

Art. 1445. La obligacion es condicional cuando depende de un acontecimiento futuro é incierto, bien sea suspendiéndola hasta que éste exista, bien sea resolviéndola, segun que el acontecimiento previsto llegue ó no llegue á verificarse.

Art. 1446. Tambien puede constituirse obligacion condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes.

La division que se establece en estos artículos está reconocida desde el tiempo de los romanos, y adoptada por la legislacion española; mas tanto aquellos como nuestros antecesores contrapusieron la obligacion pura á la condicional, y á la que se contrae para cierto tiempo. Así en el lib. 3º, tít. 15 de las Instituciones de Justiniano se dice: *Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub conditione fit*; y en la ley 12, tít. 11, Part. 5ª: "non poniendo y condicion, nin señalando dia para cumplir."

Debe atenderse á los caracteres de la obligacion para saber si es pura ó condicional, pues muchas veces aparecerá bajo la forma de condicion lo que sea mas que un modo de cumplir la obligacion. Cuando se dude si un convenio es modal ó condicional, debe estarse á lo primero, conforme á la regla de interpretacion que hemos dado, por la cual las cláusulas ambiguas deben entenderse en el sentido mas favorable para que el contrato surta sus efectos. Hay casos en que las obligaciones se expresan bajo una forma pura, y son sin embargo condicionales, como sucede cuando se señala como término para el cumplimiento un hecho de incierta realizacion; y otros hay en que aunque la condicion no se ponga, se tiene como expresa por disposicion de la ley: así vemos que por el artículo 2,753 de nuestro código, las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenia herederos forzosos, quedan revocadas por el solo hecho de sobrevenir al donante hijos legítimos; de manera que estas donaciones llevan en sí para su subsistencia la condicion de que los hijos no sobrevengan.

Justiniano no creyó que pudiera llamarse obligacion condicional la que depende de un hecho pasado, aunque los contratantes lo ignorasen; y por esto en el párr. 6 del título y libro ántes citado de las Instituciones, nos enseña que las condiciones que se refieren al tiempo pasado ó presente, nulifican desde luego la condicion, ó no la suspenden de ninguna manera. Por ejemplo: "Si Ticio ha sido nombrado cónsul," ó si Mevio aun vive." Porque si estos acontecimientos no son verdaderos, la estipulacion no existe; y si son ciertos, aquella es valedera desde un principio. Siendo pues el carácter de la condicion, el de suspender los efectos de la obligacion hasta que ella se rea-

lice, claro es que en rigor no puede darse este nombre á lo que ya pasó: sin embargo, todas las legislaciones modernas han adoptado esta manera de expresarse, lo cual ningun inconveniente práctico puede producir siempre que no se deduzcan falsas consecuencias. Cujacio llama *cuasi condicionales* á esta especie de obligaciones: *Illa quae confertur in praesens vel praeteritum dicitur quasi conditio vel quasi conditionalis stipulatio.* (Sobre la ley 39 D. de rebus cred.) Debe pues entenderse, que si sucedió el acontecimiento á que la obligacion se refiere, ésta produce todos sus efectos desde el dia que se contrae, y no desde aquel en que se tenga noticia de la realizacion del hecho.

Concuerdan estos artículos con el 1,168 frances, 1,121 napolitano, 1260 sardo, 867 de Vaud, 1,289 holandes, 2,016 de la Luisiana, 1,296 y 1,297 del Estado de México, 1,412 y 1413 de Veracruz, los cuales han sido tomados de los 1,029 y 1030 del Proyecto de código español.

Art. 1447. La condicion es suspensiva cuando suspende el cumplimiento de la obligacion, hasta que se verifique ó no el acontecimiento.

Art. 1448. Es resolutoria, cuando cumplida que sea, produce la resolucion de la obligacion, y repone las cosas en el estado que tenian ántes de otorgarse aquella.

Oigamos lo que dice Marcadé respecto de esta division en su Comentario al artículo 1.168 del código frances. "Esta division de la condicion en suspensiva y resolutoria nada tiene de real en el fondo; es una cosa de convencion, un modo de hablar que es bueno seguir, puesto que está generalmente aceptado, pero que no es exacto: no hay ni puede haber mas que una sola condicion, la suspensiva. ¿Qué es, en efecto, una cosa condicional? La que tal vez existe y tal vez no existe, cuya existencia, por ser dudosa ó incierta, está en suspenso. Cuando digo: "te vendo si....." "eres propietario si....." soy tu acreedor... si..." no se puede afirmar que actualmente la venta, la propiedad ó el crédito existen: la existencia de la cosa es incierta, está verdaderamente afectada por una condicion, y esta condicion es suspensiva. Por el contrario: el derecho que desde ahora existe y que podrá rescindirse no es ni puede ser condicional; porque, precisamente para que pueda rescindirse, es necesario que en la actualidad exista; y supuesto que tiene una existencia presente y conocida, no puede decirse que está afectado por la condicion. Es verdad que con estas palabras: "te vendo; pero la venta se rescindirá si....." "eres propietario; pero tu propiedad se perderá si....." "soy tu acreedor; pero no haré uso de mi crédito si.....",

es verdad, decimos, que aquí hay una condicion; mas esta condicion, en lugar de referirse al derecho, se refiere á la rescision de este derecho; de suerte que el derecho es puro y simple, y su rescision condicional. Observemos que la condicion que afecta en este caso á la rescision del derecho puro y simple es siempre suspensiva, como la condicion que en los primeros ejemplos afectaba al derecho mismo. Todo esto se toca con el dedo, se demuestra materialmente, por decirlo así, con atender al simple aspecto de la fórmula: ésta presenta dos proposiciones, y solamente la segunda tiene el sí, indicativo de la condicion, mientras que la primera, la que establece el derecho, carece de él: 1º "eres propietario," es una proposicion pura y simple que establece un derecho puro y simple; 2º "tu propiedad se perderá si....." hé aquí la rescision condicional que afecta al derecho puro y simple." Despues de dar mas extensas explicaciones, concluye el autor con estas palabras. "Aceptemos, pues, sin criticarlo, el lenguaje recibido; pero no olvidemos que la obligacion bajo condicion suspensiva es aquella cuya existencia depende directamente de la condicion, mientras que la obligacion, bajo condicion resolutoria, es aquella cuya existencia se establece desde ahora, y que condicionalmente puede rescindirse."

Pueden ponerse como ejemplos de la condicion resolutoria, el que hemos puesto en el comentario anterior, relativo á la donacion que hace una persona sin herederos forzosos, y otros varios casos que se encuentran en los títulos 2 y 3, lib. 18 del Digesto, y en las leyes 30 y 40, tít. 5º, Part. 5ª. Concuerdan estos artículos con los citados ántes, de los códigos extranjeros, con el 1,298 del Estado de México, y el 1,031 del Proyecto español. El código de Veracruz suprime esta division, tal vez por considerarla imbibita en su artículo 1,413.

Art. 1449. La condicion es casual, cuando depende enteramente del acaso, ó de la voluntad de un tercero no interesado en el contrato.

Art. 1450. Es potestativa ó voluntaria cuando depende puramente de la voluntad de una de las partes; y mixta cuando depende juntamente de un acontecimiento ajeno de la voluntad de las partes, y de la voluntad de una de ellas.

Esta division está generalmente admitida en los códigos modernos, ha sido tomada de los artículos 1,169, 1,170 y 1171 del código Napoleon, que á su vez la tomó de Pothier, núm. 201, y reproducida por los 1,122, 1,123 y 1,124 napolitano; 1,260, 1,261 y 1,262 sardo; 2,017, 2,018 y 2,029 de la Luisiana; 1,299 del Estado de México; 1,214 de Veracruz, y 1,032 del Proyecto español. A primera vista

aparece cierta contradiccion entre el artículo 1,450 y el 1,394 de nuestro código: remitimos á nuestros lectores al comentario que de éste hicimos, en el cual procuramos esclarecer su verdadera inteligencia.

Art. 1451. Si el cumplimiento del contrato depende de alguna condicion, positiva ó negativa, de hecho ó de tiempo, cumplida que sea, se tendrá el contrato por perfeccionado desde el dia de su celebracion; pero luego que haya certeza de que la condicion no puede realizarse, se tendrá como no verificada.

Este artículo contiene en compendio lo que ántes hemos manifestado relativamente al efecto retroactivo que produce por su naturaleza toda condicion cumplida.

En cuanto á que se tenga por no realizada la condicion desde que haya certeza de que no puede efectuarse, es una disposicion fundada en la razon, y que se encuentra en todos los códigos modernos. El artículo 1,482 del código chileno dice así: "Se reputa haber fallado la condicion positiva, ó haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado á ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, ó cuando ha espirado el tiempo dentro del cual ha debido verificarse y no se ha verificado." Adquirida pues la conviccion de que la condicion negativa no se puede realizar, el contrato se reputa que deberá tener efecto, aunque no se haya cumplido el término estipulado. El ejemplo que á este propósito pone García Goyena, dá una perfecta idea de esta teoría. Te prometo cien pesos si mi hijo no regresare de Manila dentro de dos años, y á los seis meses se sabe que mi hijo ha muerto. ¿Podrás pedirme los cien pesos desde luego, ó hasta pasados los dos años? Segun el artículo del código, desde luego se puede pedir lo convenido; mas si por el tenor del contrato aparece que á la condicion del regreso del hijo quiso añadirse el plazo de dos años, la obligacion se reputará perfecta desde luego, y se ejecutará al vencimiento del plazo.

Este artículo, cuya redaccion está tomada del 678 de Portugal, concuerda con el 1,176 frances, 1,294 holandes, 1,129 napolitano, 872 de Vaud, 1,417 y 1419 de Veracruz, 1,301 y 1,304 del Estado de México.

Art. 1452. Se tendrá por cumplida la condicion que dejare de realizarse por hecho voluntario del obligado; á no ser que el hecho haya sido inculpa-

Está tomado del 679 de Portugal con una ligera variacion: donde el nuestro dice: "á no ser que el hecho haya sido inculpa-" aquel trae estas palabras: "salvo que este haya obrado en los límites de su derecho." Este precep-

to es tambien de derecho comun, y ha sido reconocido en todas las legislaciones modernas. *Quicumque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligetur.* Digesto, párr. 7, tít. 1º, lib. 45. Las leyes 14, tít. 4 y 22, tít. 9 de la Partida 6ª, traen la misma máxima, con relacion á las últimas voluntades; y Gregorio López, en su Glosa, opinaba que lo mismo debia decirse de los contratos.

Este artículo está conforme con el 1,178, frances, 1,296 holandes, 1,131 napolitano, 2,035 de la Luisiana, párr. 2 del 1,481 chileno, 1,418 de Veracruz, y 1,303 del Estado de México.

Art. 1453. Los derechos y las obligaciones de los contrayentes que fallecen antes del cumplimiento de la condicion, pasan á sus herederos.

Tantum spes est debitum iri camque ipsam spem in heredes transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit: párr. 4, tít. 16, lib. 3, Inst. La misma disposicion contienen las leyes 1ª, tít. 4, Part. 4ª; y 14, tít. 11, Part. 5ª, y se hallan en todos los códigos actuales: en el de Veracruz se registra bajo el número 1,420, y en el del Estado de México en el artículo 1,305.

Art. 1454. Los acreedores, cuyos contratos dependieren de alguna condicion, podrán, aun antes de que ésta se cumpla, ejercitar los actos licitos necesarios para la conservacion de su derecho.

Art. 1455. El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiere pagado.

Es cierto que mientras la condicion no se cumple, rigurosamente hablando, no hay acreedores, ó á lo ménos, no se sabe si los habrá, pues que aquellos que estipulan bajo condicion no pueden conocer si han adquirido ó no los derechos á que la obligacion se refiere, hasta que la condicion se ha realizado ó ha dejado de realizarse; mas como esta parte contratante tiene una esperanza que constituye por sí misma un derecho que no depende de la voluntad de la otra parte, se ha creído que este derecho es bastante para que le sea lícito ejercer los necesarios para su conservacion, como una garantía de su crédito eventual. Las leyes antiguas no eran tan explícitas sobre este particular como lo son las del dia; entre aquellas encontramos la 42, tít. 7, lib. 44 del Dig. que da una idea de lo que hoy se practica; pero son mucho mas terminantes y claras las palabras de nuestro código, que concuerdan con el artículo 1,180 frances, 1,298 holandes, 1,133 napolitano, 2,036 de la Luisiana, 1,306 del Estado de México, y 1,421 veracruzano.

Mas de este derecho para procurar la conservacion de la cosa, no se infiere que el acree-

dor incierto tenga facultad ninguna sobre ella, y por esto decian los romanos: *Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione, repetitur.* Ley 16, tít. 6º, lib. 12 del Digesto. Este artículo 1,455 está tomado del 1,039 del Proyecto de código español, y reproducido en los códigos veracruzano y del Estado de México en los artículos que ántes hemos citado.

Art. 1456. Cuando las obligaciones se hayan contraido bajo condicion suspensiva, y pendiente ésta se perdiere, deteriorare, ó bien se mejorar la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes:

Art. 1457. Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste quedará obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

Art. 1458. Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.

Art. 1459. Deteriorándose por culpa del deudor, podrá el acreedor optar entre la indemnizacion de daños y perjuicios ó la rescision del contrato.

Art. 1460. Si la cosa se mejora por su naturaleza ó por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.

Art. 1461. Si se mejora á expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario en el artículo 990.

Una de las consecuencias mas dignas de estudio, con motivo de la condicion suspensiva en las obligaciones de dar cosa determinada, es la que se refiere á los riesgos de la cosa, *pendente conditione.* Para esta materia nos ministran las Partidas una regla tan justa como racional, y que puede servir de base para el desarrollo de la teoría mas extensa: "E aun dixeron, que segun derecho natural, aquel debe sentir el embargo de la cosa que ha el pro de ella." Reg. 29, tít. 34, Partida 7ª. Siguiendo esta regla, nuestro Código establece que ya sea que la cosa se mejore ó se deteriore sin culpa del deudor, el contrato queda perfecto, siendo para el acreedor el aumento ó disminucion que la cosa sufra. *Quem sequuntur commoda eundem sequi debent incommoda.* Mas el Código frances, separándose de tan recto camino, dispone que si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el acreedor puede elegir entre rescindir la obligacion ó recibir la cosa en el estado que se encuentre sin disminucion del precio. Todos los comentadores censuran, y con abundante razon, esta inconsecuencia, pues si es un principio que el cumplimiento de la condicion produce efecto retroactivo; si lo es que las mejoras que la cosa adquiriera, ceden en beneficio del acreedor, parece de todo punto lógico, equitativo é indisputable que sobre éste recaigan igualmente los menoscabos que la cosa puede tener. Sin embargo, la mayor parte de los códigos europeos, adoptaron el texto del frances,

que tambien se encuentra en el artículo 2,039 de la Luisiana, no obstante que éste se aparta de aquel modelo con bastante frecuencia. El proyecto de Código español, tomando en consideracion los fundados racionios de los tradistas, adoptó el primero, ó mas bien dicho, restauró la teoría admitida por nuestro código. El chileno, que se hizo con vista de aquel proyecto, prohibió las mismas ideas en su artículo 1,486, párr. 2º, con estas palabras: "Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condicion, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos ó mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado á dar mas por ella, y sufriendo su deterioro y disminucion sin derecho alguno á que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro ó disminucion proceda de culpa del deudor, en cuyo caso el acreedor podrá pedir, ó que se rescinda el contrato ó que se le entregue la sola cosa, y además de lo uno ó lo otro, tendrá derecho á indemnizacion de perjuicios."

La rescision del contrato viene de pleno derecho si la cosa se pierde, ya sea por culpa del deudor ó sin ella, con solo la diferencia de que en el primer caso hay lugar á la indemnizacion de daños y perjuicios, mientras en el segundo no podrá hacerse esta reclamacion; pero tanto en uno como en otro, el contrato deja de existir, como que falta la cosa que formaba el objeto de la obligacion. *Stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione, res extincta fuerit.* Ley 8ª, tít. 6, lib. 18 del Digesto.

Mas ¿cuándo podrá decirse que la cosa se ha perdido? Nuestro código guarda silencio sobre esto, y en los que tenemos á la vista encontramos doctrinas bien diferentes: el proyecto de Código español dice así: "Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio ó desaparece, de modo que se ignora su existencia ó no se puede recobrar;" mientras el Código chileno establece esta regla diferente: "Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto á que segun su naturaleza ó segun la convencion se destina, se entiende destruir la cosa." Entre estos dos extremos, no vacilamos en optar por la doctrina española, tanto porque nuestro código usa del verbo perder, que es el mismo de que se sirvieron los autores de aquel proyecto, como porque daría lugar á infinitas cuestiones fijar el grado de deterioro que deberia reputarse destruccion. Además, la razon jurídica en que se funda la rescision por destruccion de la cosa, consiste en que falta el objeto que debe tener el contrato conforme al artículo 1,395: si pues existe este objeto, siquiera sea menoscabado, no hay motivo bastante para que el contrato se rescinda.

En cuanto á las mejoras que el deudor haya hecho sin mudar la forma ni alterar la sustancia de la cosa obligada, justo es que se las lleve el que las hizo, si puede hacerse sin daño de la cosa, ó que si esto no puede ser, queden en beneficio del acreedor sin aumento de precio; por presumirse que el deudor que hizo las mejoras á sabiendas de la obligacion contraida, no ha querido que por causa de ellas se modifique el primitivo convenio.

Estos artículos concuerdan con el 1,307 del Estado de México y 1,422 de Veracruz, que siguiendo en todo la redaccion del Proyecto español, pusieron en un solo artículo la materia que el nuestro divide en seis.

Art. 1462. Cuando la obligacion se hubiere contraido bajo condicion resolutoria, cumplida que sea ésta, debe restituirse lo que se hubiere percibido en virtud del contrato.

Art. 1463. La restitucion se hará además con frutos é intereses por aquel que hubiere faltado al cumplimiento de su obligacion.

Art. 1464. En el caso de pérdida, deterioro ó mejora de la cosa restituible, se aplicarán al que deba hacer la restitucion, las disposiciones que respecto del deudor contienen los artículos que preceden.

Estos artículos, tomados del 1,041 del proyecto de código español, explican con claridad y concision los efectos de la condicion resolutoria. El código frances no habla de la devolucion de frutos, lo cual ha dado margen á muy ilustradas discusiones entre los comentadores. Toullier y Douvergier opinan por la restitucion como resultado del efecto retroactivo inherente á las condiciones, Troplong cree que debe hacerse una distincion: si la rescision procede de la ley, en virtud de la cláusula resolutoria que se subentiende en todos los contratos sinalagmáticos, juzga que hay obligacion de restituir los frutos, porque aquel que no ha dado cumplimiento á la obligacion no puede reputarse poseedor de buena fe, y en consecuencia no puede hacer suyos los frutos; pero si la rescision procede de una condicion resolutoria expresamente convenida, opina que el poseedor debe hacer suyos los frutos en consideracion á su buena fe y al trabajo que le ha costado adquirirlos. Delamarre y Lepoitvin hacen una distincion análoga, aunque ménos absoluta. Creen, como Troplong, que en la última hipótesis hace suyos los frutos, á ménos que exista alguna circunstancia particular que haga presumir que hubo mala fe; pero en la primera, es decir, cuando le rescision procede del pacto de la ley comisoria, opinan que no puede presumirse mala fe en el comprador por el solo hecho de que no haya pagado el precio, y que en todo caso los jueces tienen que examinar la malicia del que no dió cumplimiento

al contrato, para resolver sobre la devolucion de frutos. Massé, de quien hemos extractado estas doctrinas, se decide por la última, que apoya con diferentes razones.

Entre nosotros no existirá esta cuestion, supuesto que el código dispone la devolucion de frutos como regla general, *statuit lex*; pero es preciso tener presentes en la práctica estas opiniones diferentes, para que se resuelva en cada caso particular cuándo la devolucion de frutos podrá sustituirse con el pago de intereses, á lo cual dan lugar los términos en que el código está redactado. Como prueba de que esta cuestion aun no está decidida en el terreno de los principios y de la ciencia, tenemos el hecho de que el código chileno tambien asienta una regla general en su artículo 1,488; pero de todo punto contraria á la del Código del Distrito: "Verificada una condicion resolutoria, dice aquel, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante ó los contratantes, segun los varios casos, hayan dispuesto lo contrario." Los códigos de Veracruz y del Estado de México, como tomados del Proyecto español, disponen lo mismo que el nuestro: aquel en su artículo 1,423 y éste en el 1,308; mas el primero, quizá para mayor claridad, en lugar de decir "frutos é intereses," dice "frutos ó intereses," en cuyo sentido creemos que deben entenderse igualmente los otros, á pesar de la conjuncion conjuntiva, porque interpretarlos, suponiendo que deberian entregarse ambas cosas á un mismo tiempo, seria el mayor absurdo.

El último artículo de los que venimos comentando, forma un inciso del anterior en el Proyecto español y en los códigos que han tomado á este modelo. Para comprender claramente su aplicacion, debemos fijarnos en que toda condicion resolutoria para una parte, es suspensiva para la otra, y por esto el que debe hacer la restitucion, tiene los derechos y obligaciones que ántes hemos dicho que afectan al deudor. Así, por ejemplo, en un caso de compra-venta, celebrada bajo la condicion de que realizándose tal ó cual acontecimiento se rescindiría el contrato, esta condicion, que para el comprador es resolutoria, para el vendedor es suspensiva, porque éste queda con la esperanza de recobrar la propiedad si el acontecimiento se realiza, y el comprador queda con el carácter de deudor para este caso. Por consiguiente, si la cosa perece en su totalidad sin culpa del poseedor, la rescision no podrá tener lugar; si perece ó se deteriora por culpa suya, estará obligado á la indemnizacion de daños y perjuicios; y finalmente, si la cosa se menoscaba ó mejora sin culpa del comprador, cederán en pró ó en contra del vendedor los

daños ó mejoras de la cosa, sin que el precio que tiene que devolver deba sufrir ninguna modificacion ni alteracion.

Art. 1465. La condicion resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligacion.

Art. 1466. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligacion ó la resolucion del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses; pudiendo adoptar este segundo medio, aun en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligacion.

Estos artículos traen en nuestro derecho una subversion favorable á los principios y á la ciencia. Por la antigua legislacion una vez que un contrato se perfeccionaba, ya con el consentimiento, ya con la tradicion, segun su naturaleza, á las partes no quedaba mas accion que la de exigir su cumplimiento, aunque alguna de ellas no hubiese satisfecho lo estipulado, pues contra ésta no habia mas derecho que el de reclamarle daños y perjuicios. *Non ex eo quod emptor non satis conventionem fecit, contractus irritus constituitur.* Digesto, ley 14, tít. 54, lib. 4. Reprodújose esta disposicion en la legislacion española, pues vemos en la ley 58, tít. 5, Part. 5ª, que solamente se puede *desfacer la vendida* cuando se falta á aquel pacto, sin el cual no se hubiera contratado. «Mas si la vendida fuese fecha de otra guisa, que la non fiziessen señaladamente por razon de los pleytos, mas auiniéndose el comprador é el vendedor en la vendida; é de si, fiziessen pleytos despues en razon della, entonces valdria é non se puede desatar, maguer los pleytos non fuessen desatados. Pero aquel que hizo la postura tenudo es de la cumplir é de enmendar al otro los daños é los menoscabos quel vinieron, por razon que non guardó el pleyto que fué puesto en la vendida.» Estas leyes llegaron á adquirir mayor fuerza desde que la 1ª, tít. 1º, lib. 10 de la Nov. Rec., vino estableciendo que de cualquiera manera que alguno manifestara la voluntad de obligarse así quedase obligado: desde entónces ya fué un punto fuera de toda cuestion, que un contrato perfecto no podia rescindirse, sino por mútua voluntad de las partes, ó por pacto expreso convenido en el mismo contrato.

Sin embargo, algunos tratadistas que menciona y combate Antonio Gomez (Var. Res. tomo 2º, cap. 8º), sostuvieron que en los contratos innominados, habia lugar á la rescision cuando alguna de las partes no cumplia con lo estipulado. Fundábanse aquellos juriconsultos en que la ley recopilada era ge-

neral y por lo mismo no habia podido derogar á la 5ª, tít. 7, Partida 5ª, que permite la rescision en esta especie de contratos, y debe considerarse excepcional. "Ca entonces dezimos que si aquel non cumpliere lo que prometió, en su escogencia es del otro, de demandarle la cosa que le dió por esta razon, ó quel peche los daños é los menoscabos que por ende recibió; los cuales deuen ser creydos con su jura é con estimacion del judgador." A pesar de esta ley, y á pesar de los razonamientos de los autores, prevaleció la opinion de que los contratos innominados, debian seguir la suerte de los demás, es decir, que habia derecho para pedir su ejecucion; mas no su rescision por falta de cumplimiento.

Aunque ya no está en uso la distincion entre los contratos nominados y los innominados, puesto que todos se perfeccionan con el consentimiento, y están sujetos á las mismas reglas, harémos aquí una pequeña digresion respecto de este punto que, como histórico, es curioso y que da una idea del carácter especial de la legislacion romana. Se llamaban contratos nominados, á los que tenian nombre y causa, é innominados á aquellos que tenian causa, pero no tenian nombre. Este nombre se referia al que se daba á la accion, con que se podia reclamar el cumplimiento del contrato; así es que, aunque éste tuviese su denominacion, si la ley no concedia una accion expresa para hacerlo cumplir, se llamaba innominado, como la permuta ó cambio (*permutatio*), que tenia este nombre, tanto en el uso comun como en las leyes; pero que se reputaba innominado, porque no habia accion especial á que diera nacimiento. Mas si estos contratos carecian siempre de nombre, debian tener causa, porque sin ella, no habia obligacion posible: llamábase causa al motivo eficiente que hacia nacer la obligacion: en los contratos consensuales, la causa era el consentimiento; en los reales, la tradicion de la cosa; en los verbales, las palabras; y en los literales, el instrumento confeccionado en debida forma, y si no existia alguna de estas causas, no habia contrato. El juriconsulto Paulo, resume así las operaciones que podian ser objeto de los contratos innominados: *do tibi ut des; aut do ut facias; aut facio ut facias; aut facio ut des.* (Dig. 19. 5. De *prescriptis verbis et in factum actionibus*.) El que en esta especie de contratos, habia ejecutado lo que á él correspondia, no tenia derecho para exigir que el otro á su vez, hiciese ó diese lo que habia prometido, porque estas promesas, como nacidas de un simple pacto, no eran obligatorias; mas no siendo justo que la parte que no daba cumplimiento á lo convenido, se enriqueciera con lo ajeno, existia contra ella la accion *prescriptis verbis ó in factum*, para recoger lo que se le

habia dado y reclamarle los daños y perjuicios que por su falta habia causado: *ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere* (párr. 1 de la ley citada ántes).

Es digno del estudio del hombre pensador, examinar la marcha tortuosa que sigue en muchas ocasiones la ciencia, para llegar á su mejoramiento con la conquista de los verdaderos principios. Vemos que en esta materia de contratos no ejecutados, primero, respecto de los innominados, no se tuvo accion para exigir que se cumpliesen, sino solamente para obtener la indemnizacion de los perjuicios; despues por las leyes de Partida, quedó al arbitrio de la parte que habia ejecutado, exigir el cumplimiento ó la rescision é indemnizacion; más tarde las leyes recopiladas, derogando todo lo que era de fórmula y desechando para siempre las caprichosas distinciones que embrollaban el tratado de obligaciones, equiparó á los convenios de todas clases, é hizo obligatorio su cumplimiento; y por fin hoy, procediendo de las mismas premisas, ha venido á recibirse generalmente el principio, de que todo contrato sinalagmático es rescindible, si alguna de las partes no cumple con las prestaciones que estipuló.

En efecto, es casi universal esta disposicion: la encontramos en el artículo 1.184 frances, 2,041 de la Luisiana, 880 de Vaud, 1,275 sardo, 1,137 napolitano, 1,309 del Estado de México, 1,425 veracruzano, 1,489 chileno, y 709 portugues: solamente el código austriaco, firme en sus antiguos principios, dice en el artículo 919: «Cuando una de las partes no cumple, la otra no puede pedir la resolucion del contrato, sino únicamente compelerla á su cumplimiento.»

La condicion resolutoria, emanada de la ley por la falta de alguna de las partes contratantes, se suplía, conforme al derecho español, con el pacto llamado de la ley comisoría, al cual se refiere la ley 38, tít. 5º, Part. 5ª, y no debe confundirse con el pacto comisorio: éste consiste en el convenio que el deudor celebra con su acreedor, estipulando que éste se haga dueño de la prenda por el precio de la deuda que no le haya sido pagada; pacto que estaba prohibido por la ley 41, tít. 5, Part. 5, y del cual nos ocuparemos al comentar el artículo 1,919 de nuestro código. La diferencia única que existe en cuanto á la rescision que tiene lugar por el pacto de la ley comisoría, y la que se efectúa por ministerio de la ley, consiste en que aquella se realiza por solo el hecho de que se falte al cumplimiento del contrato, mientras que para ésta es preciso que la parte interesada elija este medio, mas bien que la indemnizacion de daños y perjuicios. Sin embargo y fuera de esta salvedad, el pac-