

mente los derechos reales son los que se pueden ejercer contra cualquier sucesor, y la promesa de garantía no engendra más que una liga personal entre el cedente y cesionario; lo cual es decisivo.

ARTICULO 4.—Concurso de la acción resolutoria y de los privilegios del vendedor, del cambista y del donante.

§ I.—EL PRINCIPIO DEL CÓDIGO CIVIL Y EL PRINCIPIO DE LA NUEVA LEY.

Núm. 1. El Código Civil.

120. Hay tres acreedores privilegiados que además de su privilegio tienen una acción que ha dado nacimiento al privilegio: el vendedor, el donante y el cambista. Cuando el comprador no paga el precio el vendedor tiene dos derechos: puede reclamar el precio con privilegio y puede pedir la resolución de la venta. El donante que ha impuesto cargos al donatario puede exigir el cumplimiento de ellos con privilegio; tiene también la acción en revocación, acción fundada, como la del vendedor, en la condición resolutoria tácita. En fin, el cambista vencido puede promover los daños y perjuicios con privilegio; puede también repetir la cosa (art. 1705); esta acción en repetición es igualmente una acción en resolución del contrato (núms. 2, 22 y 25).

121. ¿Qué relación hay entre la acción en resolución y el privilegio. Hay un efecto común al privilegio y á la acción resolutoria: es que el ejercicio de uno y otro de estos derechos retrotrae á los terceros. El privilegio, por su esencia, es una preferencia que el acreedor privilegiado tiene sobre los demás acreedores; esta diferencia le da un derecho real y, por tanto, un derecho de prosecución; el acreedor privilegiado tiene, pues, la acción hipotecaria contra cualquier detentor; esta acción conduce á la evicción del propietario

que posee un inmueble gravado con el privilegio. La acción de resolución es una acción personal, puesto que nace de un contrato, pero cuando el contrato queda resuelto todos los derechos concedidos á terceros por el propietario cuyo derecho está resuelto quedan igualmente resueltos: enajenaciones, hipotecas y cualquier derecho real.

122. Los terceros están igualmente interesados en conocer la existencia del privilegio y de la acción resolutoria en el momento en que tratan con un propietario cuyo bien está gravado con privilegio ó cuyo derecho está sujeto á resolución. Es por interés de estos terceros por lo que el Código Napoleón somete los privilegios á la publicidad; el privilegio que no se publica no puede ser opuesto á los terceros acreedores, hipotecarios ni aun quirografarios; en cuanto á los privilegios inscritos los terceros los conocen; tratar, por consiguiente, con conocimiento de causa y pueden resguardar sus intereses.

No sucede lo mismo con la acción resolutoria; está fundada en la condición tácita que resulta de la inejecución de las obligaciones contraídas por el adquirente. Bajo el imperio del Código Civil las actas translativas de propiedad no estaban sometidas á la transcripción, y ésta por sí sola no da á conocer la condición resolutoria tácita que afecta la propiedad del adquirente. El Código decía, en verdad, que el privilegio del vendedor se conserva por la transcripción; esto suponía el mantenimiento del principio de publicidad organizada por la ley de Brumario, año VII; desgraciadamente este sistema fué abandonado, de modo que el artículo 2108 quedó letra muerta y, por consiguiente, nada daba á conocer á los terceros que se debiera el precio al vendedor, quien permanecía armado del derecho de resolución. La condición resolutoria permanecía secreta. Los terceros podían ser despojados por un vendedor no pagado, sin que

tuviesen el medio de conocer la existencia del derecho que venía á resolver su propiedad.

123. La contradicción era evidente. Si el privilegio debía hacerse público para garantizar los intereses de los terceros la acción resolutoria debía publicarse porque los terceros estaban amagados igualmente por la resolución y tenían interés en conocer el derecho de resolución tanto como el de privilegio. No se limitaba en esto la contradicción de los principios que consagraba el Código Civil. Los terceros adquirentes tenían un medio de libertar el inmueble de las hipotecas, de los privilegios que lo gravaban: era la purga. Pero la purga no quitaba la acción resolutoria. En vano el tercer adquirente purgaba el privilegio del vendedor, el derecho de resolución sobrevivía al privilegio; la propiedad de los terceros adquirentes estaba, pues, continuamente amenazada por el derecho de resolución de un vendedor no pagado; sólo se encontraban al abrigo de la evicción cuando la acción de resolución se extinguía por la inscripción.

124. El privilegio y el derecho de resolución estaban regidos por principios esencialmente diferentes. En la teoría del Código estos dos derechos eran independientes uno de otro, de modo que el privilegio podía perecer y el vendedor conservaba no obstante el derecho de resolución. Acabamos de decir que así era en caso de purga. La ley prescribía reglas severas para la conservación del privilegio, dictadas todas por interés de los terceros; si el privilegio no estaba inscripto, si la inscripción no era renovada, el vendedor perdía su derecho de preferencia. ¿Este decaimiento arrastraba el de la acción resolutoria? Nó, pues el derecho de resolución no era una dependencia del privilegio; ambos derechos eran distintos por su naturaleza, su objeto y su efecto. El privilegio es una garantía accesoria del crédito y debe esencialmente ser mueble; la resolución es un derecho inmobiliario, pues tiende á resolver una venta inmobiliar y

á hacer entrar de nuevo el inmueble en poder del vendedor, como si nunca hubiera salido de él. Cuando el vendedor ejerce su privilegio mantiene el contrato cuya ejecución prosigue. Cuando ejerce la acción resolutoria del contrato pide su resolución, y si el juez la pronuncia la venta se considera no haber existido nunca. Estas diferencias entre ambos derechos son reales, subsisten siempre, pero la consecuencia que resultaba bajo el imperio del Código Civil era desastrosa; y es en este punto en el que el legislador belga ha innovado.

125. El sistema del Código era tan absurdo en sus consecuencias como funesto para los terceros. Al someter la conservación del privilegio á condiciones rigurosas la ley quería garantizar los derechos de los terceros, pero en vano declaraba al vendedor decaído de su privilegio en favor de los terceros adquirentes: sacrificaba este interés prometiendo al vendedor decaído de su privilegio pedir la resolución de la venta. «¿Cae bajo el sentido, dice Merlin, que un tercero adquirente que por falta de inscripción no puede ser perseguido hipotecariamente por el vendedor pueda, sin embargo, ser expropiado por éste?» El espíritu lógico del gran jurisconsulto se sublevaba contra este absurdo, y, no obstante, se veía precisado á reconocer que el derecho de resolución sobrevivía al privilegio. Se intentó sostener que no le sobrevivía, pero la jurisprudencia apartó esta interpretación contraria á los principios y sin apoyo en los textos. (1) Se vió obligado á consagrar las consecuencias más extremas del principio de que el privilegio es independiente de la acción resolutoria.

El vendedor no sólo no conservaba su derecho á la resolución cuando había descuidado de llenar las formalidades prescriptas para la conservación del privilegio, podía, además, promover la resolución después de haber terminante-

1 Martou, t. II, p. 234, nota 1, núm. 615 y las sentencias que cita.

mente renunciado á su derecho de preferencia, pues tenía dos derechos distintos y renunciando á uno no renunciaba al otro. Cuando una orden se abría para la distribución del precio del inmueble el vendedor estaba llamado como acreedor privilegiado; su privilegio le aseguraba el pago de su crédito; si juzgaba bueno no presentarse al orden conservaba, no obstante, el derecho de resolución, cuyo ejercicio hacía caer la venta voluntaria ó forzada del inmueble. En vano purgaba el tercero adquirente, no quitaba el derecho de resolución. (1)

Núm. 2. De la nueva ley.

126. Los funestos efectos de la condición resolutoria han hecho nacer el pensamiento de abolirla en hombres preocupados, antes que todo, del interés del crédito, pues es este interés el que está en causa en el régimen hipotecario y, por consiguiente, en el concurso de la acción resolutoria y del privilegio. Habiendo sido sometido un proyecto de ley á la Asamblea Nacional en 1830 los economistas pidieron que la condición resolutoria no tuviera ningún efecto para con los terceros: esto era pedir su abolición. No les faltaban buenas razones en el terreno de la economía política. Decían que la riqueza privada y la riqueza pública no podían desarrollarse más que cuando la legislación asegura á los propietarios el crédito al que les da derecho el valor de los bienes que poseen. Pero para que el propietario encuentre adquirentes ó prestamistas es necesario que los terceros tengan una garantía plena al comprar ó al prestar sobre garantías hipotecarias. Y todas las garantías que la ley les da ó que ellos estipulan pueden hacerse ilusorias si un vendedor no pagado tiene el derecho de despojarlos.

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. IV, ps. 401 y siguientes, notas 40 á 43, pfo. 356. Compárese Mourlón, De la transcripción, t. II, p. 422, números 750 y 751.

¿Qué sucederá? O no tratarán ó tratarán con condiciones onerosas para el propietario. El crédito sufrirá y, por consiguiente, las riquezas privadas sufrirán tanto como la riqueza pública. Los economistas agregaban que la acción resolutoria no tenía razón de ser, puesto que el vendedor estaba suficientemente garantizado por su privilegio, que le aseguraba su pago.

127. Hombres de talento prestaron á esta teoría el apoyo de su elocuencia; Vatimesnil, Michel de Bourges, Dupont de Boussac atacaron la condición resolutoria con violencia, y en el terreno económico era difícil contestarles. Pero la cuestión tiene, además, otra faz: la del derecho. Dos juriconsultos tomaron por sí la defensa del derecho. Aquí cambia la escena. ¿Puede prohibirse á las partes contratantes subordinar sus convenciones á una condición resolutoria? Nó, pues este es el legítimo ejercicio de la propiedad, y, salvo los socialistas y los comunistas, nadie ha pedido aún que la propiedad fuera vinculada, es decir, anulada en nombre de la economía política. Los adversarios de la condición resolutoria no se atrevieron á ir hasta ahí; habrá que ir, sin embargo, hasta ahí si se quiere repudiar la condición resolutoria tácita, pues esta condición no es más que el pacto comisorio transportado en la ley, lo que dispensa á las partes de estipularlo; pero es siempre por su voluntad por lo que la condición resolutoria está subentendida en los contratos sinalagmáticos; la ley no se las impone, supone que las partes lo quieren, y tal es la realidad de las cosas. Si las partes quieren la resolución en el caso en que falten á sus compromisos, y si tienen el derecho de quererla, todo queda decidido; no hay derecho contra el derecho y, sobre todo, no hay autores contra el derecho. Tenemos un grande respeto para la economía política, pero lo tenemos aún mayor para el derecho, porque el imperio pertenece al derecho y no al interés. Importa que los pueblos sean ricos;

pero desgraciados de ellos si se vuelven ricos sacrificando el derecho á su prosperidad material. Semejante sociedad descansa en las arenas del desierto, y cuando llega la tempestad la sociedad se sumerge en el fango. Desconfiamos de la economía política desde que hemos oído sostener en su nombre las más absurdas tesis, tales como la libertad del padre de familia para instruir ó no á sus hijos: la libertad de matarlos física ó moralmente enviándolos al taller en una edad en que deben estar aún en la amiga. El derecho del niño protesta contra semejantes enormidades. Es bueno que la voz del derecho se haga oír en el seno de una sociedad que está inclinada á sólo oír el interés. La lucha duró tres días en la Asamblea Nacional; el derecho acabó por prevalecer. (1) Sólo había una objeción especiosa que los economistas tomaban del derecho. El privilegio, según ellos, bastaba para garantizar el derecho del vendedor. Si así fuera la ley podría conformarse con dar esta seguridad al vendedor. Sería inútil concederle la resolución. Pero la experiencia de cada día prueba que el privilegio es insuficiente; es porque lo es por lo que el vendedor promueve la resolución. Vendió para recibir el precio de su cosa; asegúradle el precio y no pedirá la resolución de la venta. Pero si la cosa está despreciada la venta forzada del inmueble quizá absorbe en gastos una gran parte del precio; ¿dará al vendedor su precio íntegro? Amenudo sólo le queda la mitad. Por esto es que se ve obligado á recurrir á la resolución, más expeditiva, menos azarosa y más eficaz que la expropiación forzada.

128. Los economistas tenían razón, sin embargo, en un punto y los juriconsultos no pensaron en contestárselos; habían sido los primeros en señalar los vicios que consagraba el Código Civil. Había falta de armonía completa en

1 Monclón lo resumió bien en su Tratado de la Transcripción, t. II, p. 435, núms. 772 á 776.

este sistema. El privilegio era público y la acción resolutoria secreta. A falta de publicidad el privilegio se extinguía, mientras que la acción resolutoria sobrevivía. El tercer adquirente podía, pues, borrar el privilegio, no tenía ningún medio de abrigarse contra la resolución. Había que corregir estos defectos y el medio era sencillo: era hacer lo contrario de lo que habían hecho los autores del Código: no abolir la acción resolutoria sino hacerla pública, subordinándola en todo al privilegio. Fué un ministro del Imperio, Rouher, quien propuso esta innovación; resolvía el problema manteniendo el derecho de resolución á la vez que dándole la publicidad del privilegio y declarándola extinguida cuando el privilegio se extinguiera. El derecho de propiedad quedaba respetado y los intereses de los terceros quedaban resguardados. Se daba, pues, satisfacción á lo que tenían de legítimo las reclamaciones de los economistas. La clandestinidad es la que crea los peligros que sufren los terceros; la publicidad les avisa y los pone en condición de resguardar sus intereses.

La proposición de Rouher fué adoptada por la Asamblea Nacional y pasó en la ley francesa de 1855 acerca de la transcripción. (1) Cuando la discusión de nuestra Ley Hipotecaria el Ministro de Justicia propuso la misma solución, completándola. Desde luego se encuentra, naturalmente, extendida al privilegio del cambista y del donante, siendo las razones idénticas. Y luego el art. 28 permite á los terceros suspender la acción de resolución ofreciendo el precio al demandante, y aun después de pronunciada la resolución la ley transporta el derecho de los terceros hi-

1 Nosotros transcribimos el art. 7 de la ley para que se pueda comparar con el art. 28 de nuestra ley; hay diferencias: «La acción resolutoria establecida por el art. 1654 del Código Napoleón no puede ser ejercida, después de la extinción del privilegio del vendedor, en perjuicio de terceros que han adquirido derechos en el inmueble por parte del adquirente y que se han conformado con las leyes para conservarlas.»

potecarios en las sumas que el demandante de resolución está en el caso de restituir. En fin, la ley belga organiza la purga de modo que la acción resolutoria esté borrada ó que no perjudique al tercer adquirente. Volveremos á este último punto al tratar de la purga. Por ahora limitamos nuestras explicaciones al art. 28.

§ II.—¿EN QUÉ CASOS ES APLICABLE EL ART. 28?

129. El art. 28 dice: «La acción resolutoria de la venta establecida por el art. 1654 no puede ser ejercida después de la extinción ó decaimiento del privilegio establecido por el artículo precedente.» ¿Cuál es la acción resolutoria que la ley subordina á la conservación del privilegio? El artículo 28 no se aplica más que á la condición resolutoria que recuerda el art. 1654, el cual dice: «Si el comprador no paga el precio el vendedor puede pedir la resolución de la venta.» Esta disposición es sólo la aplicación del principio general consagrado por el art. 1184, según el cual «la condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las dos partes no satisfaga su compromiso.» Esto es lo que se llama la condición resolutoria tácita. Síguese de esto que el art. 28 no es aplicable más que á la condición resolutoria tácita, pues la ley está concebida en términos restrictivos; cita el art. 1654 que aplica á la venta la condición resolutoria tácita. Además de la condición resolutoria tácita hay una condición resolutoria expresa: es la que definen los artículos 1138 y 1168; está estipulada por las partes y tiene por efecto revocar ó rescindir el contrato, volviendo las cosas al estado que tuvieran si la obligación nunca hubiera existido. La condición resolutoria expresa, así como la tácita, opera resolución no sólo de la venta, á la que está ligada, sino también de todas las actas de disposición hechas

por el comprador; de modo que si la venta está resuelta las enajenaciones y las hipotecas consentidas por el comprador lo están igualmente. Puesto que toda condición resolutoria obra contra los terceros ¿por qué el legislador limita su innovación á la condición resolutoria tácita? Es verdad que la condición resolutoria expresa tiene para los terceros el mismo resultado que la condición tácita; anonada al cumplirse todos los derechos que los terceros han adquirido en la cosa. Sin embargo, es menos peligrosa. Desde luego en el sistema de la nueva ley está publicada, puesto que el acta de venta debe ser transcripta por entero para que la propiedad esté transferida para con los terceros. Los que tratan con el poseedor de un inmueble pueden, pues, asegurarse de la existencia de las condiciones bajo las cuales se ha vuelto propietario; avisados por la publicidad tratan con conocimiento de causa. Amenudo no tratarán, puesto que arriesgan ver sus derechos resueltos si la condición se cumple. Esto es otro mal, pues está ligado á cualquiera condición, y la ley no podía prohibir los contratos condicionales. Además el principio del art. 28 no puede recibir su aplicación á la condición resolutoria expresa; en efecto, supone que el vendedor tiene dos derechos: la acción resolutoria y un privilegio; y en el caso de una condición resolutoria expresa el vendedor sólo tiene un derecho: el de resolución; no tiene privilegio; no podrá, pues, tratarse de subordinar la acción resolutoria á la conservación de un privilegio que no existe. (1) A decir verdad ni siquiera tiene una acción resolutoria, puesto que la resolución tiene lugar de plano. Para que el art. 28 sea aplicable se necesita, pues, que el acreedor tenga á la vez un privilegio y una acción resolutoria; así pasa con el vendedor cuando el precio no le fué pagado.

¹ Martou, t. II, p. 236, núm. 616. Compárese Aubry y Rau, t. IV, p. 402, nota 47, pfo. 356.