

1169 Frances, 1122 Napolitano, 1260 Sardo, 868 de Vaud, 2017, de la Luisiana. *Si Titius consul fuerit factus*, párrafo 4, título 16 libro 3; Instituciones. "Si eligieren á tal ome por obispo de tal Iglesia" ley 2, título 4, Partida 6. "Si tal nave viniere de marruecos á Sevilla" ley 12 título 11 Partida 5.

Potestativa, etc. Artículo 1170 Frances, 1123 Napolitano, 2018 de la Luisiana, 1261 Sardo.

Sub ea conditione que in potestate ipsius est, ley 4, título 5, libro 28 del Digesto. "Que son en poder de los omes para cumplirlas," ley 1, título 4, Partida 6: si fueres ó no fueres á Sevilla, por ejemplo.

Sin embargo, no suena bien á todos la palabra *potestativa*, y todavía les repugnarán mas el *puramente* de nuestro artículo. ¿Qué es lo que puede pender tan omnimoda y exclusivamente del arbitrio y potestad del hombre que no haya algun lugar en ello á la providencia? Cuántos accidentes no pueden sobrevenir entre *la copa y el sorbo*?

Opinan por lo tanto que toda condicion es *casual ó mista*, y deshechan la *potestativa*, añadiendo que no puede ocurrir en el derecho un solo caso de la menor diferencia entre la *condicion potestativa ó la mista*: la palabra *voluntaria*, añadida en el artículo, puede satisfacer en parte á estos rigoristas; vé el artículo 979.

Respecto de la condicion potestativa puesta en los contratos hubo una reñida cuestion entre los intérpretes, *¿podrán cumplirla, y bastará que la cumplan los herederos?* Voet número 19, título 1, libro 45, y nuestro Gomez *variar resolut.*, tomo 2, capítulo 11, número 36, sostienen la negativa; Cuiacio estuvo por la afirmativa. El artículo 979 hace ya inútil esta cuestion: yo la habria decidido en uno ú otro sentido segun los casos siguiendo el espíritu de nuestro artículo

cero no interesado en el contrato.—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.—Arts. 1449 y 1450, tit. 2, lib. 3, cap. 2, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1026. En cuanto á los testamentos, nunca hubo, ni puede haber ahora cuestion: no puede cumplirse por los herederos de aquel, á quien se puso: vé el artículo 723.

Mista. Artículo 1171 Frances, 1124 Napolitano, 1262 Sardo 2020 de la Luisiana: estos Códigos llaman únicamente mista á la que depende al mismo tiempo de la voluntad de una de las partes y de la de un tercero; y generalmente es así.

La ley única, párrafo 7, título 51, libro 6 del Código, la define como nuestro artículo. "Quae ex utroque pendent, ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate;" y suelen ponerse estos ejemplos; "si hubieres al capitolio, siendo Mevio cónsul;" si dieres tal cantidad á Ticio; cuando salga del poder de los enemigos: el subir y el dar es potestativo, pero el consulado y la libertad penden del acaso.

Las leyes 1 y 9, título 4, Partida 6, la definen como en la Romana; "en parte cuelga el poder de los homes, é en parte está en aventura, como si tornare aquí en morar á esta tierra fulano que es ido á Ultramar."

Gomez, en el lugar citado en el artículo anterior, opina que la condicion mista, en cuanto pende del arbitrio de un tercero, ha de ser cumplida por este, y no puede serlo por su heredero; pero que el tercero puede cumplirla, "non modo vivo, sed et mortuo stipulatore.

Tengo por fundada esta opinion, pues bajo el aspecto indicado, la condicion es casual; y en la de esta especie basta que existan cuando quiera.

ARTICULO 1033.

Las condiciones imposibles, las contrarias á las buenas costumbres ó prohibidas por la ley anulan el contrato.

La condicion de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta (1).

1172 Frances, 1125 Napolitano, 1263

1. Las condiciones fisicas ó legalmente imposibles anulan el contrato que de ellas depende.—Art. 1470, tit. 2, lib. 3, cap. 2, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Sardo, 868 de Vaud, 1290 Holandes, 2026 de la Luisiana.

"Non solunt stipulationes impossibili conditione adplicatae, nullius momenti sunt; sed etiam caetera quoque contractus," ley 31, título 7, libro 44 del Digesto; y da la razon de que los contrayentes "nihil agi existimant, apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem: lo mismo en la 1, párrafo 11, del mismo título, en las 7 y 69, título 1: libro 45, y párrafo 10, título 20, libro 3, Instituciones: la obligacion á lo imposible hace nula toda estipulacion y contrato, ley 21, título 11, Partida 5, que ciertamente no habla de la condicion imposible afirmativa; pero puede muy bien aplicarse á ella; y así se ha observado: vé lo espuesto al artículo 20, y tercer párrafo del 19: tambien el 137 *De las herencias por testamento*. La condicion imposible no merece propiamente este nombre, porque se sabe desde luego que nunca ha de existir.

La condicion de no hacer una cosa imposible: artículo 1173 Frances, 1291 Holandes, 1264 Sardo, 1126 Napolitano, 869 de Vaud, 2027 de la Luisiana.

Párrafo 10, título 20, libro 3, Instituciones, y 17, título 11, Partida 5, que usan de un mismo ejemplo "no tocar el cielo con el dedo."

Las condiciones del párrafo anterior son afirmativas porque consisten en hacer ó dar; las de este párrafo negativas por la razon contraria. *Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat.* Aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi, si in coelum non ascenderis, nam utilis et praesens est, et pecuniam creditam, continet," ley 7, título 1, libro 45 del Digesto. La citada ley 17 de Partida da esta razon: "Ca pues cierta cosa es que ningun ome, segun curso de natura, podria esto hacer, finca por ende obligado el que hace la promission:" es decir, que la condicion, aunque estravagante, está cumplida desde luego como que es imposible que deje de cumplirse; "per rerum naturam certum est, ali-

ter fieri non posse: vé lo espuesto en el artículo 709.

ARTICULO 1034.

La obligacion contraida bajo la condicion de que exista algun suceso en un tiempo fijo, caduca si pasare el término sin realizarse, ó desde que sea una cosa cierta que la condicion no puede cumplirse (1).

1176 Frances, 1291 Holandes, 1129 Napolitano, 1267 Sardo, 872 de Vaud, 2033 de la Luisiana.

Leyes 27, párrafo 1 y 99, párrafo 1, título 1, libro 45 del Digesto.

Si pasare el término sin realizarse. Y tambien antes de pasarse, si fuere una cosa cierta que la condicion no puede cumplirse. Por ejemplo: "Si mi hijo regresa de Manila dentro de un año, os daré tanto." Si antes del año se recibe la noticia de haber muerto mi hijo, caduca desde luego la obligacion, porque es cosa cierta que no puede ya existir la condicion.

Este mismo ejemplo puede servir para el párrafo segundo del artículo con solo quitar el plazo ó designacion de tiempo.

ARTICULO 1035.

La obligacion contraida bajo la condicion de que no se verifique algun suceso en un tiempo fijo, se hace eficaz si pasase el término sin verificarse.

Si no se hubiese fijado época, lo será desde que sea una cosa cierta que la condicion no puede cumplirse (2).

1177 Frances, 1295 Holandes, 1130 Napolitano, 2034 de la Luisiana, 1268 Sardo, 873 de Vaud.

Las mismas leyes Romanas citadas en el artículo anterior: la 115, párrafo 1, del mismo título dice: "Sed si ita stipulatus fue-

1. 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.—Art. 1451, tit. 2, lib. 3, cap. 2, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. Véase la nota anterior.—N. de los EE.

ro, si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris; centum dari spondes? Non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere, vel Alexandriam pervenire potueris: sed cum certum esse cæperit te Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire non posse."

Si pasare el término. Y aunque no haya pasado, con tal que sea ya cosa cierta que no puede menos de existir la condicion: el ejemplo del artículo anterior puede servir para este redactándolo en sentido negativo. "Si mi hijo no regresa, etc." "Non ante peti quidquam potest, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse sive vivo, sive mortuo id acciderit;" ley 10, título 1, libro 45 del Digesto.

El caso de este artículo es de condicion *negativa*; el del anterior de *afirmativa*.

Pero hay una dificultad respecto de este artículo, cuando se señaló día ó plazo fijo para la condicion, y antes de llegar aquel, es cosa cierta que la condicion no puede menos de realizarse: "¿podrá en este caso pedirse desde luego sin aguardar á que pase el día ó plazo?"

"Te prometo cien, 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 desde luego, ó solamente pasados los dos años?"

Las leyes 8 y 10, título 1, libro 45 del Digesto, han puesto en tortura á los intérpretes sobre este punto.

Yo entiendo que puede pedirse desde luego, porque este es el efecto inmediato y general de la existencia ó cumplimiento de la condicion, segun el artículo 1037, y aquí la condicion recae sobre la eficacia de la obligacion, no sobre el plazo, á no ser que aparezca manifiestamente que las partes quisieron hacer la obligacion "condicional bajo un aspecto, y á plazo" en cuanto al pago ó cumplimiento; porque puede ser á un mismo tiempo la obligacion *condicional y á plazo*: vé la ley 17, título 11, Partida 5; la ley 15 al

fin, título 11, Partida 5, dispone lo mismo en un caso idéntico.

ARTICULO 1036.

Quando por culpa de la parte obligada no se cumple la condicion, se reputa cumplida (1).

1178 Frances, 1296 Holandes, 1131 Napolitano, 2035 de la Luisiana, 1269 Sardo y 874 de Vand. El artículo 102 Prusiano, título 4, parte 1, es mas espreso y minucioso que todos en esto.

*Quicumque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligetur, ley 87, párrafo 7, título 1, libro 45 del Digesto. Jure civile receptum est, quoties per eum cujus interest conditione impleri, fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impelita conditio fuisset.— Pro impleta habetur conditio cum per eum fiat qui, si impleta esset, debiturus esset, leyes 24 y 81, párrafo 1, título 1, libro 35 del Digesto: puto quasi impleta conditione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur, ley 50, título 1, libro 18; leyes 29 al fin, y 38, título 2, libro 19 del Digesto: 39 y 161 de *regulis juris*.*

Las leyes 14, título 4, y 22, título 9, Partida 6, hablan solo de las últimas voluntades: Gregorio Lopez opina, con razon, que debe ser lo mismo en los contratos.

En el caso de este artículo, el deudor queda ademas sujeto á la responsabilidad del artículo 1011,

Rogron pone el siguiente ejemplo: "He contratado con un albañil, que por 8000 reales me ha de levantar una pared en el término de diez días: me arrepiento despues y para librarme de la obligacion derribo la parte de pared hecha ya por el albañil: deberé, sin embargo, abonarle los 8000 reales porque no debo sacar partido de mi propia falta ó malicia.

1. Se tendrá por cumplida la condicion que dejare de realizarse por hecho voluntario del obligado, á no ser que el hecho haya sido inculpable.—Art. 1452, tit. 2, lib. 3, cap. 2, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Pero si yo únicamente he impedido el cumplimiento de la condicion por un medio indirecto y ejerciendo un derecho legítimo como si por haberme hurtado el albañil alguna cosa, y lo hago yo poner en prision y no puede concluirse la obra en los diez días, no podrá aquel pretender que se repunte cumplida la condicion, porque el obstáculo ó falta ha estado de su parte."

En efecto; "nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur, factum cuique suam, non adveasario nocere debet," las 35, 151 y 155 de *regulis juris*.

ARTICULO 1037.

Cumplida la condicion, los efectos de la obligacion se retrotraen al dia en que se consrajo (1).

1179 Frances, 1297 Holandes, 1132 Napolitano, 2036 de la Luisiana, 1270 Sardo y 875 de Vand.

"Cum enim semel conditio extitit perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset;" ley 11, párrafo 1, título 4, libro 20 del Digesto. "Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione, haeres ejus agere potest. Idem est et expromissoris parte;" párrafo 24, título 20, libro 3, Instituciones.

"Tantum spes est debitum iri eamque ipsam spem in hæredes transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit," párrafo 4, título 16 del mismo libro: iguales son las disposiciones de las leyes 1, título 4, Partida 4, y 14, título 11, Partida 5.

Se retraen. Tenemos un ejemplo de esto en la citada ley 11 Romana, que da la preferencia por prioridad de tiempo á la hipoteca de un contrato bajo condicion, si esta existió sobre la de un contrato puro celebrado con otros, pendiente la condicion.

Por esta misma razon quedará sin efecto la enagenacion, constitucion de servidumbre, y cuanto el dueño de la cosa haya he-

1. Véase la nota anterior.—N. de los EE.

cho en perjuicio del que por la existencia de la condicion resulta ser dueño de ella; *sed et imposita servitute finietus existente conditione*, ley 105, título 1, libro 35 del Digesto.

El dominio del primer dueño era *resoluble* para el caso de existir la condicion, y como tal únicamente ha podido pasar á otro, por la salida regla de Derecho "nadie puede pasar á otro mas derecho que él mismo tiene."

ARTICULO 1038.

Los derechos y las obligaciones de los contrayentes que fallecieron antes del cumplimiento de la condicion, pasan á sus herederos (1).

Los mismos artículos extranjeros, y leyes Romanas y Patrias, que he citado en el anterior: vé tambien lo espuesto en el artículo 1026.

Pasan á sus herederos. Lo contrario se ha dispuesto en el artículo 723.

Fúndase la diferencia en que el nombramiento de heredero y las mandas se hacen por consideraciones de aprecio y cariño hácia el favorecido, y que son extrañas á sus herederos siempre inciertos: el testador pensó en que aquel; no pudo pensar en estos.

Los contratos se hacen por cálculo é interés; el que contrae, *sibi et hæredibus contrahere videtur*.

ARTICULO 1039.

El acreedor puede antes del cumplimiento de las condiciones ejercitar las acciones competentes para la conservacion de su derecho.

El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiera pagado (2).

1. Los derechos y las obligaciones de los contrayentes que fallacen antes del cumplimiento de la condicion, pasan á sus herederos.—Art. 1453, lib. 3, tit. 2, cap. 2, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. 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.—El deudor puede repetir lo que el mismo tiempo hubiere pagado.—Arts. 1454 y 1455, lib. 3, tit. 2, cap. 2, cód. civ. vigente.

La comision dice: que lo dispuesto en el artículo 1454, se funda en que si bien es cierto

1180 Frances, 1298 Holandes, 1133 Napolitano, 876 de Vaud, 1271 Sardo, 2037 de la Luisiana.

"Cum qui stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente, conditione, creditorem esse," ley 42 al principio, título 7, libro 44, y la 56, título 16, libro 50 del Digesto.

"Creditoribus, quibus ex die, vel sub conditione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, æque separatio debetur, quoniam et ipsis cautione comuni consuletur," ley 4, título 6, libro 42 del Digesto.

Podrá, pues, y aun deberá hacer inscribir su título en el registro de hipotecas, si la tiene, y hacer valer su derecho en el juicio de graduación de acreedores para ser clasificado desde luego en su debido lugar y pagado cuando se cumpla la condición. Entretanto, serán pagados los acreedores puros y simples aunque posteriores en grado, dando la competente fianza de restituir, si llega á cumplirse la condición: esto parece mas beneficioso á los verdaderos acreedores, salvo si se dispone otra cosa en el Código de procedimientos: deberán tambien ser citados para el concurso: vé los artículos 871 y 704.

El deudor puede repetir. En el fondo, y por consecuencia viene á disponer lo mismo el artículo 1181 Frances, aunque malamente redactado, segun observa juiciosamente Rogron; 1299 Holandes, 1134 Napolitano, 1272 Sardo, 877 de Vaud, 2038 de la Luisiana.

Ex conditionalis stipulatione tantum spes est debitum iri, párrafo 4, título 16, libro 3, Instituciones. "Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam: ubi sub conditione quis stipulatus fuerit, neque cesit ne-

que ántes de cumplirse la condición, no se puede decir propiamente obligado el deudor; tambien lo es, que mientras haya esperanza de que la condición se cumpla, existe por lo menos un principio de obligación por parte del deudor, que consiste en la guarda y conservación de la cosa para poderla entregar llegado el caso; por lo que este principio de obligación supone necesariamente en el acreedor el derecho que le concede dicho artículo.—N. de los EE.

que venit dies, pendente conditione," ley 213, título 16, libro 50 del Digesto.

"Non es tenuto de cumplir la promission: hasta que se cumpla aquella condición sobre que fué fecha;" ley 14 título 11, Partida 5.

"Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, ley 16, título 6, libro 12 del Digesto, copiada en la 32, título 14, Partida 5, que dá la razon: "porque podría acaecer por ventura que se non cumpliria la condición," y hasta entonces nada se debe; hay solo esperanza de que se deberá.

Aunque dichas leyes hablan solo de la condición propia ó referente á suceso futuro é incierto, habia y habrá de observarse necesariamente lo mismo en la condición impropia ó referente á hecho pasado, pero desconocido de las partes: la razon de la ley de Partida obra igualmente en ambos casos: vé lo espuesto en el artículo 1030.

En las obligaciones ó plazo sucede lo contrario, porque se debe desde luego, aunque no puede repetirse hasta el vencimiento: vé el artículo 1046.

ARTICULO 1040.

Quando las obligaciones se hayan contraido bajo la condición suspensiva, y pendiente esta se perdiere, deteriorare ó bien se mejorarare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes.

Si la cosa se perdió por culpa del deudor, este queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

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.

Quando la cosa se deteriora sin culpa del deudor el menoscabo es de cuenta del acreedor.

Deteriorándose por culpa del deudor, podrá el acreedor optar entre la indemnización de daños y perjuicios ó la rescisión del contrato.

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

Si se mejora á espensas del deudor, no ten-

drá este otro derecho que el concedido al usufructuario en el artículo 447 (1).

1182 Frances, con diferencias que procuraré notar. Siguen al Frances el 1300 Holandes, el 878 de Vaud, el 1273 Sardo, 1135 Napolitano, 2039 de la Luisiana.

Bajo condición suspensiva; propiamente tal, no la del párrafo 2, del artículo 1030, que se regirá por lo dispuesto en el artículo 1100: de la resolutoria se trata en los dos artículos siguientes.

Si culpa del deudor. Stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione, res extrinsecta fuerit, ley 8, título 6, libro 18 del Digesto. "Si la cosa se perdiere ó destruyese toda por qual manera quier, el daño seria del vendedor, magüer se cumplierse la condición despues," ley 26, título 5, Partida 5.

El efecto retroactivo se funda en la ficción de que el contrato fué puro; y la ficción no puede tener lugar, cuando no hay ya objeto sobre que recaiga: así, el vendedor no podrá reclamar del comprador en este caso el precio de la cosa.

Si se perdió por culpa del deudor. Los Códigos estrangeros no hablan de este caso, tal vez por considerarlo comprendido en las disposiciones generales sobre la responsabilidad á los daños y perjuicios: nosotros la espresamos como consecuencia de los artículos 1011 y 1013: *Si dolo culpave careat (devitor,* ley 51, título 1, libro 45 del Digesto, "Si

1. Cuando las obligaciones se hayan contraido bajo condición suspensiva, y pendiente ésta se perdiere, deteriorare, ó bien se mejorarare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes.—Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste quedará obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.—Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.—Deteriorándose por culpa del deudor podrá el acreedor optar entre la indemnización de daños y perjuicios ó la rescisión del contrato.—Si la cosa se mejora, por su naturaleza ó por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.—Si se mejora á espensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario en el artículo 990.—Arts. 1456 á 1461 lib. 3, tit. 2, cap. 2, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

sine facto promissoris evenerit" párrafo 2, título 20, libro 3, Instituciones.

Entiéndese. La significacion lata que aquí se da á la palabra *perderse*, es igual á la que se da á *perecer*, *perire*, en las leyes 9, 13 y 14, título 15, libro 50, 51, título 1, libro 45, 92, título 3, libro 46, del Digesto, y párrafos 1, y 2, título 20, libro 3, Instituciones y 22, título 11, Partida 5.

En este mismo sentido ha de entenderse en el artículo 1163 y otros parecidos.

Se deteriora sin culpa del deudor. En este caso habemos preferido el Derecho Romano y Patrio, "Jam si extet res, licet deterior effecta, potest, dici esse damnum emptoris;" la citada ley 8, título 6, libro 18 del Digesto: "Si la cosa: se empeorase ó se mejorase, ante que la condición sea cumplida; estonce el daño de aquél empeoramiento ó la pro pertenesce al comprador;" la misma ley 26, título 5, Partida 5.

El Código Frances y demás modernos dan al acreedor en este caso la elección para resolver el contrato, ó exigir la cosa en el estado que tenga sin disminuir por esto su precio; y en este sentido venia redactado el artículo primitivo, que fué desechado por la Comisión á propuesta mia.

Los motivos del artículo Frances están en el discurso 59, que diga todo lector imparcial si se da una respuesta satisfactoria al argumento de que perteneciendo al comprador el aumento de la cosa, v. g., por aluvion, debe pertenecerle tambien el daño causado por el ímpetu ó avenida del rio: adviértase que Pothier, oráculo, por decirlo así, de los autores del Código Frances en materia de contratos, halla justa la disposición del Derecho Romano en este punto: *secundum naturam etc.* que lo cómodo de cualquiera cosa corresponda á la misma persona 10, *regulis juris*. "Aquel deve sentir el embago de la cosa, que ha el de pro de ella," regla 29, título 34, Partida 7.

Por culpa del deudor. El artículo Frances autoriza tambien al acreedor en este caso para resolver el contrato ó exigir la cosa como se encuentre, y ademas los daños y