

## APUNTES SOBRE EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA

DR. ENRICO DELL'AGUILA  
Asistente de la Universidad  
Católica de Milán.

La así llamada condición resolutoria tácita, prevista por el art. 692 de nuestro código civil, es una creación del derecho consuetudinario francés. En efecto el derecho romano no la había contemplado, por lo menos en relación a los contratos típicos o nominados, es decir con arreglo a aquellos contratos tradicionales típica y singularmente diferenciados y reglamentados por normas a ellos peculiares, los cuales se formaban y perfeccionaban sea con el simple consentimiento (**Consensu**) de las partes (contratos de compra-venta, arrendamiento, sociedad y mandato), sea por medio de la entrega (**traditio**) de la cosa (**re**) (contratos de mutuo, depósito, comodato y prenda), estos últimos llamados además contratos reales por ser la entrega de la cosa elemento constitutivo de la relación contractual que no se formaba con el simple consentimiento, como acaecía con los contratos nominados del primer grupo, por este motivo llamados consensuales.<sup>(1)</sup>

Como se decía, en los contratos nominados —que eran los más importantes y más utilizados en la práctica contractual por ser susceptibles de satisfacer la casi totalidad de las exigencias del

(1) A estos contratos nominados o típicos, reales o consensuales que fueran, se contraían los contratos innominados o atípicos. Innominados se llamaban aquellos contratos que no tenían un nombre o denominación propia siendo de nueva formación y no susceptibles de ser encajados en ninguna de las formas o esquemas típicos y bien definidos de los contratos nominados. Estos contratos innominados fueron el producto y al mismo tiempo la señal del desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad romana que en el curso de los siglos mudó su carácter de pequeña comunidad agrícola y nacional en aquella de inmenso conjunto de gentes de distintas razas y nacionalidades dedicadas a las actividades más variadas. Ahora bien, habiendo incurrido la sociedad romana en cambios tan radicales, es evidente que las posibles formas típicas de contrato establecidas y reconocidas por la tradición a un cierto punto ya no fueran suficientes para satisfacer todas las nuevas exigencias y necesidades del tráfico, y así el derecho se encontró en la necesidad de reconocer y considerar jurídicamente válido cualquier contrato consensual que pudiera encasillarse en uno de los cuatro esquemas del cambio: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

comercio jurídico entre los ciudadanos— la falta de cumplimiento de una parte no comportaba, para la otra que cumplía con sus obligaciones, la facultad de pedir la resolución del contrato. Así por ejemplo el vendedor no podía demandar la resolución de la venta con motivo de la falta de pago del precio por parte del comprador.

A este punto podríamos con razón preguntarnos cuáles medios efectivos de defensa proporcionaba el derecho de Roma para el vendedor que había entregado la cosa vendida al comprador sin recibir el precio pactado.<sup>(2)</sup>

Con arreglo al derecho romano de los tiempos de Justiniano la contestación a esta pregunta sería muy fácil ya que, como regla general, en relación a los contratos, sea nominados o innominados, y a pesar de que los contratos se perfeccionasen con el consentimiento de las partes además de la ejecución de la prestación por parte de uno de los contratantes, la propiedad de la cosa no se transmitía al comprador u otro contratante antes del efectivo pago del precio o de la ejecución de la contraprestación. Por esto hasta entonces el vendedor-propietario podía ejercer la acción reivindicatoria reclamando en juicio la cosa.<sup>(3)</sup>

Por lo que se refiere al derecho romano clásico y con arreglo a los contratos innominados existía una situación idéntica a aquella que hemos visto que regía en los tiempos de Justiniano para todos los contratos consensuales, nominados e innominados, es decir, que el contrato nacía solamente cuando concurrían estas dos circunstancias: 1) consentimiento o acuerdo de las partes, 2) ejecución de la prestación por parte de uno de los contratantes. Antes de que estas dos condiciones no se hubiesen producido, ni siquiera había un problema de protección del contratante de buena fe ya que no había aún ningún contrato y ninguna de las partes tenía medios legales para coaccionar a la otra a ejecutar su prestación.

(2) En caso de que el vendedor no hubiera hecho entrega de la cosa, como regla general, y si las partes no habían pactado que el pago fuera hecho después de la entrega, el vendedor podía rehusarse de entregar la cosa por medio de la "exceptio inadimpleti contractus", es decir, podía pretender que la entrega y el pago tuviesen lugar simultáneamente.

(3) Véase Int. 11, 1 par. 41: "venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditor pretium solvet vel alio modo ei satisfecerit veluti expromissione aut pignore dato" (cuando una cosa es vendida y entregada no se vuelve propiedad del comprador si este no paga el precio al vendedor o no satisface de otra forma como por ejemplo por medio de la expromisión o de la prenda).

Ahora bien, en favor de la parte que había cumplido con sus obligaciones había dos acciones que podían ser útilmente utilizadas: la *condictio causa data causa non secuta* y, por lo menos durante cierto plazo histórico, el así llamado *jus poenitendi*. El *jus poenitendi* o derecho de arrepentirse consistía en la facultad, reconocida a la parte que había ejecutado primero su prestación y hasta cuando la otra no hubiese cumplido, de cambiar de parecer, considerar el contrato anulado y pedir así la restitución de la cosa a pesar de que la otra parte estuviera eventualmente dispuesta a ejecutar lo pactado. Pero como es fácil de comprender, fue esto un remedio muy perjudicial para el tráfico jurídico y la seguridad de los derechos y así no tuvo vida larga siendo definitivamente abandonado por el derecho de Justiniano. La otra acción prevista por el derecho romano clásico para los contratos innominados y en favor de la parte que había cumplido con sus obligaciones, fue, como hemos dicho, la *condictio causa data causa non secuta* por medio de la cual, contra el contratante que no había ejecutado ni estaba dispuesto a ejecutar su prestación, se podía pedir la restitución de lo que había sido entregado.<sup>(4)</sup>

(4) Nos parece interesante citar el siguiente paso de Donello: (T. VIII, p. 755 sobre la ley 8 del Cód. de J. de Contrah. empt.) "Quod ab causam datum est, causa non secuta, condici et repeti potest . . . . ; quod si res tradita sit ex eo contractu, qui proprium nomen habet, cassat repetitio . . . . ; ergo si, ex emptionis causa, tibi stichum dem, ut mihi decem des, nulla est dati repetitio, quoniam emptio et venditio proprium nomen est contractus. Differentiae ratio inter contractus innominatos et contractus qui nomen habent, in hanc repetitionem rei ab causam datae, non est in nominibus contractuum ne erremus. Nam nomina contractuum de re nihil mutant . . . . ; sed differentiae ratio in re est. Est autem haec certa regula, quod in conventionibus, quae in proprium nomen contractus non transeunt, is qui rem dat, ut etiam accipiat, non obligatur; nam ante rem traditam non obligatur, etiamsi convenisset ut daret; proinde nec obligatur, si rem dederit; quoniam etiamsi prius obligatus esset ea traditione liberatur. Proinde, nulla obligatio ei obstat, quominus traditum recta repetat, et ob causam datum, causa non secuta . . . . ; at, in emptione venditione, similibusque contractibus, qui in proprium nomen transeunt, obligatio contrahitur ex ipsa conventionem; unde dicitur obligatio contrahi solo consensu; hinc fit ut emptor, etiam re vendita non sibi tradita, habeat actionem ad rem venditam petendam; nempe ex empto. Quod si actionem habet, re non tradita, multo magis re tradita, habebit exceptionem ad eam rem retinendam; justa regulam juris: cui damus actionem, eodem, multo magis exceptionem competere". (Lo que ha sido dado, sin que le siga la contraprestación puede ser repetido y reclamado . . . . ; sin embargo, si la cosa ha sido entregada con motivo de uno de los contratos que tienen su propio nombre, ya no hay derecho de repetición . . . . ; así por ejemplo, si a causa de una compraventa, yo te di una finca para que tú, a cambio, me dieras diez denarios, no hay ninguna manera de pedir la restitución de lo que te he dado, ya que la compraventa es un contrato que tiene nombre propio.

La razón de esta diferencia está en este motivo: es regla cierta que en los convenios que no adquieren una típica denominación contractual, el que entrega una cosa para adquirir algo, no queda obligado; en efecto, antes de entregar la cosa no está obligado a entregarla, aunque haya pactado de entregarla; igualmente tampoco queda obligado si hubiera entregado la cosa, ya que en este caso, con la entrega de la cosa, queda libre de obligación. Y por esto nada puede impedirle de repetir lo que ha entregado si el otro contratante no ha ejecutado la contraprestación. Sin embargo, en las compraventas, y en contratos similares que adquieren una denomina-

Es importante destacar que la **condictio causa data causa non secuta** no sólo no podía ser utilizada en los contratos nominados o típicos,<sup>(5)</sup> sino tampoco, en favor de quien había ejecutado su prestación, en los negocios de **facio ut des** y **facio ut facias**, siendo materialmente imposible repetir una prestación de hacer (**facere**).<sup>(16)</sup>

Cabe añadir también que por medio de la acción **condictio causa data causa non secuta** se podía únicamente exigir la restitución de lo que se había dado y la parte que había cumplido no tenía ningún medio para coaccionar a la otra a ejecutar su prestación. Fue solamente con la introducción de la acción **prescriptis verbis** para los contratos innominados que el derecho romano dio también este poder al contratante que había ejecutado su prestación. Es interesante notar que no obstante algunas analogías entre

ción típica, la obligación se contrae con el mismo convenio, de ahí que se dice que la obligación se contrae con el simple consentimiento; de esta situación se sigue que el comprador, si la cosa vendida no le es entregada, tiene un derecho de acción para pedir la cosa que adquiere con la estipulación de la venta. Y si tiene una acción en caso de que la cosa no le sea entregada, aun con más razón, una vez que la cosa haya sido entregada, tendrá una excepción para defenderse y quedarse con la cosa, según la regla de derecho de que si se concede una acción, con más razón hay que conceder una excepción".

Como se ve, según el ilustre jurista el motivo de que la acción c.d.c.n.s. puede ser utilizada únicamente en los contratos innominados, se encuentra en el hecho de que estos contratos quedan perfectos solamente cuando las dos partes han ejecutado su prestación. Antes de este momento no habiendo en realidad ningún vínculo contractual, es lógico que la parte que ha dado algo pueda pedir la restitución de la cosa. Lo mismo no puede decirse con referencia a los contratos nominados o típicos ya que estos contratos si son consensuales se perfeccionan con el simple consentimiento y si son reales con el consentimiento y la entrega de la cosa. Y desde el momento que un contrato se perfeccionaba, los contratantes quedaban ligados a sus respectivas obligaciones sin que entre ellas hubiera una relación de interdependencia. De forma que en derecho romano clásico aunque las obligaciones de una de las partes no fueran ejecutadas o hasta se volvieran imposibles, la otra parte quedaba, no obstante esto, en la obligación de ejecutar, y no tenía medios legales de pedir la resolución del contrato si no había sido expresamente estipulado, como se verá, un pacto resolutorio llamado "lex commissoria".

(5) En esto esta acción se diferenciaba del *ius poenitendi* donde la anulación del contrato podía pedirse a discreción de la parte que había ejecutado la prestación aunque la otra parte estuviera dispuesta a ejecutar la suya. Otra diferencia cabía en el hecho de que mientras con el ejercicio del *ius poenitendi* el contrato quedaba anulado y las partes volvían a la misma situación jurídica en que se encontraban antes de cerrar el contrato, por medio de la c.c.d. c.n.s. Técnicamente el contrato continuaba rigiendo entre las partes las cuales quedaban ligadas a las obligaciones correspondientes.

(6) Véase Voet. Ad Pandectas, lib. X I, tit. IV par. I: "Condictio causa data causa non secuta nascitur quidem occasione contractus innominati do ut des, vel do ut facias et do nec facias, non tamen ratione contractus facio ut des, vel facio ut facias, vel facio nec facias, eo quod facta naturali ratione repeti nequeunt, nec id quod factum est, infectum fieri". (La acción c.d.c.n.s. nace en ocasión del contrato innominado "doy para que des" o "doy para que hagas" y "doy para que no hagas" pero no con motivo del contrato "hago para que des" o "hago para que hagas" o "hago para que no hagas", ya que las cosas hechas por motivos naturales no pueden ser repetidas y lo que ha sido hecho no puede ser deshecho).

la acción romana **condictio causa data causa non secuta** y la acción resolutoria reglamentada por el art. 692 de nuestro código civil, éstas, si bien se mira, son bastante superficiales. En efecto, aparte de que la acción resolutoria sea un remedio general para todos los contratos bilaterales y la acción **condictio causa data causa non secuta** podía ser utilizada únicamente para los contratos innominados, cabe destacar que la acción romana en la realidad ni era una acción contractual siquiera, ya que, como hemos visto, podía ser ejercida para repetir lo que se había dado cuando aún no se había recibido la contraprestación, en cuyo momento y no antes, el contrato quedaba perfecto. Por el contrario, la simple lectura de la última parte del art. 692 de nuestro código civil nos revela muy claramente que la acción resolutoria presupone la existencia del contrato: "En este caso (o sea en caso de falta de cumplimiento) la parte que ha cumplido puede... exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva (el convenio) con daños y perjuicios". Es evidente aquí que para que se pueda resolver un convenio o contrato es presupuesto lógico necesario que haya este convenio o contrato. Hay que añadir que con la acción "**causa data causa non secuta**" solo se podía exigir la restitución de lo que se había dado y no había lugar para pedir además el resarcimiento de los daños y perjuicios, mientras, al contrario, del texto del dicho artículo se desprende claramente que en caso de incumplimiento en un contrato bilateral no solamente se puede pedir la resolución del contrato, sino por añadidura los daños y perjuicios sufridos por la parte que ha ejecutado su prestación.

Pero es tiempo de volver a tratar del asunto objeto de nuestra investigación y ocuparnos de los remedios y acciones que el derecho romano clásico ofrecía, en los contratos nominados y típicos, en defensa de la parte que había cumplido con sus deberes ejecutando la prestación.

Con respecto a este asunto vamos a considerar únicamente el contrato de compra-venta por ser el único entre los contratos nominados que preveía un instituto jurídico que tenía alguna analogía con el asunto que nos ocupa. Al respecto cabe establecer una premisa de carácter general. A consecuencia de la falta de claridad y de las interpolaciones de los textos del Digesto no hay unicidad de opinión entre los estudiosos de derecho romano sobre el particular de si la propiedad de la cosa vendida pasaba al com-

prador por medio y al momento de la simple entrega (*traditio*) o si hacía falta también el pago del precio.

De todas formas lo que parece cierto es que en los tiempos del derecho romano clásico era muy empleada en las contrataciones entre comerciantes la así llamada "*lex commissoria*" que consistía en una cláusula añadida de manera expresa al contenido del contrato por la cual el contratante que había cumplido con sus obligaciones tenía derecho de pedir la resolución del contrato por motivo de la falta de cumplimiento de la otra parte. Dado que el amplio uso que se hizo de esta cláusula está históricamente comprobado parece que se pueda llegar a la conclusión de que sin la presencia de ella en el contrato no había otra manera jurídica de resolver el vínculo contractual, o por lo menos de exigir la restitución de lo que había sido entregado a la parte que se había quedado sin cumplir. Y nos parece claro que esta última circunstancia es sintomática de que era en el momento de la entrega de la cosa vendida que había seguramente transferencia de propiedad al comprador ya que de no ser así el vendedor hubiera podido ejercer en su calidad de propietario la acción reivindicatoria y no se explicaría entonces el empleo tan general de la *lex commissoria*.

Cabe destacar también que el derecho romano nunca llegó, de ninguna forma, a sobreentender la existencia en las compraventas de la *lex commissoria*, a pesar de que, como ya hemos dicho, su empleo fue muy extendido y usual entre los comerciantes.

Podemos entonces concluir esta breve incursión en el derecho romano afirmando que este derecho en ningún momento de su evolución elaboró una acción general que permitiera pedir la resolución de los contratos en caso de incumplimiento de una de las partes contratantes. Lo que los particulares podían utilizar bajo aquel derecho fue un cierto número de acciones o excepciones previstas para casos particulares y con referencia a ciertos contratos o grupos de contratos.

Por cierto esta circunstancia no podría de ninguna forma sorprender a los que estén un poco familiarizados con el estudio del derecho romano con respecto al cual es sabido que sus artífices siempre han huido de formulaciones de reglas abstractas, y han propendido en hacer hincapié en la resolución de casos concretos.

Como ya hemos señalado al principio de estos apuntes, es en Francia donde hay que buscar los verdaderos orígenes del ins-

tituto de la condición resolutoria tácita y más concretamente en los así llamados pueblos del "*droit coutumier*" al norte del Loira, en donde, diversamente de las regiones meridionales del "*droit écrit*" (en las que regía el derecho romano), el influjo del derecho romano se manifestó de forma indirecta y subsidiaria siendo en primer lugar regidos por los usos y las costumbres. En estos pueblos del norte de Francia el pacto comisorio había de tal forma entrada en el comercio jurídico de los particulares, sobre todo en los contratos de compra-venta, que ya se había vuelto una cláusula de uso. Y es muy breve el paso de cláusula de uso a cláusula tácita, es decir aquella cláusula que el ordenamiento jurídico presume forma parte integrante del contrato estando en él incluida por la voluntad inexpresada de las partes. Así ocurrió que en estas regiones de Francia los tribunales empezaron poco a poco a reconocer a los vendedores la facultad de pedir la resolución del contrato de compra-venta por falta de pago del precio aunque las partes no hubiesen expresamente introducido en el contrato el pacto comisorio. Pasando el tiempo, motivos de equidad y consideraciones prácticas acabaron por introducir el concepto de condición resolutoria tácita en todos los contratos bilaterales. Cabe señalar a este punto que lo de presumir una tácita voluntad de los contratantes ha sido en todos los tiempos un medio para justificar y dar base jurídica a aquello que en la realidad representa la introducción en el ordenamiento de una nueva regla de derecho objetivo. Se trata de una típica ficción jurídica por medio de la cual se cambia el derecho en vigor aparentando sin embargo que ninguna variación se realiza en el orden jurídico y sólo se está tutelando la voluntad de las partes.

En la literatura jurídica, es en la obra "*Les Lois civiles*" del jurista francés Domat, donde se encuentra formulada por primera vez claramente la regla que sanciona, en favor de la parte que cumple, la facultad de poner fin, por resolución, al contrato por falta de cumplimiento de la otra (Lib. I sec. VI art. XI): "*L'inexécution des conventions de la part de l'un des contractans, peut donner lieu à la résolution, soit qu'il ne puisse ou qu'il ne veuille exécuter son engagement, encore qu'il n'y ait pas de clause résolutoire. Comme si le vendeur ne délivre pas la chose vendue. Et dans ces cas la convention est résolue, ou d'abord s'il y en a lieu, ou après un délai arbitraire et avec les dommages et intérêts*

que l'inexécution peut avoir causés". Es importante destacar en este pasaje que la facultad, por la parte que cumple, de pedir la resolución subsiste tanto en caso de que el otro contratante "no pueda" como en caso de que "no quiera ejecutar su prestación". En otras palabras para la resolución del contrato, según Domat, no es necesario que exista culpa o dolo en quien no cumple, siendo suficiente una objetiva situación de incumplimiento aunque esta dependa de fuerza mayor o caso fortuito. La base jurídica de esta facultad de resolución, según Domat, se encuentra en la voluntad de los contratantes que "no quieren que el contrato subsista, sino en caso de que cada uno cumpla con sus obligaciones" (lib. I tit. II, sec. 12, art. XIII obra cit.: "**Car les contractans ne veulent que le contrat subsiste, qu'en cas que chacun exécute son engagement**"). En otras palabras la regla se justificaría por la misma razón que está a la base del nacimiento en las obligaciones recíprocas: la voluntad de las partes, las cuales estipulan el contrato y están dispuestas a someterse a él, cumpliendo con las obligaciones relativas, en tanto que la otra parte contratante ejecute su prestación. En caso de que la otra parte no cumpliera, el contrato entraría en un estado por así decir "patológico", cesaría la misma razón de su nacimiento y por lo tanto aparecería justo y conforme al deseo de los contratantes en la mayoría de los casos que el contrato pueda ser destruido y venga a cesar así sus efectos y las obligaciones que de él han nacido. En resumen, la voluntad presumida según el principio del "**id quod plerumque accidit**" es la razón jurídica que explica y justifica la facultad de resolución.

Cabe notar también —si bien entiendo el pensamiento de Domat— que según este jurista, en caso de incumplimiento sin culpa o dolo no sólo se puede resolver el contrato (lo cual está en armonía con la moderna doctrina y la jurisprudencia prevalentes), sino también los daños y perjuicios: "**En toutes conventions . . . celui qui manque à ceux où il est entré, ou qui est en demeure, soit qu'il ne le puisse, ou qu'il ne le veuille, sera tenu des dommages et intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution, ou du retardement et les circonstances. Et s'il y a lieu de résoudre la convention, elle sera résolue avec les peines qui en devront suivre contre celui qui aura manqué d'exécuter son engagement**". Como es sabido, el derecho moderno ha rechazado esta regla muy severa en homenaje al principio de que sin culpa

o dolo no existe responsabilidad del deudor y no se le puede exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios. Este principio se encuentra claramente definido en los arts. 702 y 703 de nuestro código civil: "El deudor que falte al cumplimiento de su obligación . . . será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito". "El deudor no está obligado al caso fortuito . . ." Antes de acabar esta breve incursión histórica en la condición resolutoria tácita, me parece útil y oportuno, después de haber considerado los pasajes pertinentes de Domat, ocuparnos de la obra del otro gran tratadista francés: Pothier. Es sabido en efecto que fueron sobre todo las obras de Domat y Pothier que sirvieron de base e inspiración para la redacción del Código de Napoleón, es decir de la primera moderna codificación del derecho civil que a su vez fue tomada como base para las demás codificaciones europeas y de América Latina. Puede decirse en efecto que el estudio de los escritos de estos dos juristas representan la mejor introducción a las antedichas codificaciones. Ahora bien, en Pothier se puede encontrar una clara y autorizada confirmación del hecho de que la norma que establece la presunción de la existencia de una cláusula resolutoria en los contratos bilaterales, ha sido la consagración legislativa de un uso que había entrado en la práctica contractual francesa. Considérese a este propósito el par. n. 672 del **Traité des obligations** de nuestro Autor, donde, entre otras cosas, puede leerse: "**dans les contrats synallagmatiques, qui contiennent des engagements réciproques entre chacun des contractans, on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractans, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre**". Lo que hay de más interesante en este pasaje es la frase: "en los contratos sinalagmáticos (es decir bilaterales) se emplea a menudo como condición resolutoria . . . el incumplimiento". Y me parece que esto de la frecuencia del empleo de la cláusula sea la mejor prueba del origen consuetudinario de la regla. Más adelante, en el mismo párrafo, el Autor añade: "**Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'inexécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous, néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation**". Cabe notar aquí que la resolución, de cláusula usual empleada y puesta en los contratos, se ha vuelto

ya norma jurídica de naturaleza consuetudinaria y supletoria, la cual las partes siempre son perfectamente libres de abrogar en sus convenios particulares.

En el pensamiento del tratadista francés se encuentra también la distinción fundamental entre condición resolutoria en sentido propio y condición resolutoria tácita, que será más detalladamente desarrollada por los comentaristas de los códigos y la doctrina moderna.

En efecto, con arreglo a la resolución por falta de cumplimiento, Pothier dice: "**Mais il faut que je fasse prononcer le résiliation par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet...**", y más adelante: "**Mais cette extinction de mon engagement ne se fera pas de plein droit; elle se fera par la sentence qui intervendrá sur l'assignation que je vous donnerai...**". Como se ve, está claramente sentado el concepto de que la condición resolutoria tácita por falta de cumplimiento no obra de pleno derecho o automáticamente como sucede en la condición resolutoria ordinaria,<sup>(7)</sup> sino que se hace necesaria una declaración de resolución por parte del juez a continuación de la relativa demanda judicial. Lo cual es también conforme con nuestro derecho. En efecto, según el par. 2º del art. 692 del código civil: "la parte que ha cumplido puede... pedir se resuelva (el convenio) con daños y perjuicios". En donde se evidencia que la facultad de pedir la resolución del convenio comporta el establecimiento de una demanda a la que seguirá la sentencia resolutoria del juez. En el párrafo 476 del *Traité du Contrat de vente* encontramos también lo que Pothier considera la explicación lógico-práctica de cómo surgió la costumbre de insertar en los contratos la condición resolutoria por falta de cumplimiento, que a continuación será presumida por el legislador: "**comme, le plus souvent, on ne peut, sans de grands frais, se faire payer de ses débiteurs, l'on admet un vendeur a demander la resolution du contrat de vente pour cause du défaut de paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissaire**". De modo que, como nos explica el tratadista, el uso de poner la cláusula resolutoria en los contratos nació y se estableció firmemente con el fin de proveer al vendedor, que se despojaba de la

(7) Véase el art. 690 de nuestro código civil: "La parte cuyo derecho se resuelve por el acaecimiento de la condición resolutoria...". Véase también el art. 691: "La persona cuyo derecho de propiedad se resuelve por el evento de la condición resolutoria...".

cosa sin recibir simultáneamente el precio pactado, de un medio para poder recuperar rápidamente la posesión de la misma en caso de incumplimiento por parte del comprador.

Sin embargo opino que esta exigencia de tutela a favor del vendedor tenga que ponerse en relación con el principio —también fruto de la doctrina y jurisprudencia francesas— según el cual el contrato de compra-venta produce inmediatamente y por medio del simple consentimiento de las partes, el efecto real de transferir la propiedad de la cosa del patrimonio del vendedor al del comprador. Claro está que en esta situación fue muy sentida la exigencia, en caso de falta de pago del precio por parte del comprador, de poder destruir el contrato y con este sus efectos traslativos del derecho de propiedad, de manera que el vendedor insatisfecho pudiese rápidamente volverse otra vez propietario de la cosa compra-vendida y en esta calidad ejercer la acción reivindicatoria evitando así la larga y costosa acción ejecutiva contra el patrimonio del comprador-deudor.

No se para aquí, sin embargo, la enseñanza de Pothier. Me permito al efecto citar otro pasaje más de su tratado sobre el contrato de venta del cual se deduce que este jurista advirtió con claridad otro importante problema relacionado con la resolución del contrato por falta de cumplimiento: que no cualquier incumplimiento puede dar lugar a la resolución de la relación contractual.

Es cierto, en efecto, que en homenaje a los principios de equidad y buena fe que rigen con arreglo a la ejecución de las obligaciones y a la dinámica de la relación contractual, un incumplimiento de poca importancia no puede ser invocado para pedir la resolución de una relación de la que nace una multitud de obligaciones a favor y en contra de las partes contratantes. Si cualquier incumplimiento, hasta uno de pequeña entidad, diera la facultad de resolver el contrato, esta posibilidad daría pie a fáciles abusos, los cuales amenazarían seriamente la seguridad y la certeza del tráfico jurídico, así como el interés de los particulares de que sean mantenidas firmes las relaciones jurídicamente protegidas.

De ahí entonces se comprende la utilidad, al fin de valuar la importancia del incumplimiento en la economía del contrato, de la distinción entre obligaciones principales y accesorias, siendo evidente que mientras, como regla general, la violación de una obli-

gación del primer grupo haría legítima la demanda de resolución, el queblantamiento de una obligación perteneciente al segundo grupo tendrá que ser apreciada con prudencia por el juez, el cual dictará la resolución únicamente cuando, en su opinión, el incumplimiento haya roto, o por lo menos turbado gravemente, el equilibrio alcanzado por las partes con la estipulación del contrato.

A este propósito Pothier nos dice: "A l'égard de toutes les autres obligations (o sea las obligaciones accesorias) soit du vendeur, soit de l'acheteur, c'est par les circonstances qu'on décide si leur inexécution doit donner lieu a la résolution du contrat: elle y donne lieu lorsque ce qu'on m'a promis est tel, que je n'eusse pas voulu contracter sans cela".

Es de señalar que el criterio propuesto por nuestro Autor para evaluar el incumplimiento y decidir si es o no de tal naturaleza que pueda legitimar la resolución, es aquel según el cual hay que establecer si la parte que ha cumplido y que pide la resolución hubiera o no estipulado el contrato si, en el momento de cerrar el trato, hubiera estado enterada de la falta de cumplimiento de la otra parte. Es este, claramente, un criterio del todo subjetivo e individualista, en el que se tiene en cuenta únicamente la voluntad presumida del sujeto que cumple, voluntad, a menudo, muy difícil de establecer.

Por lo tanto este criterio, en la práctica, daría lugar a juicios muy arbitrarios y a que las valuaciones del juez se sustituyan a las de las partes.

Es sabido por lo tanto que la doctrina y la jurisprudencia modernas han adelantado esta postura opinando en un primer tiempo que para evaluar el incumplimiento hay que considerar el interés, en sentido objetivo, del que pide la resolución, y en un segundo momento estableciendo el principio de la importancia objetiva del incumplimiento en la economía contractual.

## DERECHO COMO CREENCIA EN ORTEGA Y GASSET

### DERECHO COMO CREENCIA EN ORTEGA Y GASSET

Seminario Doctoral Filosofía  
Política "Ortega" (F. 7904)  
Impartido por el  
Dr. Francisco Antonio Pacheco