

## CAPITULO XXII

### Los contratos en particular

#### § 85.—*Tipos y clasificaciones*

Filomusi, *Enc.* § 74; Brugi, *Ist.* §§ 64, 67; Zachariae, *Man.* II, § 321; Aubry y Rau, *Cours*, IV, § 341; Planiol, *Traité*, II, núm. 1.352 bis.

En la infinita variedad de los contratos que puede generar la libre voluntad de las partes, hay algunos que por su frecuencia, por responder a repetidas necesidades, han cristalizado en tipos que tienen una especial denominación y que son objeto de una regulación también especial. Los más son comunes al Derecho antiguo y al moderno y objeto de una disciplina, si no idéntica a la del Derecho romano, indudablemente consecuencia de la evolución de aquél. Otros son creación moderna y producto de nuevas y complejas relaciones sociales ignoradas o en germen en las sociedades antiguas; tales, por ejemplo, los contratos de trabajo, de empleo, de edición, de suscripción, de seguro de vida o contra los riesgos de incendio, granizo, hurto, accidente, el contrato de suscripción periodística, de suministro de electricidad, de gas, etc. De estos últimos, los más esperan una regulación legal por ser insuficientes las normas que se aplican por analogía a las que existen para otras figuras legislativamente reguladas. Los tipos contractuales que el Código contempla son solamente los tipos tradicionales de venta, permuta, arrendamiento, sociedad, mutuo, etc.; y si otros tipos están regulados por el Código de Comercio, con ello no resulta colmada la laguna de la vigente legislación, laguna que en orden a ciertos contratos, como, por ejemplo, el de trabajo, crea trastornos y dificultades en la vida y en la práctica judicial.

Distintos son los modos con que los autores agrupan los contratos especiales regulados por el Código. Algunos recurren a una u otra de las distinciones que hicimos relativamente al contrato abstractamente concebido. Por ejemplo, se dividen todos en las dos categorías de contratos bilaterales (contratos de matrimonio, venta, permuta, enfiteusis, arrendamiento, sociedad, transacción y compromiso, constitución de renta), y unilaterales (mandato, comodato, mutuo, depósito, prenda, anticresis, donación); o en las de gratuitos (donación, mandato, depósito, mutuo, comodato), y onerosos (permuta, venta, mutuo con interés, arrendamiento); a las que se añade una tercera especie constituída por los contratos de garantía (prenda, fianza). Los más se fijan en elementos intrínsecos y substanciales que no consisten en la bilateralidad o unilateralidad, ni en la gratuidad u onerosidad de la prestación; se fijan, ya en una especial característica del objeto de la prestación, ya en el fin a que se dirige el vínculo contractual. Pero también en este caso la variedad de criterios y una cierta arbitrariedad en la elección puede dar lugar a muy diversas agrupaciones.

Así, por ejemplo, Planiol (1) los agrupa según que el objeto de la prestación sea una *cosa* con o sin contraprestación (transmisión definitiva de ella: donación, venta, permuta, sociedad; uso temporal de la misma: comodato, arrendamiento de cosa, mutuo), o un *trabajo* gratuito o retribuido (mandato, arrendamiento de obras y servicios, sociedad), o, finalmente, un *derecho* en función de enajenación (donación, venta, cesión de derechos), o en función de garantía (prenda), o de renuncia (remisión de deuda, transacción). Otros, como, por ejemplo, Giorgi (2), fijándose en el objeto, los clasifica en cinco categorías (traslativos de propiedad, traslativos de uso, dirigidos a un *facere*, comunes, de garantía) con criterio bastante menos perspicuo que el de Planiol.

Teniendo en cuenta el fin que persiguen, al grupo de los que se proponen efectuar un *cambio* (venta, permuta, arrendamiento

(1) *Traité*, II, núm. 1.352 bis; también «Classification syntetique des contrats» (*Rev. Crit.*, XXX, 1904, páginas 470 y siguientes).

(2) *Obblig.*, III, pág. 39.

de cosas, de obra, de trabajo) puede oponerse el de los que tienden a una *restitución* (mutuo, comodato, depósito, prenda); pero como estas dos categorías no agotan toda la serie, hay que añadir de una parte la donación, la sociedad, el mandato; de otra los contratos aleatorios (juego, apuesta, seguro de renta vitalicia) y los contratos de comprobación jurídica (reconocimiento, transacción, compromiso, juramento decisivo) (1).

Mayor valor científico, por ser más orgánica y rigurosa, ofrece la clasificación acogida por Filomusi (2) basada en la propuesta por Kant y por Trendelenburg. Puesto que el contenido del contrato puede ser una donación (adquisición unilateral), una adquisición bilateral o una garantía, y teniendo en cuenta que en tales categorías no puede incluirse la sociedad y la transacción, y puesto que los contratos de garantía constituyen un orden no independiente sino accesorio, los divide todos en contratos *independientes* y contratos *accesorios*, subdividiendo los primeros en cuatro grupos según que tengan por objeto una donación en sentido lato, un cambio, prestaciones comunes que tengan un fin económico común o la declaración de un derecho incierto. Son, pues, *independientes y gratuitos* la donación de propiedades, utilidades, derechos (donación en sentido estricto), la donación de uso (mutuo, gratuito, comodato), o de servicio de custodia (depósito), o el cumplimiento de un encargo (mandato), *independientes y de permuta*, cambio de mercancía por mercancía (permuta en sentido técnico), de mercancía por dinero (venta), de uso por dinero (*locatio rei*), de trabajo por dinero (*locatio operarum*), de uso de cosas fungibles por otras cosas fungibles (mutuo con interés), de cosa por prestación periódica (constitución de renta), de obligación por obligación con ganancia o ventaja inciertas (contratos aleatorios); *independientes y de sociedad*: los diferentes contratos de sociedad civil y mercantil universal y particular; *independientes y de comprobación*: transacción. *Accesorios*: los diferentes contratos de garantía (prenda, hipoteca, fianza).

(1) Windscheid. *Pand.*, II, 2, §§ 362-418.

(2) *Enc. Giur.*, § 74, pág. 352.

No faltan, sin embargo, autores que consideran estas clasificaciones como un deporte académico y renuncian a ellas por la imposibilidad de encerrar en categorías lógicas homogéneas las multiformes figuras que en la práctica puede ofrecer el contrato. Pero esta posición nos parece injustificada. Si las tentativas hechas no son plenamente satisfactorias, ello evidencia la ardua dificultad de la empresa, pero no su imposibilidad.

En la exposición que sigue se prescinde de toda clasificación. La limitamos a los principales contratos que el Código civil regula expresamente; quedan excluidos los de enfiteusis, prenda e hipoteca, con relación a los cuales es suficiente lo dicho al estudiar los derechos reales. (Vol. I, §§ 61, 63, 64). Se omite también el de matrimonio, cuyo estudio pertenece al derecho de familia (1).

### § 86.—*Compraventa*

Brugi, *Ist.*, § 65 (I b); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 1; Chironi, *Ist.*, II, §§ 320-328, 367; Zachariae, *Man.*, II, §§ 329-339; Aubry y Rau., *Cours*, V, §§ 349-358; Planiol, *Traité*, II, páginas 1.353 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, §§ 385-397 (2).

De los diferentes contratos que tienen por objeto un cambio,

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Algunos Códigos como el francés y el argentino presentan una clasificación de los contratos en su articulado; no así el Código civil español que la omite, como la generalidad de los Códigos, por ser una cuestión puramente teórica. Sin embargo, de algunos artículos de nuestro Código civil pueden deducirse bases de distintas clasificaciones de los contratos así: del 1.124 la de bilaterales y unilaterales; del 1.274 la de onerosos, remuneratorios y a título gratuito; de los artículos 1.254, 1.270 y 1.278 la de consensuales y reales; de la rúbrica del tít. XII del lib. IV — contratos aleatorios — se deduce que hay otros que no lo son: los conmutativos y de los epígrafes de títulos del Código civil así los de los títulos III al XV del lib. IV en relación con la regla consignada en el art. 1.255 se refiere que hay unos contratos nominados y otros innominados.

(2) Para el Derecho romano y común: Freitschke, *Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Wadrenhandel*, 2.<sup>a</sup> ed., 1888; Bechmann, *Der kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1878-84; para el Derecho civil francés e italiano: Troplong, *De la vente*, París, 1834; Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1902-4; Beudcont, *La vente et le louage*, París, 1908; Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita*, Forenze, 1901-2; Cuturi, *Vendita cessione e permuta*, Napoli, 1891 (en la colec. *Il Dir. civ. it.*, de Fiore); Gasca, *Tratt. della compravendita*, 2.<sup>a</sup> ed., Tori.

el más frecuente en la vida cotidiana y uno de los más importantes por la abundancia de las normas que lo regulan, es la compraventa. Esta consiste en el cambio de una cosa por dinero; satisface una de las más elementales y esenciales necesidades de la vida y constituye una de las más corrientes causas de adquisición, por vía derivativa, de la propiedad y de todo otro derecho. No es venta solamente aquella en que se da un cuerpo a cambio de un precio; toda cosa, incluso las incorporeales, todo derecho en general susceptible de transmisión, es decir, comerciable, puede cambiarse por una suma de dinero y ser objeto de compraventa. Ya vemos que ésta era también la causa que justificaba la cesión de los derechos de crédito (*cessio venditionis causa*).

Tres son, como en el Derecho romano, sus elementos fundamentales: cosa, precio y consentimiento; se añade también un cuarto relativo a la forma que en la venta inmobiliaria deberá ser escrita. Pero la estructura de la compraventa moderna difiere profundamente de la estructura de la romana. Aplicable a ambas es el principio de que la venta es perfecta inmediatamente que las partes consienten en la cosa y el precio y que su función común no es otra que proporcionar a una parte (comprador) el goce y la libre disponibilidad de la cosa, y a la otra (vendedor) la compensación de dinero. En el Derecho romano la compraventa realizaba esta función por vía diversa que en el moderno.

La compraventa romana era un contrato meramente obligatorio, ya que en su virtud no se operaba la transmisión de la propiedad al comprador, siendo preciso para que esto se efectuase, añadir uno cualquiera de los medios idóneos para operar la transmisión dominical (*traditio mancipatio*, etc.). Podían las partes querer la consecución de este fin y actuarse el traspaso del dominio sin más, empleando la forma adecuada, o se podía también asegurar al comprador el futuro traspaso, obligándose el vendedor en el contrato a transmitir la propiedad; y nada me-

no, 1915; Tendi, *Tratt. teorico-pratico della compravendita*, Firenze, 1906. Respecto a la venta mercantil, Tartufari, *Della vendita*, 1900; Pipia, *Compravendita commerciale*, Torino, 1902; Ramella, *La vendita nel diritto moderno*, Milano, 1920.

por que la transmisión del dominio realizaba el fin que la venta perseguía (1). Pero por su naturaleza la venta no era traslativa de la propiedad y ni siquiera surgía de ella una obligación en el vendedor de transmitirla; sólo generaba en el vendedor la obligación de *tradere la vacua possessio* de la cosa y la de procurar al comprador el *habere licere* asegurándole la libre disponibilidad de hecho (2). La no transmisión de la propiedad era consecuencia del principio de su intransmisibilidad por el mero consentimiento. En cambio este efecto de la compraventa, hacía tan singular el contrato, que en muchos casos resultaba enigmático el determinar las reglas relativas al *periculum* y al *commodum rei venditae* (3).

La compraventa moderna es en cambio un contrato con eficacia real, es decir, esencialmente traslativa de la propiedad, ya que sólo precisa el acuerdo para que el comprador adquiera la propiedad de la cosa (artículos 1.125, 1.448). A esta eficacia real se añade siempre una eficacia y un contenido obligatorios en cuanto que (prescindiendo de la obligación del comprador de pagar el precio) determina una serie de obligaciones en el vendedor que tienen por objeto prestaciones diversas (entrega, custodia, garantía de evicción, garantía por vicios ocultos) constitutivas de una prestación única compleja; lo que queda fuera es precisamente la obligación relativa a la transmisión de la propiedad porque el traspaso se operó en el momento de perfección del contrato. De este modo al operarse natural e inmediatamente la transmisión de la propiedad en el momento de perfeccionarse el contrato por efecto del moderno principio que proclama suficiente para operarla, el nudo consentimiento, se convierte dicha transmisión en una consecuencia natural y esencial de la

(1) Ferrini, *Pand.*, § 549, pág. 685.

(2) Ulpiano, fr. 11, § 2, D. 19, 1: «Et in primis ipsam rem proestare venditorem oportet, id est tradere»; fr. 25, § 1, D. 18, 1: «Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti sponndit»; Africano, fr. 30, § 1, D. 19, 1: «Quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat».

(3) Bonfante, *Ist. Dir. rom.*, pág. 416.

compraventa moderna. La física disponibilidad que el Derecho romano reputaba necesaria para que se produjera el resultado querido en la compraventa, es sustituida en el derecho moderno por la disponibilidad jurídica; y ni siquiera la voluntad de las partes pueden impedirla mediante un pacto que excluya este efecto (la adquisición del dominio) sin desnaturalizar la relación.

El análisis de los tres requisitos fundamentales evidenciará, cómo sobre este nuevo concepto se apoya la moderna noción de la compraventa y cómo aun admitiéndose desviaciones y deformaciones, se consideran éstas no como derogaciones del principio de la transmisión dominical, sino de la transmisión *inmediata* que puede ser normal (por ejemplo, en la venta *ad mensuram*, o en la venta con reserva de dominio) o no ser contrato de venta propiamente tal (por ejemplo, promesa bilateral de venta). Y facilitará la apreciación de este principio en su justo valor la definición que da de la venta el art. 1.447 del Código civil, «un contrato por el que una de las partes (vendedor) se obliga a dar una cosa, y la otra (comprador) a pagar su precio».

a) *Consentimiento*.—Si la venta es perfecta entre las partes en el momento en que éstas convienen en la cosa y el precio y la convención por sí sola produce el efecto de la inmediata adquisición de la propiedad por el comprador aunque no se haya efectuado aún la tradición de la cosa ni el pago del precio (artículo 1.448), es indispensable que el acuerdo se dé no sólo sobre la cosa y el precio, sino también sobre el objeto principal del negocio o sea la transmisión de la propiedad y que los contrayentes tengan, a más de la capacidad general de obrar, la capacidad especial de vender y comprar respectivamente.

Capaces de vender y comprar son todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe (art. 1.456) y así como hay personas que no pueden vender ni comprar (por ejemplo, algunos cuerpos morales), hay también algunas incapaces de vender por efecto de una incapacidad de enajenar general o especial (por ejemplo, el deudor con relación a los inmuebles que son objeto de un embargo transcrito), otras incapaces de comprar por efecto de una incapacidad de obligarse o por efecto de una especial relación

entre comprador y vendedor (patria potestad, tutela, curatela, administración de establecimientos públicos) que la ley protege, excluyendo toda posibilidad de abusos por colisión de intereses (artículos 1.457, 1.458).

La voluntad de los contrayentes debe dirigirse respectivamente a transferir y a adquirir la propiedad de la cosa, y como normalmente a esto tiende el acuerdo apenas recae en la cosa y en el precio sin que precise una expresa declaración, suele decirse que basta el mero consentimiento sobre la cosa y el precio para que haya venta y se produzca el efecto real de ésta. Lo cierto es que dicha voluntad puede faltar, o aun existiendo, tender a modificar el efecto normal de la compraventa, aplazando la adquisición para un momento ulterior; si falta, habrá un contrato distinto del de compraventa (promesa de venta); si existe esta voluntad pero se aplaza la adquisición, se producirá un tipo especial de venta (venta con reserva de dominio).

α) *Promesa de venta*.—El Código francés (art. 1.589) y siguiendo a éste algunos Códigos italianos anteriores (albertino, artículo 1.595, Código estense, art. 1.474, Código napolitano, artículo 1.434), resolviendo una vieja cuestión, declararon que la promesa de venta equivale a la venta cuando haya consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y el precio. Con esto (por lo menos según la opinión más común) se equiparaba la *promesa bilateral de venta* (promesa de vender y promesa de comprar recíprocamente aceptadas) al contrato de compraventa, de la citada promesa bilateral se distinguen la *promesa unilateral* de comprar o de vender (que se reducen a una sola policitación sin que haya obligación del promitente) y la *promesa aceptada* de comprar o de vender (cuando la aceptación del promisorio vincula al promitente a comprar o vender, pero sólo genera una obligación *ex uno latere*). Pero se reconoció que se hacía violencia a la voluntad de las partes cuando resultaba evidente que éstas al prometer comprar y vender, querían excluir los efectos de la compraventa actual. Faltando una norma análoga en el Código civil italiano y aplicando lo ya dicho en otra parte de este volumen con ocasión de los contratos preliminares, se debe distinguir netamente de la compraventa la promesa bilateral de ven-



ta, cuyo objeto es la futura estipulación de un contrato de compraventa, cuyos efectos no pueden nunca coincidir con los de la venta.

De dicha promesa no deriva, en efecto, ni transmisión de la propiedad, ni obligación del vendedor de entregar la cosa, ni del comprador de pagar el precio; uno y otro están obligados únicamente a prestar en el futuro su consentimiento para concluir la venta (cuyos restantes elementos, la cosa y el precio, se hallan ya determinados); y de esto se deduce que como quiera que la prestación debida recíprocamente es un *facere* de carácter estrictamente personal (1), la sentencia condenatoria del Juez no puede en caso de incumplimiento sustituir al consentimiento de las partes, es decir, no puede producir la adquisición de la propiedad, limitándose solamente a declarar la responsabilidad por el *id quod interest* en quien no cumplió su obligación (2). La objeción que algunos hacen diciendo que por ex-

(1) Mossa, *Intorno alla forma della promessa di vendita immobiliare* (Riv. Dir. comm., 1915, II, pág. 28), que es partidario de la equivalencia entre promesa de renta y venta, procura mediante una aguda construcción evitar el obstáculo, que deriva precisamente de la naturaleza positiva (hacer cooperar) de la prestación prometida, admitiendo en el promitente una mera obligación de no querer una cosa, de omitir una voluntad contraria a la ya manifestada; de aquí la eficacia definitiva de la promesa y la inutilidad de una nueva manifestación del consentimiento. Creo que la tesis, aunque aguda, es muy forzada.

(2) Prevalece la doctrina italiana, si bien con alguna discordancia, respecto a la incoercibilidad de la promesa por obra del Juez: Gabba, *Nuove questioni di Dir. civ.*, 1905, páginas 141 y siguientes; Barassi, *Sulla promessa bilaterale di compravendita* («Legge», 1905, pág. 1.294); Butera, *Contrib. alla dottrina della promessa di vendita immobiliare* (ib., 1909, página 2.216); Faggella, *L'autonomia della volontà nei negozi giur. bilaterali e la coazione giur.* (Rivista Dir. comm., 1916, II, pág. 851); Venzi, en *Pacifici Ist.*, V, pág. 138, n. c.; Degni en Bandry-Lacantinerie, *Vendita e permuta*, pág. 1.023. Con obstinada uniformidad se han pronunciado nuestras Cortes por la equiparación de la promesa bilateral de venta y el contrato de compraventa. Alguna sentencia, sin embargo, se desvía de la dirección común, sosteniendo la diferencia de ambos negocios (Cas. Nápoles, 10 de Mayo de 1919, *Dir. e Giur.*, 1919, pág. 201); la misma Corte, 13 de Mayo de 1919, *Foro it., Rep.*, 1929, n. 50; Ap. Turín, 15 de Octubre

presa disposición del art. 1.448 la venta es perfecta entre las partes y la propiedad se adquiere por el comprador en seguida que se conviene sobre la cosa y el precio, olvida el tercer elemento constitutivo de la compraventa sobre el cual debe también recaer el consentimiento, o sea la voluntad en uno de transmitir la propiedad, en el otro de adquirirla, voluntad que aquí falta; y peor aún, se confunde una cuestión de principios con una mera cuestión de hecho o de interpretación de la voluntad, si se añade que «la promesa de vender y comprar» no es sino un modo de manifestar el consentimiento de comprar y vender (1).

β) *Venta con reserva de dominio*.—Un pacto por el que el vendedor se reservase ilimitadamente la propiedad en la cosa, haría nula la venta, ya que contrastaría con el fin propio de ésta; y ello no sólo en el derecho actual, en el que la adquisición del dominio es un efecto natural del contrato, sino también en el Derecho romano (en el que el vendedor se obligaba solamente a prestar el *habere licere*), que consideraba como opuesto al fin económico del negocio el impedir perpetuamente que se verifique la adquisición de la propiedad. No se opone, en cambio, a la esencia del contrato de venta ni a las normas que lo rigen el pacto en cuya virtud el vendedor se reserva la propiedad de la cosa hasta el completo pago del precio; pacto este muy frecuente en la actualidad, especialmente en ciertas ventas, como las de máquinas e instrumentos de trabajo, en las que se conviene el pago periódico de fracciones del precio y en las que la adquisición de la propiedad por el comprador se aplaza hasta el momento en que se haya pagado la última fracción del precio, otorgándose al vendedor, mediante la posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria, una más enérgica y rápida tutela de sus

de 1919, *Riv. Dir. comm.*, 1919, II, pág. 252. Ultimamente la suprema magistratura se ha pronunciado también en favor de la diversidad entre ambos negocios, acogiendo la tesis defendida por la doctrina (Cas. Roma, Sec. uni., 28 de Noviembre de 1921; *Foro it.*, 1912, I, pág. 97).

(1) Así, por ejemplo, *Pacifici Ist.*, V, pág. 13, y también algunas de nuestras Cortes.

derechos (1). La opinión contraria (2), que declara nulo dicho pacto como opuesto al precepto del art. 1.448, se apoya en el error de que para el derecho vigente sea un efecto necesario de la venta la transmisión *inmediata* de la propiedad y que se oponga a la esencia de este contrato todo acuerdo que tenga por objeto aplazar la adquisición a un momento posterior. Como por la naturaleza misma de la relación contractual este efecto se aplaza necesariamente en ciertas ventas especiales (venta genérica, venta mercantil de cosa ajena, venta alternativa, en las que no hay traspaso del dominio antes de que resulte determinada la especie o adquirida por el vendedor la cosa prometida o concretado el objeto por la elección), nada impide a la libre voluntad de las partes el modificar sin excluir el efecto natural de la compraventa simple (3). Esto no transforma el acto de transmisorio en meramente obligatorio; porque el dominio reservado *donec pretium solvatur* se traspasará al comprador en el instante en que éste pague la última fracción del precio sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del vendedor (4). Y no precisa tampoco atribuir a la obligación de *dar* la cosa, que se

(1) Ascoli, *La riserva di proprietà nella vendita* (St per Moriani, II, páginas 193 y siguientes, y en *Foro it.*, 1912, páginas 214 y siguientes; en *Riv. Dir. civ.*, IV, 1912, páginas 59, 577 y siguientes); Ferrara, *La vendita per acconti e il pactum reservati domini* (*Foro it.*, 1911, páginas 494 y siguientes); Pagani, *Sulla riserva di proprietà nella vendita* (*Dir. comm.*, 1911, I, páginas 437 y siguientes); Bonelli, *Sulla riserva di proprietà nella vendita* (*Riv. Dir. comm.*, 1910, II, pág. 586); Cogliolo, *La validità del patto retenti domini* (*Scritti vari.*, 1914, páginas 425 y siguientes); Venzi, en *Pacifici Ist.*, V, páginas 135 y siguientes; Degni eu Bandry-Lacantinerie, *Vendita e permuta*, pág. 1.055, etc.

(2) Mantenido principalmente por Bonelli, *Della clausola reservativa di dominio nella vendita* (*Riv. Dir. comm.*, 1904, I, páginas 98 y siguientes; *ib.*, 1912, I, páginas 1, 492 y siguientes), y seguida por Gianturco, *Lez. sulla compraventa* Napoli, 1905, pág. 172.

(3) La posibilidad de esta venta está expresamente admitida por el Código civil alemán, § 455.

(4) Otro argumento contra la validez de este pacto se extrae de las normas que rigen la institución de la quiebra, en la que al vendedor de máquinas que no ha percibido el precio es otorgado un privilegio especial en garantía de su crédito (Código de Comercio, 773, núm. 3). Se de-

menciona en la definición legal de la venta (art. 1.447), un valor distinto del corriente que, como es sabido, es el de entregar, porque la propiedad pasó al comprador ya. Lo que evidencia que esta especie es diversa de la promesa bilateral de venta, en la que la transmisión no puede operarse sin un nuevo consentimiento de las partes (1).

γ) *Venta con pactum additionis in diem y con pactum preelationis.*—Distintas de las anteriores, en cuanto la transmisión de la propiedad se opera inmediatamente, son la venta con el pacto de *addictio in diem* y la venta con pacto de *prelación*. Mediante el primero se confiere al vendedor la facultad de rescindir y el derecho de resolver la venta, si dentro de un cierto plazo es ofrecido un mayor precio; de modo que la venta será definitiva en el caso de que no se haya hecho oferta superior en el tiempo fijado. Con el segundo se le otorga el derecho de ser preferido en igualdad de condiciones a cualquiera otro cuando el comprador quisiera vender la cosa de nuevo (2).

duce de ello que se trata de un medio otorgado por la ley al vendedor para proteger a éste frente a la insolvencia del comprador, y que, por esto, quien recurriera al expediente de la reserva del dominio defraudaría a los demás acreedores del concurso, ignorantes del pacto, mientras que el privilegio es conocido de todos mediante.

Peró aparte la consideración de que el art. 773 se refiere únicamente a las ventas de máquinas y de que la venta con reserva de dominio tiene una esfera de aplicación ilimitada, no puede decirse que el vendedor defraude a los demás acreedores, sino que se protege y elige para su garantía un medio distinto del que el legislador le otorgó expresamente.

(1) Se refiere a problema distinto, y será causa de providencia judicial (el Juez podrá intervenir reprimiendo la posible usura que entrañe el negocio contra lo preceptuado en nuestro ordenamiento) el hecho de que bajo tal acuerdo se oculte un negocio usurario, como cuando se convenga, por ejemplo, que si no se satisface una de las fracciones del precio, las pagadas queden a beneficio del vendedor, que retendría el precio y la propiedad de la cosa, o cuando la venta se oculte con el disfraz de un contrato de arrendamiento, cuya merced vendría a estar constituida por las fracciones del precio. Fubini, *Sulla natura giuridica di talune vendite a credito* (Mon. Trib., 1907, pág. 161).

(2) El Código no regula expresamente el pacto de prelación. Lo regula, en cambio, casuísticamente el Código civil alemán (§§ 504 y siguientes), según el que el derecho de prelación puede ejercitarse inmediata-

δ) *Venta con pacto de retroventa*.—Mucho más importante por su más compleja construcción teórica es el pacto de retracto (1) que el Código regula de un modo expreso (artículos 1.515, 1.528). Vivamente combatido en el momento de la codificación (2) y estimado por muchos, institución peligrosa, por la multitud de litigios que fácilmente puede originar (3), el retracto convencional es un pacto agregado a la venta, en cuya virtud el vendedor se reserva la facultad de readquirir la cosa vendida mediante la restitución del precio y el reembolso de los gastos y pagos legítimos hechos con ocasión de la venta, por reparaciones necesarias y por aquéllas que aumentaron el valor de la

mente que el comprador haya concluído la venta con un tercero, excluyendo de este modo la posibilidad de que antes de la conclusión de la venta pretenda el titular del derecho de preferencia sustituir al tercero. Hecha la declaración por el vendedor titular del derecho de preferencia, éste se considera sin más sustituido al comprador en el contrato de venta; sin embargo, el pacto tiene una eficacia meramente obligatoria.

En nuestro Derecho, el derecho de prelación carece de naturaleza y eficacia reales. Fuera del Código hay ejemplos de prelación *legal* en algunas leyes especiales; por ejemplo, la prelación otorgada en favor del Estado, el cual, a virtud de la ley de 20 de Junio de 1909, núm. 364, tiene un derecho de preferencia en las ventas que el particular haga de objetos de arte o de antigüedades, pudiendo ejercitar tal derecho dentro de los dos meses siguientes a la denuncia de la venta; análoga es la prelación concedida (excepcionalmente por efecto de la crisis de la vivienda) por el Decreto-ley de 9 de Julio de 1923, núm. 1.476 (art. 2.º), al inquilino de una casa o de una tienda en la venta que el propietario arrendador haga de su inmueble, prelación que deberá ejercitarse en el plazo de un mes, a contar de la fecha de la notificación. Pero mientras en el caso de objetos de arte o antigüedades la prelación tiene eficacia real, en este segundo caso tiene una eficacia meramente obligatoria, como declara el artículo 3.º del citado Decreto-ley.

(1) Bonelli, *Il diritto di riscatto nella compravendita e le condizioni del suo esercizio* (*Foro it.*, 1895, I, páginas 592 y siguientes); Stella, *Il patto di riscatto nella compravendita*, Catania, 1894; Brunetti, *Del riscatto convenzionale nella compravendita*, Torino, 1892; Piola, *Patto di riscatto* (en *Dig. it.*).

(2) *Relaz. Senat.*, en Gianzana, I, pág. 319.

(3) Zachariae-Crome, *Man. di Dir. civ.*, II, pág. 497, núm. 22: «El ejercicio del derecho de retracto empeña casi siempre a las partes en un litigio»; Coviello en *Giur. it.*, 1895, I, pág. 593.

cosa por todo el importe del aumento de valor (artículos 1.515 y 1.528). Se trata, por tanto, de una condición resolutoria potestativa cuyo cumplimiento se remite al libre arbitrio del vendedor y que produce la resolución de la venta y el retorno de la propiedad de la cosa al vendedor sin necesidad de una especial declaración del comprador e incluso contra la voluntad de éste. Lo cual lo diferencia del *pactum de retrovendendo* que si bien obliga al comprador a revender, careciendo como carece de eficacia real, no sería por sí sólo suficiente sin una nueva declaración de voluntad del comprador, para hacer readquirir al vendedor el dominio de la cosa. La fórmula tradicional con que se expresa el concepto de retracto se enuncia *est potius distractus quam novus contractus*, y revela que ni siquiera en el momento en que el pacto se ejecuta con reembolso del precio y de las sumas accesorias, se puede hablar de nueva venta o de reventa. Hay pues que rechazar la pretensión de algún autor aislado (1), de que el pacto constituya una promesa unilateral de vender, hecha por el comprador y aceptada por el vendedor. La situación que el pacto crea entre las partes es la de una adquisición de propiedad resoluble en favor del vendedor, adquisición que no es irrevocable sino en el momento en que haya transcurrido el término, dentro del cual podía ejercitarse el derecho de retracto o cuando el vendedor haya renunciado a este derecho (2).

No se opone a este concepto el que la resolución a veces se verifique en favor de persona distinta del vendedor como en el caso en que éste hubiere enajenado su derecho a otro, o en aquél en que varias personas hubieren vendido conjuntamente la cosa cosa común y una sola ejercite el retracto.

En el primer caso de la libre alienabilidad del derecho de retracto (que es un derecho patrimonial como otro cualquiera), deriva la consecuencia de que el adquirente del mismo, subrogándose en el lugar del vendedor, se convierte en titular de la propiedad eventual o sujeta a condición suspensiva que correspon-

(1) Así Bonelli en el escrito antes citado.

(2) Ello demuestra cómo intrínsecamente difiere esta venta de la venta con reserva de dominio, ya que en la venta con retracto el dominio **pasa inmediatamente** al comprador, si bien con el carácter de resoluble.

día al vendedor y que con el retracto hubiera penetrado en el patrimonio de éste. La facultad y la obligación concedida e impuesta al vendedor de la cosa común de rescatar la cosa integrante, es consecuencia de la protección dispensada al vendedor. En efecto, en el caso de la cosa común, vendida por sus copropietarios conjuntamente, mediante un solo contrato (y lo mismo debe decirse del de los herederos del vendedor propietario único), debe cada uno poder ejercitar el retracto por la parte que le correspondía (artículos 1.523, 1.524). Pero el interés del comprador en conservar toda la cosa y no una parte solamente o en retrocederla toda, imponía esta limitación del rescate o retracto parcial que con estricto rigor podría cada uno ejercitar independientemente de los demás; por esta razón los varios vendedores pueden concertarse para efectuar el retracto del todo, si bien puede uno de ellos rescatar el todo cuando los demás rehusan (artículo 1.525). Este puede explicarse dogmáticamente concibiendo como transmitido al retractante *ope legis* por una renuncia tácita el derecho correspondiente a los demás (1).

Aplicable a la venta mobiliaria y a la inmobiliaria, el pacto de retroventa como generador de un estado de incertidumbre respecto a la propiedad definitiva de la cosa, sólo puede estipularse por breve término, fijado como máximo en la ley por un quinquenio (art. 1.516) improrrogable (art. 1.517); de aquí la doble consecuencia, de que fijado un tiempo mayor, se reduce al quinquenio (art. 1.516, párrafo 1.º) y prorrogado cuando vence el quinquenio puede valer a lo sumo como promesa de reventa perdiendo la eficacia real que es propia del retracto. Este, para producir un vínculo real, debe concluirse en el acto mismo de la venta sin alterar el precio; por ello cuando se estipula después de conclusa la venta, sólo puede valer como *pactum de retrovendendo*, ya que la venta por ser pura y simple transmitió irrevocablemente el dominio al comprador; y si se estipula un precio mayor o menor, se impide que la posición de los contrayentes al

(1) Una construcción análoga puede explicar el caso previsto en el art. 1.522. Muy distinta y justificada solución se da al caso en que los distintos propietarios hubieren vendido, no conjuntamente, sino separadamente, cada uno su parte.

verificarse la condición resolutoria, vuelva a ser idéntica a la anterior, aparte de la consideración de los fines usurarios que la estipulación de un precio mayor puede perseguir (1).

Estas y otras restricciones que el sistema del Código impone al pacto, se dan por el respeto debido a los derechos de tercero. Por la eficacia real que constituye su característica, la cláusula determina, que ejecutado el retracto se resuelvan todos los derechos adquiridos por los terceros del comprador; y es una exigencia del ordenamiento moderno que la condición jurídica de los terceros adquirentes sea lo menos incierta posible. El vendedor puede ejercitar el retracto no sólo contra el comprador, sino también contra el tercero adquirente de éste, aunque el pacto no se hubiera dado a conocer en la segunda o sucesiva enajenación (artículo 1.521); se extinguen los gravámenes e hipotecas que el comprador hubiere impuesto sobre el fundo (art. 1.528, párrafo 1.º) y sólo subsisten los arrendamientos siempre que el comprador los hubiere estipulado sin fraude y por tiempo que no exceda del trienio (art. 1.528, párrafo 1.º).

El vendedor que quiera ejercitar el retracto debe reembolsar al comprador o sucesivo adquirente el precio, los gastos de la venta y todos los necesarios o útiles hechos en la cosa; pero como la ley no le consiente entrar de nuevo en posesión de la cosa, sino después que haya cumplido todas estas obligaciones (artículo 1.528), resulta evidente que el crédito del comprador está tutelado por un *jus retentionis*. En cambio para ejercitar el retracto no precisa que todos los pagos indicados se hayan efectuado; basta (y es muy importante con relación a la caducidad que amenaza al derecho de retracto el determinar si el término legal o convencional vence sin una declaración de vendedor) que el vendedor declare de modo serio su voluntad de ejercitar el retracto sin que precise entablar acción judicial ni hacer oferta real del precio (2).

(1) La cuestión es, sin embargo, muy discutida; Brunetti, *op. cit.*, página 31; Stella, *op. cit.*, § 10; Coviello, *Trascrizione*, II, pág. 164; Zachariae, *Man.* II, § 337, pág. 493, núm. 4; Pacifici, *Vendita*, II, núm. 121; Venzi, en Pacifici *Inst.*, V, pág. 159, núm. a. a.

(2) En este sentido, la doctrina prevalente, Zachariae, *Man.* II, página 494, núm. 8; Venzi, en Pacifici *Inst.*, V, pág. 163, números gg.



En este momento, y no en el que se efectúa el reembolso del precio, es cuando la venta se resuelve y la propiedad vuelve libre al vendedor (1).

b) *Cosa*.—Objeto de la venta puede ser una cosa cualquiera corporal o incorporeal con tal que no se halle fuera del comercio y sea cierta y determinada; debe ser actualmente existente y del dominio del comprador. A estos caracteres se unen ciertas especiales figuras de compraventa, algunas de las cuales, por ser desviaciones o modificaciones más o menos profundas del tipo normal, originan dudas o incertidumbres sobre su verdadera estructura jurídica.

a) Una indeterminación relativa hay en la *venta alternativa* (art. 1.449, párr. 1.º) y en la *venta genérica* cuando las mercancías se venden a peso, número o medida (art. 1.450). Pero la indeterminación cesa lo más tarde en el momento en que la cosa debe entregarse al comprador; ello ocurre, según los principios vistos, con la concentración o con la concreción o especificación. La venta *ad mesuram* no es, pues, perfecta en tanto las cosas no se hayan pesado, numerado o medido. Y si el Código por vía de aclaración añade en el art. 1.450 «no es perfecta en cuanto las cosas vendidas están a riesgo y peligro del vendedor», la expresión es inexacta, porque el no traspaso del riesgo al comprador depende más bien del hecho de que siendo necesaria la concreción, la transmisión de la propiedad no se opera en el momento del consentimiento, sino más tarde, cuando la cantidad vendida se haya individualizado al pesarla, medirla o contarla (2).

Esto no ocurre, en cambio, en la venta de mercancías en masa o *per aversionem*, es decir, en aquellas en que las cosas se

(1) Se discute si en la venta inmobiliaria el derecho de retracto debe transcribirse separadamente, o, si debe transcribirse la declaración de ejercitarlo, si precisa en ésta el documento escrito. Creo se debe responder negativamente a estas dudas, bastando con que se transcriba solamente la venta con pacto de retracto; Coviello, *Trascriz.*, II, pág. 158; Zachariae, *Man.*, II, pág. 495, núm. 11; Venzi, en *Pacifici Ist.*, V, página 163.

(2) Venzi, en *Pacifici Ist.*, V, pág. 144, n. k, pág. 145, n. m.

venden por un precio único sin tener en cuenta el peso, número o medida, o cuando teniendo esto en cuenta resulte que el pesar, contar o medir asume la función de medio determinante de la cuantía del precio (art. 1.451). Aquí la propiedad se transfiere inmediatamente y el riesgo corresponde al comprador (1).

β) Precisa también una ulterior determinación de la cosa en las ventas que exijan una aprobación previa por el comprador (*venta a prueba o ensayo*) (2).

Se puede distinguir (y en Derecho romano se encuentran vestigios de dicha distinción) entre la venta en que la aceptación se remite al gusto o agrado del comprador y en la que se remite al arbitrio de éste el declarar si la cosa le place (*si mihi placuerit*), y la venta en la que hay que decidir no según el gusto personal del comprador, sino según un criterio objetivo representado por el *arbitrium boni viri*. Cuando de las expresiones empleadas no resulte con certeza que las partes hayan querido referirse al juicio objetivo del *bonus viri*, toda distinción entre venta a ensayo (en que la actuación del cambio se remite al mero arbitrio del comprador) y venta a prueba (en que la eventual desaprobación del comprador no es incontrolable) se reduce a una sutileza, ya que los motivos internos del agrado o desagrado no son controlables y de hecho el comprador puede hacer depender de su arbitrio la perfección de la venta. El Código distingue, en cambio, el caso en que la facultad de agrado se halla implícita en la venta misma (como cuando se trata de

(1) Sraffa, *La vendita in massa e la determinazione del prezzo* (*Riv. Dir. comm.*, 1916, II, páginas 460 y siguientes), el cual observa que la absoluta determinación del precio no es en nuestro Derecho (a diferencia del francés y del común), requisito necesario de la venta en masa que difiere de la venta a *forfait*. Ver Fassa, *La vendita in massa con indicazione del peso, numero o misura* (*Giur. it.*, 1918, I, páginas 476 y siguientes).

(2) Fitting, *Der kauf anf Probe oder anf Besicht* (*Arch. f. civ. Pr.*, XLVI, 1863, páginas 237 y siguientes); Caro, *Die emptio ad gustum*, Greifswald, 1871; Unger, *Kauf anf Probe* («*Jahrbbr. f. d. Dogm.*», XXV, 1887, páginas 322 y siguientes); Errera, *La vendita sopra campione, a prova*, etc. (*Arch. Giur.*, XXV, 1880, páginas 514 y siguientes); Coviello, *La vendita a prova e la sua indole giuridica* (*Filang.*, XXI, 1896, páginas 561, 641 y siguientes).

vino, aceite u otras cosas que pueden probarse antes de la compra, art. 1.452) de aquel en que tal facultad deriva de pacto expreso (art. 1.453): Si en orden a la primera declara «que no hay contrato de venta en tanto el comprador no las haya probado y reconocido como de la calidad pactada», y si respecto a la segunda dice que «la venta se presume hecha bajo condición suspensiva», esta diversidad de declaraciones no debe hacer suponer que se trata de dos figuras contractuales distintas y menos aún que en el primer caso no haya contrato. La venta existe en uno y otro caso, pero dependiendo de la voluntad del comprador la aprobación de la cosa, aquélla no vincula en realidad más que al vendedor; el comprador queda obligado cuando manifiesta su agrado (1).

Distinta de la precedente es la *venta sobre muestra*; ésta es perfecta cuando la mercancía ofrecida por el vendedor haya sido reconocida como correspondiente a la muestra, y como quiera que con el reconocimiento de esta correspondencia se sustrae al comprador la libertad incontrolable de aceptar o rechazar, puede el vendedor constreñirlo a aceptar otorgando al Juez o a los peritos la facultad de reconocer la conformidad con la muestra (2).

(1) A la obligatoriedad de la venta para una sola de las partes (hasta la manifestación del agrado) se oponen, por un lado, el carácter sinalagmático de la compraventa; por otro, el art. 1.162 del Código civil, según el cual es nula toda obligación contraída bajo condición que haga depender su existencia de la mera voluntad de quien se ha obligado. La dificultad se vence considerando la particular anomalía del negocio jurídico, que se forma en dos momentos sucesivos y casi gradualmente; Weindscheid, *Pand.*, II, páginas 85 y siguientes; Coviello, *op. cit.*, páginas 647 y siguientes.

(2) No faltan quienes sostienen que la venta sobre muestra es una venta pura y simple, porque la conformidad de la mercancía con la muestra pertenece, no a la naturaleza, sino a la ejecución del contrato; la comprobación de la conformidad no es sino el medio de prueba del cumplimiento normal; Pacifici-Mazzoni, *Vendita*, I, núm. 41; Navarrini, *Tratt. di Dir. comm.*, II, § 526; Fabini, *Sulla natura dell'az. nel caso di difformità della merce dal campione* (*Giur. it.*, 1906, I, páginas 315 y siguientes). Sobre los modos de asegurar la muestra, ver Asquini, *Riv. Dir. comm.*, 1920, II, pág. 502.

γ) La existencia actual de la cosa es un requisito esencial de la venta, solamente cuando ésta sea de cosa cierta e individualmente determinada. Por ello se explica que la venta sea nula por falta absoluta del objeto si al tiempo del contrato la cosa hubiere perecido totalmente; si pereció sólo parcialmente, es lógico que se otorgue al comprador la elección entre rescindir el contrato o exigir la parte subsistente con determinación proporcional del precio (art. 1.461). Se explica que este principio no se aplique a la venta de cosas genéricas (Código de Comercio, art. 61).

Muy distinto es el efecto de la inexistencia del objeto cuando ésta fué tenida en cuenta por las partes al contratar sobre cosa futura (1).

Precisa a este respecto distinguir la *venta de cosa futura* (*emptio rei speratae*), o sea de cosa que se espera exista en un momento futuro (por ejemplo, la cosecha que se espera obtener de una viña), de la venta aleatoria (*emptio spei*) en la cual el precio es debido aun cuando nada llegue a existir (lo que se obtenga al extraer las redes). En esta última no falta propiamente un objeto: éste viene representado por el azar o la esperanza misma (*quasi alea emitur*) (2), por lo cual la venta es pura, estando el comprador obligado a pagar el precio aun cuando sea nulo el resultado de la actividad desplegada para producir la cosa (3).

(1) Endemann, *Die Lehre von der emptio spei und rei speratae*, Wien, 1885; Castelbolognesi, *Dei caratteri differenziali fra la v. di speranza e la v. di cosa future* (*Arch. Giur.*, XL, 1888, páginas 152 y siguientes); Fabini, *Contribut. allo studio dell'emptio rei e dell'emptio rei speratae* (*Mon. Trib.*, 1903, páginas 401 y siguientes); Attolico, *Sulla vendita solantaria dei frutti pendenti* (*Filang.*, XXX, 1905, páginas 321, 646, 737 y siguientes); De Marsico, *La compravendita di cosa future* (*ib.*, XXXVI, 1911, páginas 321 y siguientes).

(2) Pomponio, fr. 8, D. 18, 1: «Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi et tamen fructus et partus futuri recte emuntur ut, cum edetus esset partus iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegitur... Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captus piscium vel airum vel unissilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est».

(3) Objeto de la *emptio spei* es, según Fabini, *ob. cit.*, una actividad

En la primera falta actualmente el objeto, ya que la cosa se considera existente en el futuro y por ser la venta condicional, debiendo estimarse sujeta a la condición suspensiva: «si la cosa llega a existir»; sin que se deba el precio cuando la condición no se verifique. Admitida como particular aplicación del principio general establecido en el art. 1.118, según el cual las cosas futuras (1) pueden ser objeto de los contratos; la *emptio rei speratae* se ofrece con carácter meramente obligatorio, ya que por falta actual del objeto no puede producirse el efecto real de la transmisión del dominio.

ς) Es precisamente la imposibilidad de esta función real lo que determina en el Derecho civil moderno la nulidad de la *venta de cosa ajena* (art. 1.459), diversamente de lo que ocurría en el Derecho romano (2); el hecho de ser ajeno el objeto constituye un obstáculo permanente al traspaso del dominio a la persona del comprador, obstáculo que podría desaparecer únicamente mediante la posterior ratificación del verdadero propietario o por la adquisición posterior que realice el vendedor. Pero la nulidad es, en tal caso, simplemente relativa, no absoluta; nunca puede hacerse valer por el vendedor por vía de acción ni de excepción (art. 1.459). Con uno u otro medio puede invocarla solamente el comprador, a quien se otorga también el derecho—si ignoraba que la cosa era ajena—de exigir el resarcimiento de daños al vendedor, aun cuando éste hubiera procedido de buena fe (3).

determinada, la potencialidad productora de un acto. Esta opinión evidencia el aspecto económico de la relación y constituye una explicación satisfactoria.

(1) Sobre el tema en general, véase Gabba, *La contrattazione sui beni futuri nel Dir. civ. it.*, Città di Castello, 1902, que erróneamente reduce todo negocio de este contenido a una promesa de contrato.

(2) Foleville, *Vente de la chose d'autrui*, 1872; Sraffa, *Neta sulla vendita della cosa altrui nel Dir. comm.* (Arch. Giur., XLI, 1888 páginas 158 y siguientes); Kohler, *Kauf einer fremden sache* (en *Ges. Abhandl.*, páginas 232 y siguientes); Porta, *Die Haftung des verkäufers einer fremden Sache*, Zurich, 1890.

(3) Ricca-Barberis, *La nullità della vendita di cosa altrui e l'obbligo della garanzia per l'evizione* (en *Studi per Scalvanti*, páginas 161 y siguientes); *Il venditore di cosa altrui e la garanzia*, etc. (*Foro it.*, 1921, 1. pági-

Se sustrae a esta nulidad la venta genérica, y especialmente la venta mercantil, ya que corresponde a las exigencias mercantiles el vender cosas que no son aún del propio dominio y que deberán adquirirse en momento ulterior. El art. 59 del Código de Comercio, declarando su validez, establece que aquella venta obliga al vendedor a adquirir las cosas vendidas y a consignarlas al comprador bajo pena de resarcimiento.

c) *Precio*.—Contra la prestación de la cosa hay la prestación del precio, que representa una compensación consistente en una suma de dinero (art. 1.154, párr. 1.º); de otro modo, no se distinguiría la venta de la permuta; pero no basta para transformar la venta en permuta el hecho de que posteriormente el comprador preste (con el asentimiento de la otra parte) otra cosa en vez de dinero:

El precio debe ser cierto y determinado, o, por lo menos, debe el contrato contener los elementos necesarios para su determinación (art. 1.454); tal es el caso en que las partes se refieren a los precios que rigen en un determinado mercado o a un listín de cotización (art. 1.454, párr. 2.º). También es permitido el remitir la fijación del precio al arbitrio de un tercero, con tal que éste sea elegido por las partes en el acto mismo de la venta, o, si se pactó una elección posterior, que se determine el medio de nombramiento judicial en caso de desacuerdo, y a condición, en todo caso, de que el tercero declare el precio (artículo 1.454, párr. 1.º). La ley quiere que por la voluntad de las partes, manifestada en el primer momento, sea siempre posible la fijación del precio; por ello implica una desviación en favor del comercio la validez de la venta comercial hecha por el «justo precio» o por el «precio corriente», así como la facultad de los contrayentes de elegir el tercero posteriormente y la otorgada al Juez para nombrarlo, si no hay acuerdo de las partes (art. 60 del Código de Comercio).

El precio, finalmente, debe ser verdadero y serio, es decir, no simulado, para ocultar, por ejemplo, una donación, y no tan

nas 300 y siguientes); Navarini, *In tema di compravendita di cosa altrui e di esecuzione coattiva* (*Foro it.* 1916, 1, pág. 494).

vil que pueda estimarse irrisorio. En ambos casos faltaría un elemento esencial del contrato. Que el precio deba ser justo, es decir, adecuado exactamente al valor de la cosa, no constituye propiamente un requisito; depende de la libre y soberana apreciación subjetiva de los contrayentes el si la suma que libremente estipularon como precio constituye o no una justa compensación.

Sin embargo, desde el Derecho justiniano (1), una excepción para la venta inmobiliaria, otorgándose al vendedor una acción rescisoria cuando hubiese habido *laesio enorme*, por ser el precio convenido inferior a la mitad del justo valor, salvo en el comprador la facultad de pagar el suplemento, e impedir de este modo el efecto rescisorio de la acción. La sustitución fué acogida por nuestro Derecho civil (2), que otorga la acción por lesión *ultra dimidium* y prohíbe toda previa renuncia a la misma, aunque se encubra bajo una donación por el exceso de valor (artículo 1.529), ya que no se supone nunca que la voluntad del vendedor sea libre, sino emitida bajo la presión de una necesidad.

(1) L. 2, c. 4, 44: «Rem maioris pretii si tu vel pater tuiss minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoris fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis vel si emptor elegerit quod deest iusto pretio recipies, minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit». Véase l. 8 C. eod. El texto reproducido y el otro que sigue presentan profundas alteraciones, debidas a Justiniano, el cual utilizó dos rescriptos de Diocleciano para introducir la institución de la *laesio enormis*. La alteración afirmada desde antiguo y probada por Grandenwitz (*Bull. ist. Dir. rom.*, II, pág. 14), ha sido confirmada por Solazzi (*ib.*, XXXI, páginas 51 y siguientes) y por Albertario (*ib.*, pág. 5), contra la opinión de Landucci (*Atti R. Ist. Ven.*, LXXV, 1916, pág. 1189), que quiso probar inútilmente la autenticidad de los dos textos. Sobre el origen histórico de la *laesio enormis*, consúltense, a más del citado trabajo de Solazzi, Andrich, *Sull'origine della lesione enorme* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, LXIII, páginas 3 y siguientes); Brassloff, *Zur Lehre von der l. c. im byzant. Recht* (*Zeitschr. für Vergl. R. W.* XXVII, páginas 261 y siguientes). Para la historia de la institución en la Edad Media. Meynial, *Quelques notes sur l'histoire de la rescission pour lesion des contracts* (St. p. Scialoja, II, páginas 341 y siguientes).

(2) El Código francés (artículos 1.674 y siguientes) otorga la acción cuando hay lesión por más de  $\frac{7}{12}$ .

Esta razón justifica por qué la acción no se confiere en igual caso al comprador que haya adquirido la cosa por más del doble de su justo valor (art. 1.536) (1), y por qué no corresponde al vendedor en el caso de venta en pública subasta (art. 1.536, párrafo 1.º) o de venta aleatoria (como la de un fundo gravado por un usufructo temporalmente indeterminado) (2).

Por otro lado, este remedio, dado su carácter extraordinario, se somete en su ejercicio a términos y requisitos rigurosos. No toda impugnación del vendedor es apta para abrir el juicio, sino solamente aquella que denuncie hechos lo bastante verosímiles y graves para hacer que el Juez presuma la lesión (art. 1.532); la prueba de ésta deberá hacerse pericialmente, sin que se pueda recurrir al testimonio más que en vía subsidiaria (art. 1.533); la lesión se aprecia según el estado y valor del inmueble en el momento de la venta (art. 1.530) (3); se prefija un término breve de caducidad, dos años, a contar desde el día del contrato, que transcurren en perjuicio también de quien ésta ausente interdicto o es menor (art. 1.531).

Al comprador se le otorga la facultad de elección entre restituir el inmueble readquiriendo el precio o pagar el suplemento de éste reteniendo la cosa (art. 1.534). Para restablecer el equilibrio entre ambos contrayentes, cada uno de éstos restituirá al otro (en la hipótesis de la restitución) con el fundo o con el precio los frutos e intereses que se devenguen o produzcan desde el día de la demanda; los frutos e intereses anteriores quedarán compensados (art. 1.535) (4).

(1) El Código estense (art. 1577) la admitía también.

(2) En orden a las aplicaciones de la institución en el Derecho mercantil, véase Supino, *L'azione di rescissione per lesione nella comprav. comm.* (*Dir. comm.*, 1915, II, pág. 400); Chironi, *La rescissione per l. e. e la vendita comm.* (*Riv. Dir. comm.*, 1916, I, pág. 261).

(3) Butera *Della rescissione per lesione nella vendita a prezzo fissato in promessa unilaterale de vendita* (*Foro it.*, 1921, I, páginas 258 y siguientes).

(4) Si el comprador del inmueble hubiera hecho gastos, el vendedor deberá abonárselos. ¿Corresponderá al comprador por el precio y sus accesorios o por los gastos el *ius retentionis*? Se afirma por muchos, argumentando por analogía de la disposición del art. 1.528. Estimo que no



A más de tener eficacia real, la compraventa produce también efectos de carácter obligatorio, y tratándose de un contrato bilateral, nacen éstos *ex utroque latere*, ya que no sólo el comprador está obligado a pagar el precio, sino que también el vendedor está obligado a entregar la cosa y a prestar garantía por la evicción y por los vicios ocultos.

### A. Obligaciones del vendedor

a). *Entrega de la cosa*.—El vendedor está obligado, ante todo, a entregar la cosa vendida al comprador (art. 1.463). Esta entrega, que no tiene una función traslativa de dominio, puede efectuarse real o simbólicamente en las distintas formas que la *traditio* asume (artículos 1.465, 1.466); si la entrega no se realiza y la cosa continúa en poder del vendedor sin un título especial que le confiera el goce, poseerá en nombre del comprador como mero precarista, por efecto de la obligación que le incumbe de entregarla a la otra parte (1). La cosa debe entregarse: en el *lugar* designado en el contrato, y, en su defecto, en el lugar en que la cosa se hallaba en el momento de la venta (art. 1.468), en el *tiempo* convenido y contra el pago simultáneo de su precio, y si éste no se efectúa inmediatamente, puede rehusarse la entrega legítimamente (como puede rehusarse también en el caso en que el comprador se halle en situación de quiebra o de insolvencia, art. 1.469), en el *estado* en que la cosa se hallaba en el acto de la venta con todos los frutos producidos y con todas sus accesiones y pertenencias (artículos 1.470-1.471) y en la medida que se hubiere estipulado en el contrato (art. 1.472).

Todo incremento de la cosa pertenece desde el día de la venta al comprador, y por ello también corre a su cargo el riesgo y peligro de la misma; pero como el vendedor está obligado

le corresponde y que no es lícito en esta materia proceder por extensión analógica. En favor de la *retentio*: Butera. *Il dir. di retenzione nella rese della vendita per causa de lesione* (*Foro it.*, 1912 páginas 479 y siguientes).

(1) Coviello, 4, *Natura del passesso dell'alienante prima della consegna* (St. per Scialoja, 1, páginas 317 y siguientes).

de la custodia de la cosa hasta su entrega, al perecimiento o deterioro de la cosa se aplicarán las normas examinadas al tratar del incumplimiento de las obligaciones de cosa cierta (artículos 1.219, 1.224, 1.225, 1.247, 1.298; véase también art. 1.480). La ley contiene normas especiales acerca de la medida en que la cosa debe entregarse, para los casos de disconformidad entre la medida pactada y la entregada (artículos 1.473-1.479); el concepto general es que, entregada una cosa en medida mayor o menor, hay lugar (dentro de ciertos límites) a la proporcional disminución del precio o a su aumento también proporcional, salvo el derecho del comprador (en el caso de aumento del precio) a rescindir el contrato; se fija también un término breve (un año) para el ejercicio de las acciones de reducción o aumento de precio o de rescisión del contrato (art. 1.478).

b) *Garantía por evicción* (1).—No basta la entrega de la cosa para extinguir las obligaciones que incumben al vendedor; éste debe también garantizar al comprador la libre y pacífica posesión de la cosa, es decir, debe defenderlo de todo ataque de tercero que, fundado en un vicio del derecho del vendedor, le prive total o parcialmente de la cosa o haga valer un gravamen no declarado en el contrato. Hay evicción cuando por una sentencia firme dictada en causa anterior a la venta, el comprador sufre la pérdida total o parcial de la cosa, a pesar de la defensa que el vendedor haya hecho en el juicio. Es, pues, deber muy principal del comprador el llamar al vendedor a la causa para que éste pueda asumir la defensa contra el tercero; de aquí la consecuencia que la garantía cesa si el comprador se ha dejado condenar sin llamar al vendedor y éste prueba que había razones o motivos bastantes para rechazar la demanda (artículo 1.497).

(1) Müller *Du Livre des rom. Rechtes von der Eviction*, 1851; Boggio, *Della evizione negli atti traslativi di diritti e spec. nella vendita* 2.<sup>a</sup> ed., Turín 1894; Polacco, *L'obbligo di restituir dei frutti nella gar. per eviz* (*Arch. Giur.*, XXXIII, 1884 pág. 388); Arangio Ruiz *Evizione* (en *Dir. prat. di Dir. priv.*); Ricca-Barberis, *Sulla natura della garanzia per evizione* (*Riv. Dir. civ.*, 1915, páginas 581 y siguientes); *L'obbligo della consegna della cosa e la garanzia per evizione* (*Riv. Dir. comm.*, 1915, II páginas 860 y siguientes).

La obligación de la defensa implica que cuando ésta resulte infructuosa o no haya sido asumida, el vendedor es responsable frente al comprador que sufrió la evicción. En el caso de evicción total, esta responsabilidad comprende: 1), la restitución del precio íntegro (art. 1.486, n. 1), aunque la cosa haya disminuído de valor o sufrido deterioro por culpa del comprador o por fuerza mayor (art. 1.487); en cambio, en el caso de que la cosa hubiere aumentado de valor, al precio deberá añadirse la plusvalía (art. 1.489); 2), el pago del valor de los frutos que el comprador debe restituir al que venció en la evicción (art. 1.486, n. 2); 3), el reembolso de los gastos ocasionados por el litigio o por el juicio de reivindicación (art. 1.489, n. 3), de los gastos del contrato (n. 4), y si el vendedor procedió de mala fe, de todos los gastos, incluso los de ornato o recreo, hechos por el comprador (art. 1.491); 4), el resarcimiento del daño. Si la evicción fué parcial, el vendedor debe reembolsar el valor correspondiente a la parte que fué objeto de la evicción y no el precio de la venta (art. 1.493), así como proporcionalmente las prestaciones accesorias indicadas, pero se otorga también al comprador la facultad de exigir la resolución del contrato si la parte de la cosa que sufrió la evicción es con relación al todo, de tal entidad que el comprador no habría comprado el todo sin aquella parte (artículos 1.492, 1.494) (1).

Elemento natural del contrato de compraventa, la garantía por evicción, es debida de derecho, esto es, aunque no se hubiere estipulado (art. 1.482); pero los contrayentes pueden, mediante un pacto especial, modificar libremente sus consecuencias,

(1) La garantía que se refiere a servidumbres que graven el fundo vendido da lugar a muchas discusiones: Vitali, *Evizione e garanzia per causa di servitu passive* Piacenza 1889; Ricca-Barberis *Sull'art. 1.494, c. c. (Dir. e Giur., 1916 I páginas 166 y siguientes)*; *Sull'obbligo della garanzia per le servitu ecc. (Dir. comm., 1919, II, páginas 206 y siguientes)*; *Riv. it. pb. sc. giur., 1919*; *Riv. Dir. comm., 1920, I, páginas 388 y siguientes*; Ramponi, *Garantia per le servitu non apparenti*, Bologna, 1917; Fadda, en *Studi e quest. di dir.*, I, pág. 464; para las servidumbres a favor del fundo vendido, véase Ricca-Barberis, *Riv. Dir. comm., 1916, II, página 917*; Germano, en *Forc it.* 1915, I, pág. 1.388; 1917, I, páginas 226 y siguientes.

suavizando o agravando la responsabilidad o pactando la exoneración total de la misma (art. 1.483).

Este pacto no libera, sin embargo, al vendedor de la obligación de restituir el precio, a no ser que el comprador hubiere conocido el peligro de la evicción en el acto de la venta o hubiere comprado la cosa a riesgo suyo, realizándose una venta aleatoria (art. 1.485); tampoco lo libera cuando la evicción sea consecuencia de un acto suyo y toda convención que tuviera por objeto tal liberación sería nula por ilícita, ya que impulsaría a la realización de actos inmorales (art. 1.484). La obligación de la garantía se da no solamente por el hecho ajeno, sino también por el propio; lo cual implica que al comprador es otorgada una excepción para oponer a la reivindicación que contra él intentase el propio vendedor, como, por ejemplo, en el caso del vendedor de cosa ajena que resulte ser propietario de la misma, o del propietario de ella que sea heredero del vendedor, *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*.

c) *Garantía por vicios ocultos* (1).—El vendedor debe también garantizar al comprador contra los vicios o defectos ocultos que la cosa tuviere en el momento de la venta y responde de los mismos cuando se hubieren manifestado posteriormente. Vicios o defectos *ocultos* son, no ya las leves imperfecciones de la cosa o la falta en ella de los condiciones o cualidades declaradas por el vendedor, son aquellos que, de una parte, privan a la cosa de aptitud para el uso a que se destina o que disminuyen su uso de modo que de haberlos conocido el comprador, no la hubiese comprado o hubiese dado menos precio por ella (art. 1.498); de otra, que no estuvieren tan manifiestos en el momento de la

(1) Hanausek, *Die Haftung des verkäufers für die Beschaffenheit der ware nach röm. und gem. Recht*, 1883 87; Bianchi F. *Azione di nullità per errore e az. per vizi redibitori nella vendita* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XI, 1891, páginas 321 y siguientes); Fubini, *La teoria dei vizi redibitori*, Turín, 1906; Galante, *Az. redibitoria e az. d'inadempimento contrattuale* (Legge, 1908, pág. 2.489); Pulvirenti, *Fondamento natura e limiti dell'az. redibitoria nel dir. civ. e comm. it* (*Foro it.*, 1909, páginas 574 y siguientes); Carnelutti, *Azione redibitoria e azione contrattuale* (*Studi. Dir. civ.*, páginas 355 y siguientes); Fubini, *Ancora sui criteri dist dell'az. redibitoria della contrattuale* (*Riv. Dir. comm.*, 1918, II, páginas 22 y siguientes).

venta, que el comprador hubiere podido inmediatamente apreciar su existencia (1). De los vicios o defectos *aparentes* no responde, en efecto, el vendedor (art. 1.499); al comprador es imputable el no haberlos conocido, absteniéndose por ellos de contratar o haciéndolos valer para exigir una reducción del precio (2); tampoco responde por las alabanzas de la mercancía cuando ésta no responda a las mismas, pues es natural el rivalizar en astucia (*dolus bonus*) que en todo contrato, y especialmente en la compraventa *naturaliter licere contrahentibus se circumveniere*, fr. 16, § 4, D. 4. 4.) se consiente.

Responde en cambio de la calidad y condiciones expresamente prometidas (*dicta et promissa*), pero tampoco a esto se refiere la garantía por vicios ocultos, para lo cual no precisa un pacto especial, ni el conocimiento de los mismos en el vendedor; distinto en cambio es el remedio concedido al comprador cuando la cosa carece de las cualidades pactadas; el comprador podrá pedir la resolución del contrato por el incumplimiento del vendedor (art. 1.165), pero no ejercitar las acciones especiales que derivan de la garantía por vicios ocultos (3).

Estas acciones que se remontan en Derecho romano al edic-

(1) Adviértase que en la venta de animales no se toman en consideración otros vicios que los determinados por la ley o por los usos locales (art. 1.505, párr. último). Ver Nitti, *I vizi redibitori nel commercio de bestiame*, Turín, 1895).

(2) En la venta mercantil se responde de los vicios aparentes si se trata de mercancías provenientes de otra plaza con tal que el comprador los denuncie dentro de los dos días siguientes a su recepción (Código de Comercio, art. 70).

(3) Cosas distintas, en efecto son el *vicio* y la *falta* de una *cualidad prometida*, y esto constituye la base para resolver la cuestión acerca del criterio distintivo entre acción *redibitoria* y acción contractual. El Código civil alemán (§ 459) y el suizo de las obligaciones (art. 197), como ocurría ya en el Derecho romano, agrupan la falta de las cualidades prometidas o condiciones fijadas y el de inmunidad por vicios ocultos. Por lo demás, es muy discutido entre los autores el criterio para determinar dónde termina la responsabilidad por vicios ocultos y dónde comienza la responsabilidad por los *dicta y promissa*, especialmente cuando se hubiere pactado la inmunidad por vicios. Véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, V, pág. 151, n. g.

to de los ediles curules (1) son dos, y puede el comprador elegir una u otra libremente (art. 1.501) la *a. redhibitoria* (2), con la que el vendedor es obligado a tomar la cosa y a restituir su precio con los intereses y los gastos ocasionados por la venta (artículo 1.503) y la *aestimatoria* o *quantiminoris*, con la que el comprador retiene la cosa y obtiene una reducción del precio que se fijara por la autoridad judicial y que corresponde al menor valor que la cosa tiene por razón de los vicios que la afectan. En una y otra acción el vendedor responde también, aunque ignorase los vicios (art. 1.500), y en esto consiste la tutela especial que la ley concede al comprador; el haberlos conocido y callado es causa solamente de una agravación de responsabilidad; la ley prescribe que en este caso el vendedor sea condenado en el juicio *redhibitorio* a la restitución del precio y al resarcimiento del daño.

De otra parte, la necesidad de evitar la incertidumbre de la relación, exigía que estas acciones no pudieran ejercitarse sino dentro de términos breves; estos términos (que son de caducidad y no de prescripción), los fija la ley en un año a contar desde la entrega si se trata de inmuebles, en cuarenta días si se trata de animales, o en tres meses si de otras cosas muebles (salvos los usos particulares que prescriban términos mayores o menores) (artículo 1.505); en la venta mercantil de mercancías procedentes de otra plaza, se añade la obligación de la denuncia de los vicios dentro de los dos días siguientes a su descubrimiento (Código de Comercio, art. 70).

La garantía no tiene lugar en las ventas judiciales (art. 1.506) y tampoco cuando hubiere habido renuncia expresa por parte del comprador (art. 1.500), si el comprador conocía los vicios anteriormente a la venta; si la cosa hubiere perecido por caso fortuito (art. 1.504).

(1) Véanse los títulos 22, 1 del Dig., *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*, 4. 58 del Cód. *de aediliciis actionibus*.

(2) *Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat idcirco redhibitio est appellata quasi redditio*, fr. 21 pr. D. 21, 1. De aquí se deriva el nombre de los vicios que originan esta acción (*vicios redhibitorios*).

B. *Obligaciones del comprador.*—Prescindiendo de algunas de carácter secundario, como la de aceptar la entrega de la cosa o la de respetar en ciertos casos los arrendamientos hechos por el vendedor (art. 1.597), todas las demás se resumen en esta: pagar el precio en el día y en el lugar determinado en el contrato o cuando nada se hubiere establecido, en el lugar y al tiempo en que se verifica la tradición de la cosa, con adición de intereses (*compensatorios*), si la cosa vendida y entregada antes del pago produjese frutos o rentas (artículos 1.507-1.509).

Entrega de la cosa y pago del precio, dada su relación de correspondencia: deben verificarse simultáneamente sino se hubiere pactado el aplazamiento; y por ello, así como el vendedor puede negarse a efectuar la entrega cuando el precio no le hubiere sido satisfecho (art. 1.469), así también el comprador puede rehusar el pago si el vendedor no efectuase la entrega. Y así como al vendedor es concedida la facultad de suspender la entrega cuando por quiebra o insolvencia del comprador corre el riesgo de perder el precio (art. 1.469), análogamente se otorga al comprador la facultad de suspender el pago si por ser turbado o abrigar fundado temor de ser turbado en el pacífico goce de la cosa por el ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria, corre peligro de perder la cosa en todo o en parte (artículo 1.510); el vendedor en este caso puede eludir el perjuicio prestando caución.

Si el comprador no paga el precio, corresponde al vendedor con la acción contractual, por el cumplimiento de la resolutoria común a todos los contratos bilaterales (art. 1.165). La resolución tratándose de cosas muebles se produce de derecho en interés del vendedor (1), cuando el comprador antes de transcurrir el término fijado para la entrega de la cosa no se haya presentado para recibirla, o aun cuando se hubiere presentado, no hubiere ofrecido el precio simultáneamente (art. 1.512).

Es más, en esta especie de ventas, el vendedor puede siempre, si no se concedió aplazamiento para el pago, reivindicar la

(1) En la venta mercantil de cosas muebles la resolución se produce de pleno derecho también, pero en provecho del vendedor o del comprador y en perjuicio de la otra parte que no cumplió su obligación.

cosa en tanto ésta se halle en poder del comprador, o impedir su reventa con tal que la demanda de reivindicación se entable dentro de los quince días siguientes al de la entrega y que las cosas se hallen en el mismo estado en que se hallaban en el momento de su entrega o siempre que no hubieren sufrido alteración en su individualidad, o transformación por especificación (artículo 1.513). Puede también deducir esta demanda contra el tercer poseedor, en los límites en que la reivindicación es consentida por el art. 707. En la venta inmobiliaria, por el contrario, la resolución no tiene lugar de pleno derecho y sí solamente en virtud de declaración del Juez (1) y además no perjudica a los terceros que han adquirido derechos en el inmueble con anterioridad a la transcripción de la demanda de resolución y los han conservado mediante su transcripción (art. 511) (2) (3).

(1) Si el comprador que no paga el precio realizó obras y construcciones en el fundo se aplican, en caso de resolución, las normas propias de la posesión de mala fe, puede ser obligado por el vendedor a hacerlas desaparecer a sus expensas (art. 450); Fassa, *La risoluzione della vendita rispetto alle costruzioni e opere fatte dal compratore* (*Giur. it.*, 1918, I, 2 pág. 375); Butera, *For. it.*, 1918, 1, pág. 1.087.

(2) A la venta en general en el Código civil sigue la venta de créditos y otros derechos (artículos 1.518-1.548). La teoría fué expuesta al tratar de la cesión de créditos, de la cual la venta constituye un caso especial.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Muy parecida es la forma de tratar el contrato de compraventa en los Códigos italiano y español, pero aquél inspirado en el napoleónico, más directamente que el nuestro, la entiende como transmisora de la propiedad; nuestro Código civil, más arraigado en el Derecho romano, exige que para producir tal efecto ha de ir seguida de la tradición (artículos 1.125 y 1.448 del Código civil italiano y 609 y 1.095 del Código civil español).

Las definiciones concuerdan (v. artículos 1.445 del Código civil español y 1.447 del italiano). De ambas puede decirse que sirven para otras instituciones jurídicas (arrendamiento por ejemplo) por su indeterminación y por no señalar su característica en consonancia con las teorías que sustentan, así el Código italiano, debió significar que por el contrato de compraventa una persona transmite a otra el dominio de una cosa, y el Código español que una persona se *obliga a transmitir el dominio de una cosa*, etc.; sin embargo, es más concreta la del Código español que exige la determinación en la cosa y el precio cierto en dinero o sí no que lo presente.

Es de elogiar en ellos su lógica, en consonancia con la doctrina de la estimación del precio. El Código italiano habla de *su* precio y el español de *un* precio, de lo que se deduce una doctrina opuesta en cuanto a la rescisión por lesión a que luego nos referiremos.



## A. ELEMENTOS DE LA COMPRAVENTA

I. *Consentimiento*.—Produce el consentimiento la perfección del contrato, si convienen vendedor y comprador en la cosa y en el precio (artículo 1.450 del Código civil español y 1.448 del Código italiano). Concuera la doctrina de ambos Códigos respecto de la capacidad para celebrar este contrato (artículos 1.456 del Código civil italiano y 1.457 del español) y a las incapacidades (artículos 1.458 y 1.459 del Código civil español y 1.457 y 1.458 del Código civil italiano).

Al estudiar esta materia, trata el autor de los efectos de la voluntad de las partes en cuanto al momento en que se opere la transmisión del dominio, desarrollando la teoría de los pactos de *promesa de venta* (regulado en el art. 1.451 de nuestro Código civil); *reserva de dominio* y *additio in diem* y sobre todo del de *retroventa* que en ambos Códigos tiene regulación especial (artículos 1.507 a 1.520 del Código civil español y 1.515 a 1.528 del italiano) que examinamos.

Definido de análoga manera (artículos 1.507 en relación con el 1.518 del Código civil español y 1.515 y 1.528 del italiano), en ambos tiene idéntica naturaleza y produce los mismos efectos como condición resolutoria (art. 1.509).

Nuestro Código civil regula casos especiales de retroventa como el del art. 1.512, en el que trata del retracto utilizado por los acreedores haciendo uso del derecho de subrogación que les concede el art. 1.111 y los de los artículos 1.513 a 1.517, en los que se advierte el concepto de indeseable que tiene la indivisión de la cosa común. Siendo de notar que no llega a la solución del art. 1.525 del Código italiano, en el que cuando los copropietarios no quieran ejercitar conjuntamente el derecho de retracto, éste puede ser utilizado por uno de ellos solamente. El plazo de duración es más corto en el Código español en cuanto al retracto que no se pacte en tiempo de eficacia y puede ser más largo en el que se pacte (cuatro y diez años como *máximum* art. 1.508 del Código civil español y cinco años en ambos casos, art. 1.516 del Código civil italiano). Este plazo no puede prorrogarse porque sería la prórroga un acto en fraude de la ley y debe convenirse el pacto en el acto de la venta, pues nuestro Código (art. 1.507) dice expresamente que el vendedor «se reserve». Su eficacia alcanza a los terceros (artículos 1.521 del Código italiano y 1.510 del español) y utilizado el derecho de retracto, se extinguen los gravámenes constituidos por el comprador subsistiendo sólo ciertos arrendamientos (artículos 1.528, § 1.º del Código civil italiano y 1.520 del Código civil español). Para que el retracto tenga efecto, exigen ambos Códigos el reembolso de los gastos a que se refieren los artículos 1.518 del Código español y 1.528 del italiano, si bien este último concede un *jus retentiones* en favor del comprador al no conceder el derecho de entrar de nuevo en la posesión al retrayente hasta que haya cumplido todas sus obligaciones, bien que iguales efectos deriven en favor del comprador en el Código español respecto de los gastos necesarios y útiles cuando no se los abone el retrayente por ser poseedor de buena fe (art. 453). Los frutos se compensan o prorratan (art. 1.519).

II. *Cosa*. Objeto de compraventa pueden ser todas las cosas aun las futuras que sin estar fuera del comercio de los hombres se hallen determinadas, no necesitándose nuevo convenio para saber con certidum-

bre que sea lo convenido (*Sent.* de 8 de Mayo de 1895) o sean al menos eventualmente existentes, no siendo necesario pertenezcan en propiedad al vendedor (*Sent.* de 31 de Enero de 1921), extremo éste que no concuerda con el Código italiano (art. 1.459), que declara nula la venta por tal circunstancia, salvo en los mercantiles, art. 59 del Código de Comercio italiano.

Como modalidades de la compraventa en orden a la indeterminación relativa de la cosa, pueden citarse la venta de la cosa a calidad de ensayo o prueba o de cosa que es costumbre gustar o probar, que se presume hechas bajo condición suspensiva (artículos 1.453 del Código civil español y 1.452 y 1.453 del Código civil italiano); la venta sobre muestras reguladas en el Código de Comercio español (art. 327) y la de géneros que no tengan a la vista ni puedan clasificarse por una calidad determinada conocida en el comercio que se entiende hecha con reserva de examinar los géneros el comprador y facultad de rescindir el contrato si no convienen, igual que la tiene en las ventas hechas a calidad de ensayo (artículo 328 del Código de Comercio español). Puede incluirse aquí la teoría de los riesgos desarrollada en el art. 1.452 del Código civil español inspirándose en la teoría romana *res perit pro creditorem* y los efectos de la pérdida total o parcial de la cosa al otorgarse el contrato (art. 1.460 del Código civil español concordante con el 1.461 del italiano).

III. *Precio*.—Ha de ser el precio cierto y en dinero o signo que lo represente (art. 1.445) distinguiéndose en esto de la permuta (ver nota a ese capítulo). La certeza del precio, puede determinarse indirectamente (artículos 1.447 y 1.448 del Código civil español, concordantes con el 1.454 del Código italiano), pero no dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.449).

El precio tiene que ser verdadero porque si no degeneraría la venta en donación; no exigiéndose que sea justo, pues los contratos no se rescinden en el derecho español por lesión más que en los casos del artículo 1.293 del Código civil. Doctrina que no concuerda con la del Código italiano, art. 1.529 que admite la rescisión por lesión, *ultra dimidium*, siguiendo al Derecho romano, contra el cual se abre el aforismo foral *tantum valet res quantum vendi potest*.

## B. EFECTOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

I. *Obligaciones del vendedor*.—Son dos, según el art. 1.461 del Código civil: entrega y saneamiento, pero hay que tener en cuenta que el obligado a entregar una cosa lo está también a conservarla como buen padre de familia (art. 1.094).

a) *Entrega de la cosa*.—Tiene la entrega una función traslativa del dominio (artículos 609 y 1.095) y puede verificarse de distintas formas, entendiéndose la cosa entregada cuando se ponga en poder y posesión del comprador (art. 1.462, § 1.º). Ha de realizarse en el lugar convenido o si no lo hubiere en el fijado en el art. 1.171, después del pago del precio, salvo que este se haya aplazado, pudiendo resolverse la venta si aquél no se paga o pactado el aplazamiento se descubre que el comprador es insolvente, excepto si éste afianza el pago (artículos 1.466 y 1.467 del Código civil español y 1.469 del Código civil italiano). Ha de realizarse la entrega de la cosa en el estado en que se encuentre al perfeccionarse el contrato con todos los gastos desde esa fecha (art. 1.468 del Código civil español, concordante con los 1.470-1.471 del italiano) y con to-

das las accesiones, regla general de las obligaciones de dar (art. 1.097 del Código civil español). La forma de la entrega varía según sean bienes inmuebles (art. 1.462), muebles (art. 1.463), o bienes incorpóreos (artículo 1.464) y los gastos de entrega serán de cuenta del vendedor y los de traslación a cargo del comprador, salvo estipulación especial (art. 1.465).

La cantidad que ha de ser entregada puede determinar un desacuerdo entre lo pactado y la realidad de la cosa, en la venta de muebles, dando lugar a rescisión del contrato, si el comprador no se da por satisfecho en recibir la finca disminuída con reducción del precio o en pagar a mayor valor si tiene mayor cabida que la que consta en el contrato, cuando se trate de venta de inmuebles con expresión de la cabida a razón de un precio por unidad o número (artículos 1.469 y 1.470 del Código civil español, concordantes con los 1.473 y 1.479). Igual sucede cuando la cosa tenga una calidad inferior que determine menor valor (1.469) o en las ventas a precio alzado en los que lo comprendido dentro de los linderos no sea de la cabida o número expresados en el contrato (1.471, § 2.º). No dándose rescisión ni aumento o disminución del precio cuando los inmuebles sean vendidos como un cuerpo cierto (1.471, § 1.º); prescriben las acciones derivadas de estos artículos a los seis meses (art. 1.472, concordante con el 1.478 del Código civil italiano).

Los casos de doble venta de una misma cosa pueden dar lugar a múltiples litigios; para evitarlos, declara la preferencia el art. 1.473 de nuestro Código en favor del primer poseedor, en muebles; y en inmuebles en favor del que primero inscribió; en su defecto, al que fué primero en la posesión, y a falta de esto, al que presente título de fecha más antigua.

b) *Saneamiento* —Obligación que deriva del derecho de todo contratante a gozar de la efectividad plena de la prestación contraria; puede presentarse por vicios jurídicos o de hecho, dando lugar a las dos modalidades de esta obligación de garantía (art. 1.474).

a) *Saneamiento por evicción*. —Entraña en este caso el saneamiento la idea del vencimiento en juicio que priva al comprador del pacífico disfrute de la cosa o de la cosa misma. El saneamiento por evicción es elemento natural de la compraventa, se presenta normalmente, pero puede aumentarse, disminuirse o aun suprimirse (artículos 1.475 del Código civil español, 1.482 y 1.483 del italiano); pero es nulo todo pacto en que se exime de esta obligación al vendedor de mala fe (art. 1.476) y produce efectos, siquiera limitados, cuando la renuncia a la garantía se haga sin conocimiento de los riesgos y sin someterse a sus consecuencias (1.477).

Para que tenga lugar el saneamiento por evicción, se requiere que sea privado el comprador de todo o parte de la cosa por sentencia firme en virtud de un derecho anterior a la compra y que haya notificado la demanda al vendedor (1.475-1.480, 1.481 y 1.482 del Código civil español, 1.497 del Código civil italiano)

Produce la evicción los efectos de restitución señalados en el art. 1.478 del Código civil español (que concuerda con los 1.486, 1.487, 1.489 y 1.491 del Código civil italiano), salvo en el precio que ha de instituirse que, según el Código italiano, será el mayor, sea el que tenía la cosa en el momento de adquirirla o en el de la evicción. La evicción parcial tiene idéntica regulación en las dos legislaciones (1.479 del Código español y 1.492 del italiano).

β) *Saneamiento por vicios ocultos*. —Los vicios de la cosa que la hagan menos apta para su disfrute por el comprador, hacen nacer en favor de éste dos acciones de abolengo romano: la *redhibitoria* y la *quantum minoris* o *aestimatoria*. Nuestro Código civil, al igual que el italiano, regula las dos en función de los gravámenes ocultos de la finca, de defectos ocul-