

132. ¿Se aplica el art. 28 al pacto comisorio? Se da este nombre á la condición resolutoria tácita cuando está escrita en el contrato. Esta cláusula es muy frecuente en materia de venta. El art. 1656 prevee una cláusula comisoria: la que dice que por falta de pago del precio en el plazo convenido la venta será resuelta de derecho pleno. De ahí la cuestión de saber si el art. 28 es aplicable al caso previsto por el art. 1656. La cuestión debe sentarse en términos más generales porque el art. 1656 no prevee más que una de las formas del pacto comisorio; se debe, pues, generalizar la cuestión y preguntar si el art. 28 es aplicable á la condición resolutoria estipulada para el caso en que el comprador no pagara el precio. Hay controversia. En nuestro concepto se debe distinguir el pacto comisorio que se identifica con la condición resolutoria tácita del pacto comisorio que produce los efectos de la condición resolutoria expresa.

Cuando el pacto comisorio no hace más que reproducir los términos del art. 1654 ó del art. 1184 no difiere en nada de la condición resolutoria tácita; luego cae bajo la aplicación del art. 28. Nos trasladamos, en cuanto al principio, al título *De las Obligaciones*. El texto de la ley es aplicable á esta hipótesis, lo que es decisivo en materia de privilegios. El artículo 28 dice: «*La acción resolutoria de la venta establecida por el art. 1654.*» En la especie el pacto comisorio da lugar á una *acción resolutoria*. En cuanto al art. 1654 supone también que la resolución está *pedida* si el comprador no paga el precio. Y la resolución debe *pedirse* en el caso en que el pacto comisorio no haga transcribir en el acta la disposición del art. 1654 ó la del art. 1184. En efecto, el carácter que distingue la condición resolutoria tácita es que no resuelve el contrato de pleno derecho: la resolución debe *pedirse* en justicia; luego estamos en los términos del art. 1654. Hay, sin embargo, una objeción. Lo que hace la condición resolutoria tácita tan peligrosa para con los terceros es que se

oculta; no pueden saber si hay un vendedor no pagado, y cuando la condición resolutoria tácita está escrita en el contrato se hace pública por la transcripción; luego los terceros la pueden conocer y, por consiguiente, los peligros de la resolución desaparecen en el sentido de que los terceros tratan con conocimiento de causa. La objeción sería decisiva si el texto no decidiera la dificultad; todo es de rigor en esta materia. Se puede agregar que el pacto comisorio no instruye lo bastante á los terceros; esta es una cláusula rutinaria que sólo enseña á los terceros lo que saben por la ley; á saber: que si el comprador no paga el precio el vendedor puede pedir la resolución de la venta. A esto se puede contestar que la inserción del pacto comisorio en el contrato al menos enseña una cosa á los terceros: que el precio no está pagado y que deben, por consiguiente, atenerse á la resolución del contrato. En definitiva, se debe uno atener al texto y decir que desde que hay concurso de una acción resolutoria y de un privilegio el art. 28 debe recibir su aplicación.

Hasta aquí hemos supuesto una venta; la aplicación de la ley al cambio y á la donación prueba que el principio queda aplicable aunque los terceros hayan tenido conocimiento de la acción resolutoria. El copermutante no tiene privilegio en caso de evicción más que cuando el acta determina una suma fija á título de daños y perjuicios; el acta está transcripta; los terceros saben, pues, que el cambista tendrá un privilegio y una acción resolutoria en caso de evicción; están admitidos, lo que no impide que el art. 38 sea aplicable. De igual modo el donante no tiene más que un privilegio y una acción de resolución más que cuando el acta de donación hace conocer la monto de los cargos en su perjuicio; sin embargo, pueden prevalecerse del privilegio del art. 28. Lo que prueba que la ley se atiene sobre todo á los efectos que producirá la resolución; lo que hace apli-

cable el principio cuando hay acción resolutoria y privilegio aunque los terceros hayan podido atenerse á una resolución. Después de todo también podían quedarse bajo el imperio del Código Civil porque la ley les enseñaba la existencia de la condición resolutoria tácita; pero lo que los inducía al error es que no estando conservado el privilegio debían creer que el acreedor privilegiado estaba pagado y que, por consiguiente, no habría resolución. Y este peligro subsiste aunque la condición resolutoria esté escrita en el acta. Esta consideración levanta cualquiera dificultad.

133. ¿Se debe mantener esta solución en el caso en que el pacto comisorio esté estipulado como lo supone el artículo 1656; es decir, con el efecto de que el contrato quedará resuelto de pleno derecho por falta de pago del precio? Tomamos como ejemplo la venta porque es la única hipótesis usual y la que dió lugar á la controversia. La Corte de Bruselas decidió que el art. 28 no es aplicable al pacto comisorio del art. 1656, y, en nuestro concepto, estuvo bien juzgado. (1) Hemos inducido del texto, y acerca de este punto todo el mundo está de acuerdo, que el art. 28 no se aplica á las condiciones resolutorias expresas (núm. 129). Y el pacto comisorio es una condición resolutoria expresa cuando la cláusula dice que la venta quedará resuelta de pleno derecho por falta de pago del precio. Esto es decisivo. En efecto, el texto no se puede aplicar. Dice: *la acción resolutoria de la venta*; y en el caso previsto por el art. 1656 no há lugar á una *acción*, el contrato se resuelve en virtud de la voluntad de las partes contrayentes; luego está fuera del texto. El art. 28 agrega: "la acción resolutoria establecida por el art. 1654;" luego no se aplica al pacto comisorio del art. 1656; lo que es muy lógico, puesto que por una parte hay condición resolutoria tácita y por otra hay condición resolutoria expresa.

1 Bruselas, 2 de Diciembre de 1868 (Pasicrisia, 1869, 2, 257). Martou, t. II, p. 236, núm. 617.

Hay, sin embargo, un motivo para dudar: es que el pacto comisorio que se opera de pleno derecho ó en virtud de la sentencia del juez produce efectos idénticos, y estos efectos tienen la misma causa: la falta de pago del precio. Hay privilegio y derecho á la resolución; luego se está, si no en el texto, al menos en el espíritu de la ley. (1) Hacemos á un lado la objeción porque en una materia de privilegios se debe uno atener estrictamente al texto de la ley. También se da otra respuesta: es que el concurso de la acción resolutoria y del privilegio no existen cuando el pacto comisorio toma el carácter de una condición resolutoria expresa. Esto es verdad cuando el contrato está resuelto sin que sea necesario manifestar voluntad; en este caso no se puede tratar de privilegio; el vendedor ha manifestado previamente su voluntad de no reclamar su privilegio, puesto que quiere que la venta se resuelva como si no hubiese existido. Luego los terceros no pueden decir que al ver extinguido el privilegio debían creer que el precio estaba pagado; se debe dejar á un lado el privilegio para atenerse á la condición resolutoria expresa. Los terceros supieron al tratar con el propietario sometido á esta condición que no adquirirían más que un derecho incierto, resoluble de pleno derecho, como el de su autor, abstracción hecha de la extinción ó del decaimiento del privilegio. Pero esta respuesta no es buena en el caso del art. 1656; se necesita una manifestación de voluntad para que el contrato sea resuelto, puesto que la ley exige una notificación. Lo que nos parece decisivo es que no se necesita ya acción en justicia; luego el art. 28 no es aplicable.

134. No basta que haya condición resolutoria tácita para que el art. 28 sea aplicable, además se necesita que tenga

1 Cloes, t. I, p. 447, núms. 761 y 762. Compárese Troplong, De la transcripción, p. 463, núms. 301 á 305. Mourlón, De la transcripción, t. II, p. 434, número 769.

un derecho á la resolución de goce de un privilegio el que tenga la misma causa que la acción resolutoria. Tales son los casos previstos por la ley: el vendedor, por ejemplo, tiene un privilegio para el pago del precio, y también la acción en resolución si el comprador no paga; de modo que el derecho al precio da nacimiento á la vez á la acción resolutoria y al privilegio. Si el contrato estaba sujeto á resolución por causa diferente del pago de un crédito privilegiado no habría lugar á aplicar el art. 28 porque no se estaría ni en el texto ni el espíritu de la ley. El texto declara al acreedor decaído de su acción resolutoria después de la extinción ó del decaimiento del privilegio, y no se puede tratar de pérdida del privilegio cuando no hay privilegio. El objeto de la ley no es garantizar á los terceros contra toda acción resolutoria, solamente tuvo presente el ejercicio de la condición resolutoria tácita cuando ésta no pertenece á un acreedor privilegiado.

¿Se necesita también que el acreedor privilegiado haya llenado las condiciones requeridos por la ley para la existencia de su privilegio? Nó, la ley no lo exige; y si se decidiera que el acreedor concertaba su acción resolutoria sin llenar estas condiciones se le permitiría eludir la ley. Tal sería el caso en que el cambista no fijara la suma á la que tiene derecho á título de daños y perjuicios por causa de evicción. La ley le da un privilegio en caso de evicción; lo que basta para que el art. 28 sea aplicable, porque hay concurso de la acción resolutoria con un privilegio; y en esta hipótesis la acción resolutoria no puede ejercerse desde que el acreedor no tiene privilegio. Sí, sin hacer ninguna estipulación relativa á los daños y perjuicios conservaría su acción resolutoria; los terceros serían engañados; y el objeto de la ley es precisamente impedir que los terceros sean engañados. (1)

1 Cloes, t. I, p. 450, núm. 767. Compárese Martou, t. I, p. 240, núm. 624.

135. Hay acciones que tienen analogía con la acción resolutoria, pero que, sin embargo, difieren en que no están fundadas en una acción resolutoria. Lo que basta para que no haya lugar á aplicar al art. 28. Esta disposición es excepcional, priva al acreedor de un derecho que tiene por la convención tácita de las partes; debe, pues, limitarse al caso que la ley prevee. Se ha pretendido que el derecho de prosecución contra la reventa por postura temeraria caía bajo la aplicación del art. 28. Lo cual es un error. La condición resolutoria pone el inmueble en manos del vendedor, mientras que la reventa por postura temeraria es una nueva venta; la reventa no es, pues, una resolución en el sentido del art. 1184; lo que hace inaplicable al art. 28. (1)

136. Hay casos en los que el acreedor conserva su privilegio y, por consiguiente, su acción resolutoria, pero la ley le obliga á optar, en interés de los terceros, entre la acción resolutoria y el privilegio. Cuando el adquirente cumple con las formalidades legales para la purga de las hipotecas y privilegios el acreedor privilegiado está obligado á optar; mantiene los derechos del acreedor, puesto que conservó su privilegio, pero tiene que ejercer uno ú otro con el fin de fijar la posición del tercer adquirente. Lo mismo pasa cuando el inmueble está expropiado. La situación del adjudicatario debe también ser afirmada no sólo en su interés sino también en el de los acreedores que persiguen; no se encontraría un adjudicatario si permaneciera sujeto á la acción de resolución. Esto está además en armonía con la nueva ley; la acción de resolución no puede sobrevivir al privilegio; pero como la ley no puede despojar al acreedor de un derecho que le pertenece lo obliga á optar. (2)

1 Besançon, 16 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1859, 2, 148). Aubry y Rau, t. IV, p. 402, nota 46, pfo. 356.

2 Martou, Comentario, t. II, p. 238, núm. 620.

§ III.—¿QUIÉN PUEDE PREVALECKERSE DEL ARTÍCULO 28
Y BAJO QUÉ CONDICIÓN?

137. Según el art. 28 la acción resolutoria del vendedor, del cambista y del donante no puede ser ejercida «en perjuicio del acreedor inscripto, ni del subadquirente, ni de los terceros adquirentes de derechos reales, después de la extinción ó decaimiento del privilegio.» Así el acreedor que no conservó su privilegio queda decaído de la acción de resolución en interés de los terceros y ya no puede ejercerlo en perjuicio de éstos, lo que implica que no está decaído de un modo absoluto de su derecho; puede pedir la resolución contra la parte que no cumplió sus compromisos. Es el interés de los terceros, es decir, el interés del crédito público, el «que provocó la innovación que el legislador ha hecho al Código Civil; cuando el interés de los terceros no está en causa se permanece bajo el imperio de la ley antigua; el vendedor conserva su derecho de resolución contra el comprador, el cambista y el copermutante; el donante contra el donatario. No hay concurso, en este caso, del privilegio con la acción resolutoria, puesto que el privilegio no se ejerce contra el deudor; luego la extinción ó decaimiento del privilegio no puede atacar en nada el derecho del acreedor. Fué sentenciado por aplicación de este principio que el vendedor puede pedir la resolución del contrato contra el quebrado cuando éste queda por un concordato restablecido en la libre disposición de sus derechos. (1) Otra es la cuestión de saber si el art. 28 es aplicable para con la masa en caso de quiebra; volveremos á este punto.

138. La ley ha subordinado la acción resolutoria á la conservación del privilegio en interés de los terceros. ¿Cuáles son estos terceros? El art. 28 contesta á la cuestión. Son,

1 Lyon, 6 de Abril de 1865 (Daloz, 1866, 5, 487). Compárese Martou, t. II, p. 237, núm. 618, y p. 240, núm. 623; Aubry y Rau, t. IV, p. 402, nota 44, párrafo 356.

desde luego, los *acreedores inscriptos*; es decir, los acreedores hipotecarios que han conservado su derecho por la inscripción; si no han conservado su derecho, por ejemplo, descuidando de renovar su inscripción en los quince años no pueden oponer al vendedor que promueve la resolución que éste incurrió en decaimiento de la acción resolutoria, pues los acreedores hipotecarios cuyo derecho se volvió ineficaz están asimilados á los quirografarios y éstos no pueden invocar el beneficio del art. 28.

También son terceros según el art. 28 los neoadquirentes; es decir, aquellos á quienes el comprador, el cambista ó el donatario venden la cosa gravada con el privilegio. La ley no dice que el subadquirente debe transcribir su título para tener el derecho de oponer al vendedor el decaimiento ó la acción resolutoria. Es, no obstante, seguro que sólo con esta condición es como pueden invocar el art. 28; la ley francesa lo dice, y si la ley belga no lo ha dicho es porque la condición es una consecuencia de los principios que la ley establece en la transcripción de la propiedad; el subadquirente no es propietario para con los terceros; mientras no transcribió no puede oponer su derecho al acreedor que promueve la resolución.

Pasa lo mismo con los terceros adquirentes de derechos reales que el art. 28 coloca entre los en cuyo perjuicio no puede ejercerse la acción resolutoria cuando el acreedor ha perdido su privilegio. Es necesario que tengan un derecho que oponer al vendedor que pide la resolución de la venta es, pues, necesario que lo hayan conservado, ya sea por la transcripción, si se trata de un derecho á ella sometido; ya sea por la inscripción, si se trata de una hipoteca ó de un privilegio.

La ley excluye á los acreedores personales que no tienen derecho en la cosa. ¿Por qué los acreedores quirografarios no pueden oponer el decaimiento de la acción resolutoria

al vendedor? Se contesta ordinariamente: porque los acreedores personales no tienen más derecho que el que tenía su autor, y como el comprador no se puede prevalecer contra el vendedor del decaimiento en que éste incurrió para con los terceros los acreedores del comprador no pueden tener más derechos que éste. La respuesta es perentoria, según los principios del Código Civil; no lo es en el sistema de la ley belga. (1) Esta considera á los acreedores quirografarios como terceros en lo relativo á la transcripción (art. 1^o); hubiera podido también considerarles como terceros cuando se trata de la acción resolutoria; si no lo hizo es porque su objeto no es quitar al vendedor los derechos que proceden de su contrato, quiere solamente poner al abrigo de la acción resolutoria á aquellos que han adquirido un derecho en la cosa que el vendedor pretende quitarles. En otros términos, es el crédito inmobiliario el que el legislador entendió garantizar y no el crédito que se concede á la persona; los que se conforman con la garantía personal siguen la fe de su deudor, no pueden quejarse si un vendedor no pagado llega á quitarles una parte de su prenda. Hay una especie de inconsecuencia en garantizarlos contra el privilegio que no está publicado y no garantizarlos contra la acción resolutoria que permanece oculta. La inconsecuencia se explica por el limitado objeto que la ley tuvo en cuenta.

139. ¿El art. 28 se aplica cuando el deudor cae en quiebra? Esta cuestión está muy controvertida. Como toca á los principios que rigen las quiebras pertenece al derecho mercantil más bien que al derecho civil; nos limitaremos á enunciar suscitadamente nuestra opinión. Se trata de saber si el vendedor puede pedir la resolución de la venta contra la masa quirografaria, y el art. 28 pone en principio que los acreedores quirografarios del comprador no pueden preva-

1 Compárense los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, p. 402, nota 44, pfo. 356, y Cloes, t. I, p. 459, núm. 777.

lecerse contra el vendedor del decaimiento en que incurre de la acción resolutoria; esto decide la cuestión si tiene que ser resuelta por el derecho civil. La única dificultad está en saber si los acreedores por efecto de la quiebra adquieren un derecho real en los bienes del quebrado. Esto nos parece dudoso; el quebrado está, en verdad, desposeído de la administración de sus bienes; es la masa la que los administra y dispone de ellos por órgano del síndico ó de los agentes. Esto no es un derecho real; la quiebra sólo transmite á la masa quirografaria los derechos que ejercía el quebrado, y el comprador no podrá oponer al vendedor el decaimiento de su acción voluntaria; luego el vendedor conserva también su derecho de resolución contra la masa que representa al deudor. La Corte de Casación se pronunció en este sentido, pero nuevas dificultades surgieron acerca del motivo de decidir; no podemos entrar en este debate. (1)

140. Para que los terceros tal cual acabamos de determinarlos estén al abrigo de la acción resolutoria es necesario que el privilegio esté extinguido ó que el acreedor lo haya perdido. Estos son los términos del art. 28. Queda por saber lo que la ley entiende por extinción ó decaimiento del privilegio. El texto comprende todos los casos en los que el acreedor privilegiado no puede ya ejercer su privilegio, cualquiera que sea la causa. Hay en el Código Civil y en nuestra Ley Hipotecaria un capítulo acerca de las causas de extinción de los privilegios; la primera causa resulta de la extinción de la obligación principal; en este caso ya no hay crédito y, por tanto, el vendedor no tiene ya ningún derecho. No es esta la extinción que supone el art. 28; para que pueda tratarse de la acción resolutoria

1 Mourlón discute largamente la cuestión en su Tratado de la transcripción, t. II, p. 463, núms. 812 á 820. Compárense Aubry y Rau, t. III, p. 359, notas 10 y 11, pfo. 278, y los autores que citañ. Cloes, t. I, p. 461, núms. 778 á 781.