora bien, si por cualquier causa sobrevinida 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".

Adviértase que los casos de incumplimiento examinados, representan omisión de las prestaciones y no un simple retardo en el cumplimiento de las mismas, pues opinamos que este retardo no puede fundar la demanda de resolución. Debe tenerse presente, sin embargo, que habrá negocios como los llamados en Derecho Alemán "a plazo fijo", en los que la época de la prestación es de la esencia del cumplimiento, de tal suerte que si no se ejecutan el día de su fecha, no podrán tener ya ejecución posterior; para estos casos es incuestionable que se da un incumplimiento verdadero con el simple retardo, por lo que deberá decretarse la resolución que se solicite con apoyo en el mismo.

TITULAR DEL DERECHO. La acción resolutoria corresponde sólo a aquél de los contratantes que ha cumplido sus prestaciones o que se allana a cumplirlas, pues siendo concomitante con la de cumplimiento forzoso, es incuestionable que esta no podría ejercitarse sin el requisito expresado, porque el demandado podría oponerse mediante la excepción de contrato no cumplido, además alegaría la misma falta que el actor le atribuyera.

Ya hemos dicho que es una acción personal que nace de la obligación bilateral y puede ser intentada por los causahabientes por los herederos y aun por terceros que lo hayan substituido en sus derechos contractuales.

Tampoco podrá valerse de la facultad resolutoria el acreedor que dolosamente impide el incumplimiento a su deudor; cuando ambos contratantes participen de este vicio, el juez decidirá discrecionalmente. (332)

Derecho de elección. El titular del derecho a que nos referimos, está facultado para decidirse libremente por el cumplimiento de la obligación o por la resolución de la misma. Expresa y terminantemente le atribuye este derecho de elección el artículo 1949:

(332) Planiol. op. cit., p. 600
Laurent op. cit., T. XVII, p.156

"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".

La disposición transcrita elimina el problema de si el ejercicio de cualquiera de los derechos implica la renuncia del otro. Para el caso en que se intente primero el cumplimiento y después la resolución, es evidente que no exista renuncia a este último derecho, ya que es presupuesto esencial de la resolución la falta de cumplimiento de las prestaciones y, ¿qué mejor medio de acreditar este extremo que la demanda de cumplimiento frustrada?, por lo que nos parece innecesario el último párrafo del artículo 1949 y creemos que la intención del legislador haya sido la de aclarar que también en el caso de que se invierta el orden de las acciones es decir, que se intente primero la resolución, se puede cambiar de acción, para pretender el cumplimiento. Esta última afirmación nos parece también indiscutible porque quien intenta la resolución lo hace convencido de la imposibilidad de cumplimiento, en su provecho, del contrato; pero si durante el proceso resolutorio advierte la posibilidad de ejecución, no puede negársele que pretenda ésta, cada vez que constituye el objeto inherente al contrato.

COMO OPERA EL PACTO COMISORIO.- Una vez satisfechos los requisitos de procedencia examinados, el titular del derecho de resolución debe ocurrir al juez para deducirlo, ya que éste no opera de pleno derecho, sino por efecto de la declaración judicial. Esta aseveración reconocida unánimemente por la doctrina, también en nuestro Derecho es cierta, aunque se haya suprimido en el texto del artículo 1949 la consignación que en otras legislaciones se hace en el sentido de que la resolución debe demandarse en justicia.

En efecto, el principio de universal observancia de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, lo encontramos diseminado en diversas disposiciones del Derecho positivo, y concretamente, enunciado en nuestro artículo 17 Consitucional. Además, el acreedor tiene simultáneamente con el derecho de resolución, la facultad de optar por el cumplimiento; la resolución ipso iure implicaría negación de esta facultad a la que no ha renunciado, según lo hemos demostrado. Por otra parte el incumplimiento es siempre un hecho complejo cuyas causas y consecuencias deben ser estimadas en cada caso particular; si hemos aceptado que sólo el incumplimiento con determinados requisitos, engendra el derecho a resolver es preciso aceptar la necesidad de intervención del juez, tanto para constatar la presencia de dichos requisitos, como para distinguir el incumplimiento de un simple retardo. Ahora bien ¿cómo confiar a los particulares la apreciación de estas circunstancias tan complejas, cuando tienen intereses opuestos?

Este modo diverso de obrar, la llamada condición resolutoria tácita, al modo como la condición propia produce sus efectos, es la diferencia más notable de ambas insituciones y se explica por todas las razones apuntadas y porque la condición propia, al estar fundada en la voluntad expresa de las partes, que entre ellas es ley, resuelve anticipadamente la obligación para cuando el acontecimiento se realice, por virtud de la sanción legal de esa voluntad.

De lo expuesto concluimos que la parte contra la cual se demanda la resolución, está en posibilidad de impedir la continuación del litigio cumpliendo con lo que le incumbe, y creemos que esta posibilidad existe aún después de declarada judicialmente la resolución, hasta en tanto la declaración no pase en autoridad de cosa juzgada.

Efectos de la resolución.- La resolución judicial, declarada en sentencia que adquiere estabilidad de cosa juzgada, produce en principio, los mismos efectos que la condición resolutoria propia, cada vez que aunque de diversa naturaleza, se da por nuestros legisladores un tratamiento igual al de ésta al incluirla en las disposiciones relativas a las condiciones en general.

En consecuencia, los efectos son: resolución retroactiva de la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían como si ésta no hubiere existido; y pago de daños y perjuicios, que le son propios privativamente.

En teoría, suele distinguirse la resolución de otras instituciones similares. Ennecerus dice de élla que es la declaración dirigida a la otra parte de que el contrato concluído con eficacia plena, debe ser considerado como no concluído, y la distingue de la denuncia, la revocación, etc., y los tratadistas Pérez González y J. Alguer, que adaptan la obra citada a la legislación española, la distinguen, además, de la rescisión, en que no tiene como ésta carácter subsidiario, ni se supone que carezca de todo otro recurso para obtener reparación del perjuicio sufrido. Laurent afirma que la resolución es una ley del contrato y la distingue de la rescisión y de la anulación en que éstas suponen un vicio que afecta al negocio jurídico; también en sus consecuencias difieren las instituciones: la resolución opera de pleno derecho; la rescisión y la anulación deben pedirse judicialmente dentro de diez años. Distinción no la podemos admitir porque precisamente afirmamos que la resolución de pacto comisorio es judicial. Gual Vidal distingue entre nulidad, de cualquier especie, y la rescisión; la primera representa sanción a un vicio en la formación del contrato, y la segunda, por el contrario, sólo se da para contratos que en sí mismos son válidos.

Esta distinción la desconoce nuestro Derecho que asimila frecuentemente los dos conceptos.

A) **Entre las partes.**- Por efecto de la confusión que entre la institución en estudio y la condición resolutoria propia, se hace en nuestro ordenamiento jurídico, al declararse la resolución del pacto comisorio, las partes estarán obligadas a restituirse las respectivas prestaciones como si la obligación no hubiere existido.

Serán aplicables, por tanto, las observaciones que sobre el particular hicimos al estudiar la condición en general, relativamente a los riesgos, actos de administración, percepción de frutos, etc. Pero, por lo que hace a los riesgos, debemos tener presente que dado que el pacto comisorio se funda en incumplimiento culposo, puede ser inaplicable a éste la afirmación de que la pérdida o el deterioro fortuitos de la cosa objeto del contrato, cuando de obligaciones de dar se trate, lo soporte la parte que tiene derecho a la devolución, toda vez que dichos riesgos pueden corresponder al otro contratante, en virtud de que por estar en mora responde aún del caso fortuito.

En las obligaciones de hacer la imposibilidad de cumplimiento sobrevinida por causas extrañas a la voluntad del obligado, no podrá fundar la demanda de resolución porque el artículo 1949 supone mala fe o culpa; cuando dicha imposibilidad sea transitoria podrá invocarse la negativa de cumplimiento una vez que aquélla haya pasado.

B) **Frente a terceros.**- Por la misma razón expresada en el primer apartado del párrafo anterior, los terceros están expuestos indirectamente a las consecuencias del pacto comisorio. Decimos indirectamente porque éste, siendo un derecho personal, no podrá intentarse contra los terceros que no participaron en la celebración del contrato; tampoco podrá oponérseles la sentencia resolutoria por no haber sido partes en el juicio. Pero dada la retroactividad que nuestra ley establece para la condición resolutoria y la asimilación de ésta con el pacto comisorio, los terceros están expuestos a la acción reivindicatoria que el titular del pacto comisorio puede intentar como propietario, una vez declarada la resolución.

Ya hemos expresado los inconvenientes que este sistema representa, y nos hemos referido a las disposiciones legales aisladas que en el Derecho Francés se dictaron, como consecuencia de la crítica de los tratadistas.

Las desventajas en cuestión (inseguridad de los terceros que obstaculiza la circulación de la riqueza, con el consiguiente perjuicio de la economía en general), no pasaron inadvertidas a los redactores de nuestro Código Civil, que pretendieron eliminarlas consignando en el artículo 1950 una limitación a los efectos de la resolución de contratos translativos de propiedad de bienes inmuebles, o creadores de derechos reales sobre los mismos, cuando dicha resolución se funde en la falta de pago del precio limitación que se refiere a que el pacto comisorio no

surtirá efectos contra tercero de buena fe si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público.

La misma limitación de cláusula expresa e inscripción en el Registro, se establece para los contratos que tengan por objeto bienes muebles identificables (Art 2310, Fracc II del código); para bienes muebles no identificables, se proscribe en términos generales, la afectación a terceros.

Estas medidas protectoras, lejos de eliminar los inconvenientes señalados los dejan subsistentes, cada vez que consignadas en términos de excepción valen sólo para los casos específicamente determinados, quedando todos los demás sujetos a la aplicación del 1949 con los consiguientes perjuicios apuntados. Mejor nos parecería un sistema similar al de otras legislaciones civiles que, como la alemana y la suiza, prescribiese la retroactividad, dejando naturalmente a los particulares la facultad de estipularla, es decir, que la resolución de los contratos por incumplimiento de alguna de las partes produjese efectos sólo para el futuro. Creemos también que la disposición del artículo 1949 encajaría mejor en la reglamentación de los efectos de las obligaciones y más concretamente en las consecuencias del incumplimiento de las mismas, porque ésta es la conclusión a que lógicamente se llega una vez precisada la naturaleza jurídica del pacto comisorio.

Respecto al segundo de los efectos, o sea el derecho a reclamar daños y perjuicios, diremos concretamente que se regirá por las disposiciones relativas del Código Civil. De acuerdo con ellas, por daño se entiende la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación (art. 2109). Es requisito de su procedencia que provengan directa e inmediatamente del incumplimiento. Su justificación es obvia toda vez que el pacto comisorio presupone la culpa o dolo del incumpliente.

Forma de ejercicio. Hemos afirmado que la resolución del artículo 1949 requiere declaración judicial. Ahora bien ¿en qué forma debe ser deducida la acción ante los tribunales?

El Código de Procedimientos Civiles del D.F. en las reglas generales sobre los juicios sumarios, establece que se tramitará en esta vía "la acción rescisoria de enajenaciones pactadas bajo condición resolutoria o con cláusula de reserva de dominio" (art. 430, fracc. XII). Esta disposición, sin embargo, por referirse al caso de pacto expreso de resolución, y no a la resolución que la ley presume querida por las partes, la creemos inaplicable a los casos del art. 1949 del C.C. Por lo demás, los juicios sumarios, por ser excepcionales, servirán exclusivamente para los casos específicamente determinados en el ordenamiento procesal. Tampoco puede pensarse en la posibilidad de ejercicio de esta vía, porque el título en el que se haya consignado la obligación bilateral encaje entre los que traen aparejada ejecución, porque precisamente se trata de que dicha ejecución no se persiga.

Finalmente, sobre el incumplimiento no puede constituirse prueba previa por ser futuro, prueba que se supone para los juicios ejecutivos. Consecuentemente, creemos que la acción resolutoria del 1949 debe deducirse en juicio ordinario.

Prescripción. Ennecerus (333) afirma que el derecho de resolver, puesto que es un derecho de modificación o de formación, no está sujeto a prescripción. Nosotros creemos sin embargo, que el que deriva del pacto comisorio, prescribe en el plazo que prescriba el contrato del que proceda, y en último caso regirá para él la disposición del Art. 1159 del Código Civil que fija el de 10 años; pero podrá hacerse valer en su contra, la prescripción de 3, 5 o 10 años que para la adquisición de bienes fijan los artículos 1153 y 1152, respectivamente.

(333) Ennecerus. op. cit., T. II, V. I, p. 194

C O N C L U S I O N E S

*1.- La condición es una modalidad accidental y voluntaria de las obligaciones, por virtud de la cual se limita a éstas en sus efectos ordinarios, y consiste en un acontecimiento futuro de realización incierta que está al margen del poder del obligado. Se consigna de manera expresa y puede implicar la realización o no realización de un acontecimiento determinado. Sus efectos se retrotraen al momento en que la obligación se haya formado y se producen automáticamente, de pleno derecho, aprovechando o perjudicando tanto a las partes como a terceros, sin que ninguna de dichas partes tenga la posibilidad de impedir que se produzcan.

*2.- El pensamiento jurídico romano desarrolló toda la casuística sobre la condición, especialmente en cuanto a la naturaleza de la condición suspensiva se refiere. Sin embargo no hubo una pauta general para la facultad resolutoria como existe actualmente en las legislaciones modernas. No obstante, se sancionó la resolución por incumplimiento mediante el resarcimiento de la cláusula expresa que los particulares consignaron en la práctica, en un principio en el contrato de venta y en provecho exclusivo del vendedor; posteriormente, en todas las obligaciones sinalagmáticas y en beneficio de ambos contratantes.

*3.- La *condicio iuris*, desde la época romana hasta nuestros días, no es verdadera condición, sino presupuesto indispensable para que exista el negocio jurídico.

*4.- El principal problema que plantea la condición es el tratamiento del negocio, mientras este *in suspenso esse* la condición, pues la obligación solo existe si se cumple la condición y hasta que se cumpla.

*5.- La capacidad de las partes solo es necesaria en el momento de establecer la condición, no cuando ésta se cumpla.

*6.- Sí se puede novar una obligación condicional en una pura; sin embargo, esta última solo existirá si se cumple la condición.

*7.- La condición no radica en el consentimiento ni en el objeto; sino en la causa, ya que la condición será el requisito o la disposición necesaria para el ejercicio de la causalidad.

*8.- El acontecimiento pasado, aunque ignorado por las partes, no convierte en condicional la obligación, ya que esta nace pura y simple.

*9.- Sobre el término máximo de pendencia de la condición los romanos y el Código Civil Francés consideraron que sólo la aparición efectiva de la condición, o su sobrevenida imposibilidad, permitían purificar el negocio condicional. Sin embargo nuestro Código sólo para las obligaciones negativas estableció la regla del tiempo verosímil en su artículo 1947; por lo que proponemos que dicha medida se refiera también al 1946 mediante reforma expresa o estableciendo como aplicables los términos previstos para la **prescripción**, ya que en la forma en que actualmente se encuentran redactados no puede aplicárseles, porque esta comienza a computarse desde que la obligación es exigible. Como en la condición suspensiva la obligación existe sólo si el acontecimiento se verifica, nos encontramos en una situación diferente.

*10.- La retroactividad de la condición es uno de los casos más importantes en que se atribuye eficacia retroactiva a un hecho que decide una situación de pendencia.

*11.- Al cumplirse la condición nacen el crédito y la deuda, si la condición es suspensiva, o se extinguen, si la condición es resolutoria. Además, en virtud de la eficacia retroactiva de la condición, se considera, respectivamente, que el crédito y la deuda nacieron al celebrarse el negocio jurídico condicional o que éste -en el caso de la condición resolutoria- no se celebró

nunca, y por eso hay que volver las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración.

*12.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la compraventa con reserva de dominio, nos inclinamos a pensar que no se trata de un contrato de arrendamiento sujeto a condición resolutoria, ni a una compra venta a plazos sujeta a condición suspensiva, sino una verdadera *condicio iuris* del contrato. Porque al igual que la entrega de la cosa, el traslado de dominio, es un deber del vendedor y no un acontecimiento que haga depender la existencia de la obligación.

*13.- Nuestro Código Civil admite como principio de aplicación general en las obligaciones recíprocas, la facultad de resolver éstas cuando alguno de los obligados no cumple las prestaciones que le incumben, consagrándose expresamente en el artículo 1949 del Código Civil. Pero al igual que el Código Francés, incluye la disposición en las relativas a las condiciones en general, dando por consecuencia que se aplique al pacto comisorio la retroactividad de las condiciones que, por afectar a terceros indirectamente, constituye un obstáculo para el comercio. Por ello, recomendaríamos incluir la disposición del art. 1949 en las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, por ser el lugar que le corresponde, y que en términos generales se proscribiese la retroatividad del pacto comisorio, dejando en libertad a los particulares para convenirla.

*14.- La llamada condición tácita no es verdadera condición porque:

a) El titular es libre para no ejercitar, el derecho de resolución, lo cual significa la posibilidad de privar de efectos al pacto comisorio; en la condición resolutoria, este poder es inconcebible.

b) El pacto comisorio vale para los casos de incumplimiento culposo, lo cual supone una abstención voluntaria por parte del obligado conforme al régimen de la condición. Cuando ésta cae bajo el poder del obligado, la obligación condicional es nula.

c) Asimilando el acto comisorio a la condición resolutoria, la omisión del cumplimiento en que tendría que consistir la condición (negativa) podría significar, por la reglamentación de esta última, imposibilidad jurídica o ilicitud con el consiguiente efecto de nulidad.

d) Finalmente, la obligación propia se consigna de manera expresa al celebrarse la obligación; el pacto comisorio representa una presunción legal.

*15.- Llama poderosamente la atención el porcentaje de autores extranjeros que han estudiado el tema y los escasos autores nacionales en la materia. También es de notar que cerca del

noventa por ciento de los autores consultados son anteriores a la segunda mitad de este siglo. Por lo que concluimos:

a) El Derecho Civil y, en general, el llamado Derecho Privado ha perdido interés para los tratadistas.

b) Se debe fomentar la obra editorial de los escritores mexicanos.

B I B L I O G R A F I A

ALBALADEJO, Manuel: Derecho Civil. Tomo I. Introducción y Parte General, vol. segundo, la relación, las cosas y los hechos jurídicos. Barcelona. Ed. Bosch. 6a. ed. 1980. 542 pp.

ALBALADEJO, Manuel: El Negocio Jurídico. Barcelona. Ed. Bosch. 1958. 444 pp.

ALBALADEJO, Manuel: Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Madrid. Ed. EDERSA, 1978-1985.

ALTERINI, Atilio Anibal: Curso de Obligaciones ajustado a los programas de Derecho Civil II y Obligaciones Civiles y Comerciales vigentes en Universidades Nacionales y Privadas. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot. T. I y II.

ALVAREZ, José María: Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. Edición facsimilar, fuentes y bibliografía por Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González. México. U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1982. 2 vol.

ALVAREZ SUAREZ, Ursicino: El Negocio Jurídico en Derecho Romano. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. 1954. 125 pp

ARCHI, Gian Gualberto: Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano. en Studi in onore di Emilio Betti. vol. II. Milán. Ed. Giuffré. 1962 620 pp.

ARRANZOLA, Lorenzo, GOMEZ DE LA SERNA. et. al.: Enciclopedia Española de Derecho Administración o Nuevo Teatro Universal de la Legislación. Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación a cargo de J. Morales. 1870. T. XII.

ARTEAGA, Jesús María y ARTEAGA CARVAJAL, Jaime: Curso de obligaciones. Bogotá. Ed. Temis. 1979. 120 pp.

BARASSI, Ludovico: Instituciones de Derecho Civil. Vol I. (Traducción y notas de comparación al Derecho Español por Ramón García de Haro Goytisolo). Barcelona. Ed. Bosch. 1955 522 pp.

BARASSI, Ludovico: La teoria generale delle obbligazioni. Milano. Ed. Giuffr , 2a. ed. 1948. 3er. Vol.

BATIZA, Rodolfo: El fideicomiso. Teoría y práctica. 4a. ed. Ed. Porrúa. México, 1980, 226 pp.

BATIZA, Rodolfo: Las fuentes del código civil de 1928. Introducción, notas y texto de sus fuentes originales no reveladas. México. Ed. Porrúa. 1979, 1228 pp.

BAUDRY-LACANTINERIE, G: Précis de droit civil. Paris. Larose et L. Tenin, 1908-1910, 3 vol.

BAUDRY-LACANTINERIE, G: Traité théorique et pratique de droit civil: des obligations. Paris. 2a. ed. Librairie de la Société du Recueil Gal del Lois et des Arrets, 1900-1905, 4 vol.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel: Obligaciones Civiles. México. Ed. Harla. 3a. ed. 1984. 622 pp.

BENABENT, Alain: Droit civil; les obligations. Paris. Ed. Montchrestien. 2a. ed. 1989. 380 pp.

BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico. (Traducción y concordancias con el Derecho español por Martín Pérez). Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. 1965 465 pp.

BONET, Ramón Francisco: Compendio de Derecho Civil. Madrid. Revista de Derecho Privado, 1959. 318 pp.

BONNECASE, Julien: Elementos de Derecho Civil. (traducción de José Cajica.) Puebla. Ed. Cajica. (Biblioteca jurídico-sociológica, vol. XIV) 1945. 678 pp.

BORDA, Alejandro: La Teoría de los actos propios. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot. 1987. 140 pp.

BORJA SORIANO, Manuel: Análisis del efecto de la condición suspensiva sobre la obligación y sobre el negocio jurídico que le da origen, en Estudios jurídicos que en homenaje a Manuel Borja Sorano presenta la Universidad Iberoamericana. México. Editorial Porrúa. 1969. 207-205 pp.

BORJA SORIANO, Manuel: Teoría General de las Obligaciones, México. Ed. Porrúa. 11a. ed. 1990

BRANCA, Guisepe: Instituciones de Derecho Privado, traducción de la 6a. edición italiana, por Pablo Macedo. México. Ed. Porrúa. 1978, 674 pp.

BRISSAUD, Jean: A history of French Private Law, New Jersey. Ed. Rothman. 1968, 922 pp.

BUSSO, Eduardo: Código Civil anotado. Tomo III. Obligaciones. Buenos Aires. Ed. Ediar, 1949. 622 pp.

CAPITANT, Henri: Introduction a l'étude du droit civil. Notions générales. París. Ed. Pedone. 12a. ed. 1904. 397 pp.

CARPENTIER A. ET FREREJOUAN DU SAINT: Répertoire General Alphabetique du droit francais, contenant sur toutes les matieres de la science et de la pratique juridiques. L'expose de la legislation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence et augmente sous les mots les plus importants de notions etendues de droit etranger compare et de droit international prive. Paris. L. Larose, Editeur. 1895. tome treizieme.

CASTAN TOBEÑAS, J: Hacia un nuevo Derecho Civil. Madrid. Ed. Reus. 1933. 151 pp (Biblioteca de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. LVI)

CLARO SOLAR, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1979. vol. XII.

COLIN, Ambrosio: Curso elemental de Derecho Civil. Madrid. Ed. Reus. 1955-1975, 8 vol.

DABIN, Jean: La teoría de la causa: artículos 1131 a 1133 del Código Civil Francés y art. 1275 del Código Español: estudio histórico y jurisprudencial. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1955, 379 pp.

DALLOZ, M. D.: Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public. México: Au Bureau de la jurisprudence générale, 1845-1879, vol II-XVLIIV.

DE CASTRO Y BRAVO: Tratado práctico y crítico de Derecho Civil. Tomo X. El negocio jurídico. Madrid. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1967. 550 pp.

DE COSSIO, Alfonso: Instituciones de Derecho Civil, Parte General. Derecho de Obligaciones. Madrid. Alianza Editorial. Tomo I. 1975. 502 pp.

DE DIEGO, Clemente: Instituciones de Derecho civil español. Madrid. s. ed. 1959, 3 vol.

DE DIEGO, Clemente: Instituciones de Derecho Civil Español. Madrid. 1959. vol II.

DE DIEGO, Clemente: Dictámenes jurídicos, Tomo III, Sucesiones. Barcelona. Ed. Bosch. 1958. 676 pp.

DE GASPERI, Luis: Tratado de Derecho Civil. T. II. Obligaciones en general. T. III. De las Obligaciones, parte especial, Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina. 1964, 740 y 868 pp.

DE PINA, Rafael: Derecho Civil Mexicano, vol 1, 2, 3 y 4. México. Ed. Porrúa. 1986

DEMOLOMBE, C: Traite des contrats ou des obligations conventionnelles en général. 3a. ed. París. Imprime Générale. 1800-1882. 8 vol.

DIEZ PICAZO, Luis: Instituciones de Derecho Civil. Madrid. Ed. Tecnos, 1973, 643 pp.

DOMAT, Jean: The civil law in its natural order, Colorado. U.S.A. Ed. Cushing, 1980, 2. vol.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo: Derecho Civil, parte general, personas, cosas. Negocio jurídico e invalidez, (prólogo de Manuel Borja Martínez). México. Ed. Porrúa. 2a. ed. 1990

DUSI, Bartolomeo: Istituzioni di diritto civile, 4a. ed. Aggiornata al nuovo codice civile dal Alberto Montel. Torino. Ed. G. Giappichelli, 1947, vol. II.

DUSI, Bartolomeo: Istituzioni di diritto civile, 4a. ed. Torino. Ed. Giappichelli, 1944, vol. I.

ENGEL, Pierre: Traieté des obligatins en droit Suisse. Suisse. Editoions ides et Calendes. Neuchates. 1973. 268 pp.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor et WOLFF, Martin: Tratado de Derecho Civil. Barcelona . Ed.Bosch. 2a. ed. 1954. Vol. II.

ESPERT SANZ, Vicente: La frustración del fin del contrato. (prólogo de Luis Diez Picazo) Madrid. Ed. Tecnos. 1968. 264 pp.

FERRANDIS, Vilella: El Contrato, problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. (traducción y notas de comparación y adaptación al Derecho español por José Ferrandis Vilella). T. I Exposición General. 558 pp.

FERRARA, Francesco: Trattato di diritto civile italiano. Roma. Ed. Athenaeum. 1921. vol. I.

HEDEMANN, J. W.: Derecho de Obligaciones. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. 1958. 602 pp.

HEDEMANN, J. W.: Tratado de Derecho Civil. (Traducción de Jaime Santos Briz). Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. 3 vol.

JUSTINIANEO: Digesto. (versión Castellana por A. Dors F. Hernandez Tejero Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo) Pamplona. Ed. Aranzadi. 1968. 3 vol.

GALINDO GARFIAS, Ignacio: Derecho Civil, primer curso, parte general. Personas. Familia. México. Ed. Porrúa, 10a. ed. 1990, 758 pp.

GARCIA TELLEZ, Ignacio: Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. México. Ed. Porrúa. 2a. ed. 1965. 186 pp.

GARIBOTTO, Juan Carlos: La Causa Final del Acto jurídico. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1982, 80 pp.

GAUDEMET, Eugéne: Teoría general de las obligaciones. México. Ed. Porrúa, 1974. 534 pp.

GHIRONI, G. P.: Istituzioni di Diritto Civile Italiano. 2a. ed. Milano. Ed. Fratelli Boca, 1912, 2 vol.

GIORGI, Jorge: Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno (traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americana por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una introducción de Dato Iradier) Volumen IV. Fuentes de las obligaciones. Madrid. Ed. Reus. 1977. 548 pp.

GOMIS SOLER, José: Derecho Civil Mexicano. México. Ed. Botas. 1944. Vol III.

GONZALEZ, María del Refugio: El Derecho Civil en México. 1821-1871 (Apuntes para su estudio). México. Ed. UNAM, 1988, 192 pp.

GUERRA, Raimundo: Derecho del Código o sea el Código Civil del Diritto puesto en forma didáctica. México . IMP. de J.M. Aguilar Ortíz . 1873

GUHL, Theo: Droit Federale des obligations. Zurich. Ed. Polygraphiees, S.A. 1947, 830 pp.

GULLON BALLESTEROS, Antonio: Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico. Madrid. Ed. Tecnos. 1969. 230 pp.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Derecho de las Obligaciones. 9a. ed. Puebla. Ed. Cajica. 1987. 1260 pp.

IGLESIAS, Juan: Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Barcelona. Ed. Ariel, 6a. ed. 1979, 746 pp.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: Elementos de Derecho Civil. Vol. II. Derecho de obligaciones: contrato y negocio jurídico "inter vivos". Barcelona. Ed. Bosch. 1977. 319 pp.

LAFAILLE, Héctor: Fuentes de Derecho Civil en América Latina. Buenos Aires. Ed. Instituto de Derecho Comparado. 1959. 43 pp.

LARROUMET, Christian: Droit Civil. Les Obligations, le contrat. París. Ed. Económica. tomo III. 1990

LAURENT, F: Principios de Derecho civil Francés. Tomo XVII. Editores Barroso hermano y Comp (Sucesores). México. 1897

LARENZ, Karl: Derecho de las Obligaciones. T. II (versión española y notas de Jaime Santos Briz). Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. 1959. 730 pp.

LEHMANN, Heinrich: Tratado de Derecho Civil. (Traducción de Jose María Nava). Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. 1956. vol. 1.

LUTZESCO, Georges: Teoría y práctica de las nulidades. (Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda). México. Ed. Porrúa, 6a edición. 1985 pp.

MACEDO, Pablo: El Código Civil de 1870, su importancia en el Derecho Mexicano. México. Editorial Porrúa. 1971. 65 pp.

MACEDO, Pablo: Evolución del Derecho Civil. México. Ed. Stylo. 1942, 105 pp.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario: Instituciones de Derecho Civil. México. Ed. Porrúa. 5o. vol. 1987, 1988, 1989, 1990.

MAIER, Julio: Función Normativa de la Nulidad. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1980, 144 pp.

MARIN PEREZ, Pascual: Derecho Civil. Madrid. Ed. Tecnos. 1983. 2o. vol. (Col. Manuales Universitarios Espanoles X)

MARTY, G: Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Puebla. Ed. Cajica. 1986. 2o. vol.

MATEOS ALARCON, Manuel: Código Civil del Distrito Federal Concordado y Anotado. México. Librería de la vda. de CH. Bouret. 1904. Vol. II: Obligaciones y Contratos.

MENGONI, Luigi: Obligationi di risultato e obligationi de mezzi. Milano. Ed. Vallardi. 1954, 90 pp.

MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial (traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Vittorio Neppi). Tomo I Introducción, Tomo II Doctrinas Generales. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa-América. 1971

MODESTINO, Herenio: Respuestas. Libros I a XIX, versión de Jorge Adame Goddard. México. Ed. UNAM. 1987, 46 pp.

MOISSET DE ESPANES, Luis: Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas. Córdoba, Argentina. Ed. Victor de Zavala. 1982. 240 pp.

MUÑOZ, Luis: Derecho Civil Mexicano. México. Ediciones Modelo. 1971. vol. III. 516 pp.

MUÑOZ, Luis: Comentarios al Código Civil del Distrito Federal. México. Ediciones Lex. 1946. 674 pp.

OBREGON ESQUIVEL, Toribio: Apuntes para la historia del Derecho en México. México. Ed. Porrúa, 2a. ed. 1984. 2o. vol.

OBREGON HEREDIA, Jorge: Código Civil concordado para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, contiene jurisprudencias, ejecutorias, tesis e índice de materias. México. Ed. Porrúa. 1988, 646 pp.

ORTIZ-URQUIDI, Raúl: Derecho Civil, parte general, México. Ed. Porrúa. 3a. ed. 1986, 634 pp.

OURLIAC, Paul: Historie du Droit Privé, 2a. ed. París, Presses Universitaires de France, 1969-1971. 2 vol.

PACCHIONI, Giovanni: Obbligazioni e Contratti. Padova. Ed. CEDAM. 1950. 162 pp.

PADILLA SAHAGUN, Gumesindo: Curso de Derecho Romano. México. Ed. UNAM. ENEP. Aragón. 1988

PASSARELLI, F. Santoro: Doctrinas Generales del Derecho Civil, Traducción de A. Luna Serrano. Madrid. Editorial Revista del Derecho Privado. 1964. 400 pp.

PAULO, Julio: Sentencias a su hijo. Libro I. Interpretatio. Traducción de Martha Patricia Irigoyen Troconis. México. Ed. UNAM. 1987. 52 pp.

PEREZ SERRANO, Nicolás: Dictámenes. Vol. I. (Derecho Civil. Recopilados y concordados por Luis Tejada González. Prólogo de Antonio Hernández Gil). Madrid. Ed. Dossat. 1965. 760 pp.

PLANIOL, Marcelo et RIPERT, Jorge: Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Traducción española de Díaz Cruz, Mario y Le Riverend Brusone, Eduardo. La Habana. Ed. Cultural. 1940, vol. VI.

PLANIOL, Marcel: Traite élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des facultés des droit. Vol. 2. París. Librairie Générale de Droit & de jurisprudence. 1921.

POTHIER R.J.: Tratado de las obligaciones. Ed. Heliasta S.R.C. Buenos Aires. 1978, 573 pp.

QUINTANILLA GARCIA, Miguel Angel: Derecho de las Obligaciones. México. Ed. ENEP Acatlán. 1979. 244 pp.

REZZONICO, Luis Maria: Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil. Buenos Aires. Ed. Depalma. 9a ed. Vol. I. Teoría General de las Obligaciones. Extinción de las obligaciones. 1966. 854 pp.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: Concepto y Fuentes del Derecho Civil Español, La problemática de la libertad jurídica. Barcelona. Ed. Bosch. 1956. 312 pp.

RUGGIERO, Roberto de: Instituciones de Derecho Civil. Madrid. Ed. Reus. 1979. 878 pp. (Traducción de la 4a. edición italiana anotada y concordada con la legislación española por Serrano Suner y Santa Cruz Teijeiro).

SALA, Joannis: Digestum Romano- Hispanum ad usum tironum hispanorum ordinatum, Madrid. Ex typographia regia. 3a. ed. 1832. 2 vol.

SALVAT, Raymundo: Tratado de Derecho Civil Argentino. Tomo I. Ed. Tipográfica argentina. Buenos Aires. 1952. 627 pp.

SANFORD, David H: If P then Q, Conditionals and the Foundations of Reasoning. London. Ed. Routledge. 1989. 266 pp.

SANTA MARIA, José Luis: Comentarios al Código Civil Español. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. 1958, 1265 pp.

SANTORO, Passarelli, Francesco: Dottrine Generali del Diritto Civile. 6a. Ed. Nápoli. Ed. Eugenio Jovene, 1959. 316 pp.

SAVIGNY, Friedich Karl Von: Le Droit des obligations, partie du droit Romain actuel, traduction de T Hippert, París. Durand & Pedone Lauriel, 1873. 2o. vol.

SAVIGNY, Friedich Karl Von: Textos Clásicos. México. Ed. UNAM. 1981. 90 pp.

SERRANO SUNER y SANTA CRUZ TEJEIRO: Instituciones de derecho Civil. Madrid. Editorial Reus. 1979. 878 pp. (traducción de la 4a. edición italiana anotada y concordada con la legislación española por Serrano Suner y Santa Cruz Tejeiro)

SOLER, Sebastián: Fe en el Derecho y otros ensayos. Buenos Aires. Ed. Tipográfica Argentina. 1956. 290 pp.

SOLER, Sebastián: Las palabras de la ley. México. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1969. 192 pp.

TRABUCCHI, Alberto: Instituciones de Derecho Civil. Traducción de Luis Martínez Calcerrada, Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. 1967. 2 vol.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: Tratado de Derecho Civil Espanol, 3a. ed. Corregida y Aumentada. Valladolid. Ed. Talleres Tipográficos Cuesta, 1925, vol. 1.

VARIOS: Enciclopedia del Diritto. Italia. Ed. Dott. Giuffre. 1976

VARIOS: Enciclopedia Jurídica Omeba. Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina.

VAN WETTER: Cours élémentaire de Droit Romain, contenant l'histoire du droit romain et la législation de justinien. París. Librairie A. Marescq Ainé, 3a. ed.

VON TUHR, Andreas: Derecho Civil. México, Ed. Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos. 1945. 152 pp.

WINDSCHEID, Bernhard: Tratado de Derecho Civil Alemán (Derecho de Pandectas). Traducción de Fernando Hiestrosa de la 8a. Ed. Bogotá. Ed. Universidad Externado. 1976. vol. 1.

H E M E R O G R A F I A

ALLENDE, Guillermo: "Condición imposible, gravitación del pensamiento romano en el derecho contemporáneo". en La Ley, Jurisprudencia Doctrina bibliografía, Bueno Aires, 29 de septiembre de 1966.

ALTERINI, Atilio Anibal: "Errores y omisiones de la reforma de 1968 en materia de obligaciones en general" en lecciones y Ensayos. Buenos Aires. No. 43-45. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1971.

ALVAREZ VIGARAY: "La retroactividad de la condición", en Anuario de Derecho Civil, Tomo XVII, Fascículo IV. Octubre-Diciembre 1964. Ministerio de Justicia. Madrid. 1964

BELTRAN DE HEREDIA, José: "Entorno a la condición potestativa" en Revista de Derecho Privado, Madrid. Marzo 1963.

BORJA MARTINEZ, Manuel: "Análisis del efecto de la condición suspensiva sobre la obligación y sobre el negocio jurídico que le da origen", en Estudios Jurídicos que en homenaje a Manuel Borja Soriano, presenta la Universidad Iberoamericana. México. Ed. Porrúa. 1969. 207-255 pp.

CUETO RUA, Julio y RAMOS, César: "Conceptos básicos sobre el Régimen jurídico de las llamadas "condiciones" en el Derecho Norteamericano de los contratos, y observaciones comparativas en relación a los derechos Argentino y Mexicano". en Revista Jurídica del Perú. Año VI, No. IV. Oct-Dic 1955 y año VII. no. I-II. Enero - Junio. 1956.

DE ANGULO, Enrique: "Sobre el problema de la naturaleza jurídica de la compraventa condicional en el Derecho puertorriqueño". en Revista de Derecho Puertorriqueño. Puerto Rico. Universidad Católica. No.25. Jul-Sept. 1967. año VII.

DE GASPERI, Luis: "El régimen de las obligaciones en el Derecho latinoamericano". Buenos Aires. Abellido-Perrot. 1960.

DIEZ PICAZO: "El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de "conditio pendens"" en Anuario de Derecho Civil. España. Tomo XXII. Enero - Marzo 1969. Fascículo I. Madrid. Ed. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1969.

ENGEL, Pierre: "Traité des obligations en droit suisse. en Editions ides et calendes Neuchates/Suisse". 1973.

FLORES VEGA, Luis Alberto: "Trabajo Práctico: Plazo y Condición". en Lecciones y Ensayos. Buenos Aires. No 27. 1964.

FRISCH, Walter: "Estructura Característica de la Condición Testamentaria y de la Condición Contractual en los Derechos de México, Austria y Alemania a través de la Comparación Jurídica, con Consideración del Negocio Jurídico y del Acto Jurídico". en Revista de Derecho Notarial. México. Año XIV. No. 37, Enero 1970.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: "La Condición como modalidad de las obligaciones". en JUS revista de Derecho y Ciencias Sociales. México. NO. 153. Julio - Septiembre 1957. Tomo XXXVIII. No. 153.

MAJO, Adolfo di: "Il controllo giudiziale della condizione Generali di contratto". in Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi. Anno LXVIII. 1970. Mayo-Junio.

MAYO, Antonio di: "Appunti sulla C.D. vendita a Risparmio", in Rivista del Diritto commerciale e del Diritto delle obbligazioni, anno LVII, 1959, fascicolo 1-2 (gennaio- febbraio 1959) Casa ed. francesco Vallardi.

MONROE, Malcolm: "The implied Resolatory condiction for non performance of a contract" in Tulane Law Review. New Orleans. Vol XII. 1937-1938. Tulane University of Lousiana, 1938.

PELOSI, Angelo Carlo: "La pretesa di retroattività della condizione". in Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile. Milano. Anno XXII. No. 3. Settembre 1968. Dott A. Giuffré ed.

ROZAS VIAL, Fernando: "Algo sobre el efecto de las condiciones", en Anales Jurídico-sociales. Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. No. 14. año XLII.

SAPENA, Joaquín: "La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador". en Revista General de legislación y jurisprudencia, Madrid, año CII. 2a época. Ed. Reus. Tomo XXIX. 1954.

TRIMARCHI, Pietro: "Funzione di avveramento e funzione di non avveramento della condizione", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, anno XX. No. 3, settembre 1966. Giuffrè editore. 1966.

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FECHA DE DEVOLUCION

El lector se obliga a devolver este libro antes del vencimiento de préstamo señalado por el último sello

MAR 27 1999
06 ENE 1999



DOCT3887840