

257
2Ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



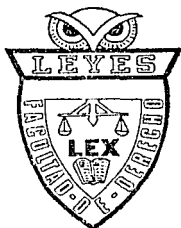
Seminario de Derecho Civil



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

"LA RESCISION COMO SOLUCION IDONEA
ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS
OBLIGACIONES CIVILES"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARCELINO GARCIA AVILES



México, D. F.

1988



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

I N T R O D U C C I O N .

CAPITULO I.

LA RESCISION EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES.

- I.- Conceptualización jurídica de la rescisión.
- II.- Breve desarrollo histórico de la rescisión.
- III.- La rescisión como consecuencia jurídica de Derecho Privado.
- IV.- La rescisión, derecho de la víctima de un hecho ilícito derivado del incumplimiento de un contrato, según lo dispuesto en el artículo---1949 del Código Civil vigente.
- V.- Formas de rescisión de los contratos [expresa y tácita].

CAPITULO II.

PROCEDENCIA DE LA RESCISION.

- I.- Los diferentes tipos de incumplimiento de las obligaciones civiles.
- II.- La acción rescisoria según el artículo 1949 del Código Civil vigente.
- III.- Aplicación y forma de operación de la resolución y de la rescisión.
- IV.- El derecho de opción a exigir el cumplimiento forzoso del contrato ó pedir la rescisión.
- V.- La excepción de contrato no cumplido.

CAPITULO III.

EFEKTOS DE LA RESCISION.

- I.- La restitución de las prestaciones entre las partes contratantes.
- II.- El resarcimiento de los daños y perjuicios, como sanción complementaria a la rescisión.
- III.- Efectos de la rescisión frente a terceros de buena fé.
- IV.- Extinción de las relaciones contractuales entre las partes.
- V.- Idoneidad jurídica de la rescisión ante otras figuras relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones.

C O N C L U S I O N E S .

B I B L I O G R A F I A .

INTRODUCCION

El objetivo primordial que se pretende en el presente trabajo, es precisar la gran importancia que en el campo del Derecho Civil, y particularmente en el del incumplimiento de las obligaciones Civiles, tiene la figura Jurfdica de la rescisión, ya que la misma no debe de pasar superficialmente como un remedio ante un contrato incumplido, sino que se deben de analizar los verdaderos beneficios y grandes ventajas que tiene al aplicarse en una forma adecuada y conveniente. Es por ello que al exponer la idoneidad Jurfdica que tiene nuestra figura en estudio, nos avocamos a tratar de hacer ver al lector ó a cualquier interesado en la materia, los criterios que a nuestro parecer pueden ser fundamentos de lo pretendido, a fin de que nuestra figura de la rescisión civil no sea apreciada solamente como una frustración contractual sino como un medio técnico eficaz en --- nuestro Derecho Mexicano.

Nos hemos permitido estudiar en el primer capítulo el concepto de rescisión, su desarrollo histórico brevemente tratado, --- así como sus características, que entre otras, están la de ser un derecho de los contratantes al celebrar su pacto, así como la de ser --- una consecuencia jurídica de nuestro Derecho Privado; se explica también las formas que la doctrina acepta, como divisiones de la rescisión.

Como segundo capítulo hemos considerado que para precisar lo relativo a la procedencia de la rescisión es necesario ver --- primero que tipos de incumplimientos existen, y oponer si así fuera el caso la acción rescisoria que según nuestra Ley nos concede para atacarlos, desde luego observando también la aplicación y forma de --- operación del Derecho de Resolución, sin olvidar que nuestro Código Civil vigente dá opción a otras figuras para combatir infracciones --- contractuales como es el caso del exigir el cumplimiento forzoso del contrato, ó interponer la conocida excepción de contrato no cumplido.

En nuestro tercer capítulo, se ha intentado agrupar a -- los efectos que creemos son los más inevitables, lógicos y justos de la rescisión, de acuerdo a su naturaleza jurídica y fines que persigue la misma. Es entonces, que tanto la restitución de las prestaciones entre los contratantes y el resarcimiento de los daños y perjuicios como sanción complementaria, vienen a conformar la verdadera consumación de la resolución de un contrato; y la ruptura de la relación jurídica contractual la hacemos valer como un inevitable efecto y fin de la rescisión.

Es por lo anteriormente expuesto, que deseamos que la -- presente tesis recepcional pueda ser de alguna utilidad para el lector de la misma, al momento de tocar ó estudiar el tema de la rescisión.

CAPITULO 1

LA RESCISIÓN EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

I. Conceptualización jurídica de la rescisión.

A iniciar un estudio para analizar los diversos aspectos referentes a un tema a tratar, en éste caso, acerca de la rescisión en materia civil, es necesario atender en primer lugar a la conceptualización de la figura jurídica de que se hable, ya que es uno de los puntos primordiales para conocer a la misma, y resulta indispensable como punto de partida específicamente en nuestro tema.

Es el caso, que nos importa fijar un concepto de la rescisión, quizás clásico, conservador, o tal vez contemporáneo conforme a nuestra legislación vigente, y que a pesar de ello, varía mucho no precisamente por cuanto hace a su esencia jurídica, sino por razones de las diferentes discrepancias entre muchos autores al conformar el concepto didácticamente ó en el enfoque doctrinal muy personal de cada uno de ellos. Sin embargo, la intención es dar un concepto preciso, acorde, claro y dogmáticamente conciliado en cuanto a las posturas de aquellos estudiosos de la materia.

Así encontramos conceptos de juristas nacionales y extranjeros, de entre los cuales nos interesa más conceptualizar el tema siempre y cuando el contenido de dicha definición tenga que ver con el derecho de las obligaciones civiles, toda vez, que de él emana la rescisión civil, como una consecuencia jurídica, desde luego cuando existen elementos necesarios casuísticos para que se presente -- nuestra figura en estudio y que uno de ellos es el incumplimiento de las obligaciones civiles, al que más adelante referiremos en forma relacionada con la rescisión. La figura jurídica en mérito, si bien es cierto que de acuerdo a la palabra que la representa, y que se precisa como "rescisión", podría decirse que es absoluta, y jurídicamente sin dar lugar a una acepción a su término, también lo es

que como se trata precisamente de un concepto jurídico, sí existe posibilidad de que aparezcan y existan acepciones de carácter jurídico-también que por sus estructuras y alcances iguales al concepto original (rescisión), nos atreveríamos a manejar tanto al concepto básico, como a su acepción o acepciones en su caso, indistintamente para fines teóricos y hasta prácticos. Sin embargo, hay que reconocer fundamentalmente que uno surge del otro, es decir, que uno puede ser el género y el otro la especie, y por tal motivo, teniendo en cuenta és to antes que otra cosa, podemos darle una jerarquía ante la doctrina de la materia, independientemente de considerar personalmente y en opinión nuestra, la preponderancia, del término originalmente a conceptualizar sobre sus acepciones.

Tomando en consideración lo último mencionado, y a efecto de concretizar, la rescisión tiene entre otras acepciones aceptadas - por la doctrina al término resolución, que no es más que una figura jurídica también, que como ya se dijo, podría llamársele también rescisión, y ésta a su vez, resolución; pero como también se apuntó, se pretende establecer, el porqué podemos, o porqué no podemos hablar de lo mismo o utilizar en forma indistinta cualquiera de las dos terminologías cuando se trate de expresar que se va a destruir o deshacer jurídicamente un contrato por virtud de un incumplimiento de obligaciones, de tal suerte que de cualquier forma, uno sea el más recomendable que otro en un momento dado, y dependiendo para que fines se utilice, sean prácticos o teóricos, lo que en apartado relativo estudiaremos.

En principio se acepta que la resolución es el género y la rescisión la especie, aceptado así por la mayoría de los tratadistas de la doctrina civilista de la materia. Confirmándolo aquí, en -- virtud de que una vez que se presenta un incumplimiento de obligaciones civiles, sobrevienen consecuencias de Derecho inevitables; ya que una vez existentes éstas, es necesario dirimir las o no permitir que sigan su curso, ya que afectan a los intereses de las partes participantes en un contrato. La resolución pese a que es el remedio ante --

éstas consecuencias originadas por un incumplimiento de obligaciones, también en cierto modo se considerara una de las consecuencias jurídicas de una violación al contrato, pero es claro y entendible, que no es un tipo de consecuencias que hay que destruir, sino para destruir a éstas últimas; de tal modo que estamos hablando de dos clases de -- consecuencias jurídicas de incumplimiento de un contrato. Pero para -- no involucrar demasiado a ambos tipos de consecuencias mencionados en -- tre sí, nosotros encuadraríamos en amplio sentido a la resolución como una consecuencia de Derecho Privado únicamente, suerte misma que -- seguiría la rescisión.

De lo anterior, se puede afirmar, que la resolución como -- género, (forma de destruir los efectos de un contrato y volver las co -- sas al estado anterior a la celebración del mismo), no funciona sino -- a través de su especie (rescisión), que es el medio técnico jurídico -- para lograr la resolución de un contrato; es decir, por incumplimien -- to de las obligaciones en el mismo, hay que darle resolución o resol -- ver el citado contrato (género), destruyendo o deshaciendo los efec -- tos que el mismo está surtiendo y ha surtido, mediante la rescisión -- (especie), que a su vez produciría, llevándose a cabo ésta última, -- que las cosas vuelvan al estado que se encontraba hasta antes de la -- celebración de una relación jurídica contractual.

Como en su oportunidad se indicó, aparentemente ambas ter -- minologías en última instancia pueden significar lo mismo, es decir, -- hablar de la rescisión es hablar de la resolución, y viceversa, pero -- también se dijo, que habría que conceptualizar jurídicamente a la res -- cisión, como tema central, sin dejar de aceptar que la resolución, es -- la que permite que exista aquella, aceptando también que todo lo rela -- cionado dogmáticamente a ésta última, es parte de la rescisión de -- igual forma.

Castán Tobeñas, señala que la rescisión es una "Institu -- ción jurídica de contornos poco precisos", pero sin darnos aquí una -- definición, y dice también: "es una especie o forma de la ineficacia --

de los contratos, y dentro de ella, una forma de ineficacia que obra por virtud de la ley (nulidad), no por causa de la voluntad de las partes (rescisión). (1)

De éste autor, es interesante destacar en primer lugar, que considera a la rescisión más que como figura, como una Institucion jurídica, es decir, que no sólo pretende hablar de ello como un concepto solamente, sino como toda una estructura jurídica útil en materia de contratos, en su aspecto de incumplimiento de obligaciones. Implica pues, que la rescisión tiene alcances institucionales capaces de dar lugar a que una relación jurídica de cualquier magnitud, no pueda seguir existiendo, debido a la violación y al incumplimiento de la misma. Tiene razón al apuntar que la rescisión es de contornos poco precisos, ya que a su alrededor existen instituciones que también están involucradas muy de cerca con el incumplimiento de las obligaciones en los contratos, porque a veces cualquiera de ellas pudiera ser la más técnica para tratar un caso de infracción al contrato; pero también es muy importante delinear cada una de esas instituciones diversas de acuerdo a sus elementos fácticos de existencia o para que puedan darse.

De tal suerte, que al distinguir científicamente una institución de otra, sí podemos encontrar las fronteras debidas que tienen la rescisión respecto a otras figuras, y concluir en un concepto técnico, casi único y suficiente, casi de igual forma al doctrinal, por su complejidad, dada la constante investigación que sobre esta figura se hace.

Castán Tobeñas, le dá un carácter a la rescisión de -- especie, o forma, que deducimos, debe ser emanada de otro concepto, de un género, que es la resolución precisamente. Esto es cierto, pero dicho autor apareja a la rescisión con otra especie, y es con la nulidad o anulabilidad, distinguiendo que éstas dos son posibles solamente por mandato de ley, es decir, que entre tanto, la rescisión, como especie de la resolución, son surgidas de la voluntad de las -

(1) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. T. II Edic. 6a. Ed. REUS, Madrid, 1946. p. 650

partes contratantes, que así quieren que existan o sean existibles en un momento dado (2)

El problema está ya, como lo apunta el propio autor en cita, en ¿como distinguir a la nulidad de la rescisión?, o, ¿considerar los sinónimos?

No creemos que la última pregunta sea posible, ya que son cosas distintas, y precisamente el problema de la distinción que plantea Castán Tobeñas, es innecesario, porque de no haber mezclado a la nulidad, como otra especie de resolución y paralela a la rescisión, - no habría tal cuestionamiento tampoco; quizás pueda ser recomendable para fines didácticos, pero al hacerlo como propone, no se debe aceptar que nulidad y rescisión son sinónimos ya que no puede ser posible ésto por dos razones:

Por razón de sus elementos.-Ambas figuras tienen diferentes elementos fácticos para que existan, es decir, la nulidad depende para poderse dar, de que no estén reunidos a su vez los requisitos -- (llamados elementos), de validéz del contrato; mientras que la rescisión existe cuando sobreviene el incumplimiento a las obligaciones civiles pactadas en un contrato y un posible perjuicio ocasionado en -- virtud de ello.

Por disposición legal.-Porque si la legislación determina, apartados diferentes a la nulidad y a la rescisión con sus respectivas hipótesis y supuestos de procedencia, no pueden darse a la vez, como - una misma figura, más es aceptable que existan, o se puedan aplicar pero en función de que puedan proceder las dos o una de las dos como remedio para atacar defectos y destruir efectos en el contrato, esto es decir, que se pueda anular el contrato ó bien rescindirlo, respetando las fronteras jurídicas de cada figura.

También se considera a la rescisión y a la nulidad como -- formas de ineficacia de los contratos. Pero ambos son diferentes for--

(2) Castán Tobeñas. J. Ob.cit. p. 651.

mas, se les llama así, al no aceptar que emanen de un mismo género, - más sí lo son para destruir efectos de un contrato; sólo que a la anulabilidad, le incumben los elementos contractuales entre otras cosas, y a la rescisión le importa el incumplimiento de las obligaciones generadas en el contrato.

Plantea también Castán Tobeñas, un plano de diferenciación entre nulidad y rescisión, señalando el origen de las discrepancias -- tanto en Roma, Francia y en el mismo Derecho Español.

Hay otro concepto de rescisión que nos da Castán Tobeñas, y que la define acorde a la doctrina moderna, diciendo que, "es una - forma de ineficacia del contrato motivada por la lesión o perjuicio - que el contrato cause a los contratantes o terceras personas". Asimismo, toma la definición de Mucius Scaevola, quien indica que la rescisión "es un procedimiento que se dirige a hacer ineficaz un contrato - válidamente celebrado y obligatorio en condiciones normales, y a causa de accidentes externos mediante los que ocasiona un perjuicio económico a alguno de sus contratantes o de sus acreedores". (3)

- Al analizar los dos últimos conceptos mencionados, observamos que:
- Se considera a la rescisión como una forma de ineficacia contractual.
- Se le atribuyen como causas a ésta ineficacia, a la lesión y al perjuicio.
- Por lo mismo se podría pensar que la lesión substituye al incumplimiento obligacional, como causa de una rescisión de un contrato.
- Pero no es posible tal substitución, ya que la causa - directa para que se de una rescindibilidad de un con-

(3) IBID. p. 652 Vid Scaevola, Mucius

trato, debe ser un incumplimiento.

- Más la lesión y el perjuicio, pueden tener algo que ver con la violación contractual, presentándose como consecuencias que un incumplimiento acarrea.
- La lesión por ejemplo, tiene su concepto legal en el artículo 17 del Código Civil vigente, y sus medios para atacarla directamente son otros y su trascendencia en la rescisión, depende de que antes se genere un incumplimiento.

Respecto al concepto de Mucius Scaevola, a que nos alude -- Castán Tobeñas, creemos que es más completo, ya que se habla de rescisión como procedimiento, y se destaca que es necesario para que exista dicha rescisión de un contrato; "que éste sea válidamente celebrado", -- lo cual es menester plantear en el concepto de rescisión, en virtud de que no podría ser rescindido algo que no fué celebrado válidamente, ya que inmediatamente que no fuera válido un contrato habría anticipadamente una clase de nulidad, lo cual implicaría que sería ésta, la forma -- primero a agotar para destruir al contrato no válido, en tanto que la rescisión ni siquiera sería imaginable aún ni su existencia ni su aplicabilidad, más aún, carecería de materia cualquier acción rescisoria, -- para aniquilar a un contrato nulo.

En la citada definición de Scaevola, encontramos también al elemento: "...obligatorio en condiciones normales..." el cual es idóneo y preciso, ya que para que haya rescisión depende que algo que es obligatorio, pueda ser violado o no cumplido, aún en las condiciones normales que propongan en el contrato las partes; nos atrevemos a afirmar -- que la frase mencionada en el concepto en mérito: "...obligatorio en condiciones normales..." tiene implícita una frase contradictoria: "...no cumplido aún en las condiciones nomales propuestas...", y se diría entonces, que la rescisión es la que se dirige a hacer ineficaz a un contrato válido y no cumplido aún en las condiciones normales de su celebración.

Analizando lo anterior cabe aclarar, que a la rescisión -- la considera también el maestro Gutiérrez y González, como la especie del género resolución, y a su vez, la encuadra en una clasificación -- de la resolución total, en la que aparece otra especie llamada revocación (o terminación), la cual necesita un estudio aparte. En tanto --- que a la figura de la rescisión le dá el matiz en ésta definición, de-acto jurídico; es cierto, porque sobreviene por la voluntad del hombre y no como un hecho jurídico; además de que contiene los elementos nece-sarios para que se trate de un acto jurídico, como cualquier otro, sólo que la rescisión al decirse que es unilateral, nos daría a entender- que no existe ni se dá por acuerdo de voluntades entre las partes en - un contrato, pero no es así, porque la rescisión cuando ha sido puesta su posible aplicabilidad en el contrato, en caso de incumplimiento, -- fué pactada bilateralmente, más para ser aplicada, (ya dicho en rigor), si es unilateralmente, es decir, que quien resulta ser la víctima de - dicho incumplimiento, puede realizar un acto jurídico unilateral llama-do rescisión porque tiene derecho a hacerlo, según los extremos de una cláusula en que se convino lo relativo a una posible rescisión.

Es indiscutible pues, que la rescisión, es en un principio, cuando aparece sólo hipotéticamente puesta en el clausulado de un con-trato, un acto contractual, o sea, un acto jurídico bilateral; pero -- que en su aplicabilidad y existencia práctica, por causa de incumpli-miento de obligaciones (hecho ilícito), es ejercitado, aún como un ac-to jurídico unilateral por la víctima, como derecho a realizar éste y-derivado del mismo acto jurídico bilateral (o contrato).

Es recomendable tener en cuenta a la rescisión como una es-pecie de resolución total, porque como se desprende de la última defi-nición del maestro Gutiérrez y González, no admite dicha rescisión mo-dificación o resolución parcial, se rescinden en pleno derecho y por -completo todos los efectos del contrato plenamente válido, y no se --- aplican entonces otras figuras relacionadas con el incumplimiento de - obligaciones; también por ende, no acepta la rescisión confusión con -ninguna de ellas, incluso, la conceptualización permanece así indepen-

Los "accidentes externos" que se mencionan en la definición de Scaevola, serían hipotéticos, porque pudiera haber sobrevenido el incumplimiento del contrato por esos accidentes externos o por otras causas no precisamente accidentales, que podrían considerarse como causas intencionales del incumplido. En suma, creemos que dicho concepto es completo, además de tener elementos interesantes que destacan como los que se mencionaron ya.

Por otro lado, considera a la rescisión el maestro Gutiérrez y González, como: "un segundo derecho que tiene la víctima de un hecho ilícito que viola un contrato" (4)

En efecto, si bien, como se vio anteriormente, la rescisión es una "Forma", "Medio", "Instrumento", "Institución", etc. también es una prerrogativa, que en un contrato se encuentra implícita, como otras que sean pactadas por las partes, sólo que la rescisión, llega a ser primordial en cuanto existen los primeros indicios de incumplimiento al contrato, porque todo lo demás pactado en el mismo, quedará destruido en cuanto sea aplicado este derecho de que nos habla Gutiérrez y González, ya por disposición misma de las partes de que quede firme, ya por declaración judicial.

El término hecho ilícito utilizado por el maestro Gutiérrez y González, dá cabida a que ello signifique que se trate de un incumplimiento de obligaciones, es decir, que este sea el hecho ilícito que se produzca en el contrato y del cual es víctima quien tiene el derecho a la rescisión.

Nuestro autor en cita define también a la rescisión como "un acto jurídico unilateral, por el cual se pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho "ipso jure" sin necesidad de declaración judicial a otro acto, bilateral, plenamente válido, por incumplimiento culpable, en éste, atribuible a una de las partes". (5)

(4) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Edic. 5a. Ed. Cajica. Puebla, Pue. México, 1980. p. 517

(5) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 519

diente, respetando sus caracteres muy particulares.

El maestro Rojina Villegas, a comparación de otros autores indica, que cuando hay incumplimiento de obligaciones, existen para la víctima dos acciones ó consecuencias, que deduce son: " a) exigir el - incumplimiento exacto de la prestación no cumplida, con el pago, o en su caso, de la indemnización moratoria, que comprende los daños y perjuicios que sufra el acreedor por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación; b) originar la indemnización llamada compensatoria, es decir, el pago de los daños y perjuicios que se causen al acreedor por el incumplimiento absoluto de la obligación". (6)

En el criterio anterior de éste autor, no se menciona a la rescisión o a su género (resolución), como consecuencia de un incumplimiento. No obstante ello, la rescisión se debe considerar como una figura preponderante ante un hecho ilícito, porque por su esencia jurídica, la rescisión debe ser posible también, en virtud de que es menester destruir los efectos de un contrato (más estrictamente dicho), desaparecer los efectos de un incumplimiento de ciertas obligaciones pactadas en un contrato, u optar por exigir el incumplimiento de lo no cumplido, y los daños y perjuicios, porque de seguir surtiendo los efectos del incumplimiento, éstos serían consentidos y producirían más daños y perjuicios - a los ya presentes, mientras se dá solución al contrato, es decir, es necesario primero desligar contractualmente, a la víctima de su incumplidor, mediante la rescisión.

Asimismo, Rojina Villegas, al referirse al contrato y a sus principios fundamentales, señala a la rescisión, definiéndola como "una forma especial de extinguir obligaciones contractuales". (7)

En apariencia general, esta última definición es incompleta, por el hecho de que no se menciona la causa por la que se deben extinguir las obligaciones contractuales, que es precisamente el incumplimiento de las mismas, pero a pesar de ello tiene aceptación suficiente y es concreta

(6) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. T. III Edic. 9a. Ed. Porrúa, México, 1980. p. 351

(7) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. I.V. Vol. I. (obligaciones). Edic. 3a. Ed. Porrúa, México, 1975. p. 258.

ta, tomando en consideración que se reitera la independencia de la rescisión al decirse "forma especial", a algo genérico (resolución, siendo pues la rescisión una "forma", de resolución)

Dicha definición contiene el elemento "extinguir", que para nuestra opinión es amplio, en cuanto a sus alcances, es decir, al hablar de "extinguir obligaciones", podríamos contemplar figuras como el pago, la remisión de deuda, la novación, (aparejadas ellas a la rescisión), lo cual no es correcto, porque esas figuras se dan por el cumplimiento del contrato, o más bien, le dan cumplimiento a un contrato, extinguiendo por ende las obligaciones, ya sea, por la llegada del plazo, término o condiciones de dicha relación jurídica; más entonces, habiendo incumplimiento, lo que necesitaríamos sería una resolución al contrato, (que resuelva obligaciones).

Interesante si resulta lo que afirma este autor en cita, - por lo que se refiere a que, al decir obligaciones contractuales, tiene razón de que "no podrían rescindirse obligaciones nacidas unilateralmente, ya que sólo se podrán aquellas que precisamente se encuentran en una relación jurídica bilateral" cuya posición acoge perfectamente nuestro Código Civil vigente. (8)

También, Rojina Villegas, refiere en el incumplimiento de obligaciones a una acción rescisoria, que entendida en nuestro tema, no es más que una rescisión; sin embargo, la llamada "Acción", ya propone una procedencia de carácter procesal, y porque la rescisión en esencia es meramente sustantiva, pero en aplicación práctica es adjetiva o dispositiva por la víctima del incumplimiento, llevada a jurisdicción de autoridad judicial competente. (9)

Para Planiol y Ripert, la rescisión es tratada también co

(8) Rojina Villegas. R. Ob. cit. p. 258

(9) Ibid. p. 287

no una forma de resolución de contratos, asimilando cierta disposición del Código Civil Francés acerca de la resolución para dar la definición siguiente: "La condición resolutoria se sobreentiende en todo caso en -- los contratos sinalagmáticos, para el supuesto en que una de las partes no satisfaga sus obligaciones". (10)

En la anterior definición, no encontramos precisamente un - concepto de rescisión, ni aún para la condición resolutoria que se invoca, más es interesante hacer notar, que los autores en cita, al referirse a una "condición resolutoria sobreentendida en los contratos", refieren por lo mismo, a un tipo de resolución contractual a la que, según dicho Código Francés, no hace distinción en cuanto a que dicha resolución pueda ser expresa o tácita, sino tajantemente la entiende el Código implícita en los contratos sinalagmáticos, independientemente que se pacte o no, llamándola "condición resolutoria".

Sin embargo, creemos que Planiol y Ripert, contemplan a la rescisión, "como sobreentendida en los contratos, para el caso de un incumplimiento".

Lo realmente invariable en casi todos los tratadistas de - la teoría de la resolución y la rescisión, es la consideración a la terminología incumplimiento de las obligaciones, es decir, que todos --- ellos en su criterio sobre la materia, introducen el hecho de que una resolución o rescisión pueda darse, por virtud y causa de una violación a las obligaciones pactadas en el contrato, ya que en defecto de dicha infracción, no se pueden manejar tajantemente posibilidades de - una rescisión, sino dan cabida a otras figuras relacionadas con el propio incumplimiento.

(10) Planiol, Marcel y Ripert, George. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Primera Parte (Las Obligaciones). T.VI. Edic.Cultural. Cuba, 1946. p. 594.

II.- BREVE DESARROLLO HISTORICO DE LA RESCISION

La rescisión surge por virtud de varias figuras jurídicas, entre ellas está, el Pacto Comisorio, en el cual como se nota en su término, las partes que intervienen en una relación jurídica convienen en que dicha relación o estrictamente contrato, sea resuelta o resuelto para el caso de que se presente un incumplimiento, y que a su vez, a ésta figura se le conoce como una condición resolutoria.

Es pues, que la rescisión, originándose en el concepto jurídico antes mencionado pueda ser una "Condición", en que se deje de cumplir un contrato para que aparezca la citada resolución o rescisión expresa.

Ya la condición resolutoria estaba planteada en el Derecho Romano, bajo la palabra "Lex Comissoria", que no era más que la FACULTAD RESERVADA QUE TENIA EL VENDEDOR DE RESCINDIR LA VENTA, si no le era pagado el precio. Nótese que se usa la palabra rescindir para darnos a entender también que servía esa figura para resolver, es decir, indistintamente se habla de resolución y rescisión para efectos de "Resolver Contratos". En el Derecho Canónico, se habla de una resolución impregnada de aspectos morales, o sea, se considera una falta a la buena fé pedir la ejecución de una obligación, cuando no se había hecho lo que se debía, es decir, la mala fé no es estrictamente traducida como incumplimiento, sino el "mal actuar" del incumplidor, pidiendo se cumplan sus prestaciones a que tiene derecho, no obstante no tener satisfechas éstas últimas en favor de su contraparte a quien pide se ejecute. Encontramos en esta doctrina a la rescisión o resolución como castigo a la mala fé del incumplidor, que como se dijo, no cumple y demanda de su otra parte, la prestación que le debe éste, a sabiendas de que no tiene derecho. El antiguo Francés, que era prácticamente consuetudinario, nos habla de un pacto comisorio como resolución a los contratos; este pacto cuando no era convenido entre las partes contratantes, se sobreentendía en el convenio, es decir, era -

aceptado tácitamente; "y el vendedor podía demandar la resolución de un contrato de venta por causa de falta de pago", (sin necesidad de ex presar dicho enunciado en el contrato), y al ser éste pacto acogido -- por la jurisprudencia de ese entonces en los países de Europa fué entendido a los demás contratos sinalagnáticos, porque sólo era éste --- "pacto comisorio", por excelencia, aplicado a las compraventas. (11)

Es precisamente la "Lex Comissoria", la que el Derecho -- Francés, acoge también en su Código Civil, porque aún, como se establece en el artículo 1184, dicen Planiol y Ripert que cuando no se pacta la condición resolutoria expresamente, y hay incumplimiento se entiende tácitamente puesta para resolver el contrato además de que agregan, es todavía más eficaz la que se pacta fehientemente, porque tiene la ventaja de que de aplicarse, los Tribunales conocen de las obligaciones no cumplidas, dando plazos para su cumplimiento. (12)

Según nuestra apreciación, todos los contratos sinalagnáticos son los que en realidad hay que proteger con la rescisión, mas en la antigua Roma, pese a la figura magistral de la "Lex Comissoria", para las ventas, la parte afectada en otro tipo de contrato innominado -- no tenía esa acción antes mencionada, más bien contaba con la acción -- restitutoria o llamada "condictio causa data causa non secuta", por -- lo que es criticada por los tratadistas dicha situación, afirmando nosotros también, que la resolución o rescisión, en su caso no existían para todos los contratos, careciendo estos de amparo jurídico, convirtiéndose en simples pactos protegidos por acciones sancionadoras al -- enriquecimiento del infractor del "pacto".

Observamos que definitivamente la figura de la "Lex Comissoria", influyó en el Derecho contractual Francés, y directamente en su -- figura de la "condición resolutoria, llegando a ser entendida en Francia a todos los tipos de contratos sinalagnáticos como ya se mencionó -- antes. Pero fué el Derecho Canónico el que no estuvo de acuerdo con la

(11) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Edic. Ba. Porrúa. México, 1982, p. 476.

(12) Planiol, M. y Ripert, G. Ob. cit. p.p. 594 y 595

"condictio" romana, porque como se dijo, no obstante de que se creyó - que el incumplimiento de los contratos dependía de la buena fé y seriedad moral de los contratantes para conocer sus obligaciones y cumplir, se necesitó instituir el derecho de resolución y pedirlo ante autoridad judicial.

En el Derecho Español antiguo, ya con el Código de las siete partidas de Alfonso X, que trata sobre contratos, se recogió también el modelo de las mencionadas soluciones romanas, tanto para la compraventa, como para los contratos innominados. El que vendía una cosa, y su comprador no le pagaba el precio total o parcial, podía elegir el vendedor en quedarse con la "señal", o parte del precio si fué hecho un pago parcial por el comprador, pero siempre que la señal, no fuera mayor a la mitad del precio pactado. Y cuando fuera total el precio no pagado se exigía el pago total también, y la validéz de la venta. Aunado a ésto, si se recibían frutos por parte del comprador de la cosa, éste tenía que integrarlos al vendedor a menos de que el último hubiese dispuesto ya de la "señal" o parte del precio que se pagó a su favor. (13)

Pensamos que en realidad, el desarrollo histórico de la rescisión, ha tenido su origen en Roma, en donde se propusieron ciertas bases o soluciones a los contratos incumplidos, no satisfactorios para lo que hoy en día opinaría el Derecho Moderno, sin embargo, es indiscutible que el modelo de la "Lex Comissoria", fué el punto de partida del Derecho de resolución, dentro de la teoría de los contratos civiles, aún los de otra materia. Como se ha visto, Sánchez Medal, ha afirmado que el origen de la rescisión en el Derecho Romano es problemático, en virtud de que no llega a consolidarse sino hasta los fines de la época del Derecho Justiniano mediante una figura más cercana a la rescisión de los contratos; pero que con las figuras que nos ilustra en su obra, que son las llamadas, "actio praescriptis verbis", "condictio causa data, causa non secuta", y la "condictio expoententia", ya se vislumbra una cierta condición resolutoria desarrollada en el Derecho, retomada por los canonistas de la Edad Media, llevándola hasta --

(13) Sánchez Medal Urquiza, José Ramón. La Rescisión de los contratos por Incumplimiento. Ed. Porrúa. México, 1979, p.p. 11 y 12.

un magnífico criterio de poner el asunto del incumplimiento de obligaciones ante un Tribunal, que en ese entonces era de carácter eclesiástico, pero que ya lleva la buena idea, de que no sólo fuese necesario que quien sufrió el incumplimiento de su contraparte en el contrato, - diera como se establecía, "ipso iure", por rescindido tal, sino llevarlo a la decisión judicial a fin de que fuera declarado el incumplimiento culpable, y el responsable de restituir la cosa, si le hubiese sido transmitida, debía resarcir daños causados al que reclama la rescisión. Criterio mismo que fué llevado a las Cortes de Francia, en los siglos XVII y XVIII, con una doctrina autorizada, de la que nos dice nuestro autor Sánchez Meda, que sus principales exponentes como lo fueron Dumoulin, Domat y Pothier, aceptaron que no bastaba que la resolución del contrato fuera pactada en forma expresa, sino que era necesario demandarla ante el Juez, quien en esos casos la declaraba sin más trámite: y con mayor razón aquella que no era pactada, sería resuelta por el tribuno, examinado éste entonces el tipo de obligación no cumplida, su incumplimiento mismo, y otorgando plazo para el contra-tante-deudor incumplido, a fin de que fuera satisfecha dicha obligación. (14)

Vemos inclusive, que el Derecho Español, como se vió, adopta esta figura en origen ("Lex Commissoria"), desarrollándola desde - - aquel Código Civil de 1851, ya como una condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales.

En suma, todos estos antecedentes fueron aprovechados y - cristalizados por el Código Civil de Napoleón, modelo de los Códigos-Civiles de muchos países y de nuestra legislación, con sus variantes en cuanto a redacciones, que podemos ver en lo referente a la resolución de contratos en el artículo 1949 del Código Civil vigente.

(14) Sánchez Meda Urquiza, J.R. Ob. cit. p.p. 13 y 14

III. LA RESCISIÓN COMO CONSECUENCIA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO

Apunta Valencia Zea, : "Un contrato puede resolverse, es decir, deshacerse y suponerse que no existió, en los siguientes casos: -- 1) Cuando los mismos contratantes de mutuo acuerdo renuncian al contrato, caso en el cual tenemos la resolución convencional; 2) Cuando la -- Ley acuerda la resolución del contrato por causas posteriores a su formación". (15)

De la expresión anterior del autor, tengamos presente primordialmente al término contrato, que para efectos de ligarlo a lo pretendido en éste inciso en estudio, se dice también que el contrato "es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones". Es considerado como "primera fuente especial creadora de obligaciones en su especie derecho de crédito o derecho personal". - (16)

El Derecho Privado, rama en la que se encuadra a nuestro Derecho Civil, y en el cual a su vez tenemos una figura jurídica eje de toda relación entre los entes de Derecho, que es el contrato, en -- torno al cual gira toda vida económica, administrativa, laboral, entre otros y como en la definición anterior vemos, crea o transfiere derechos y obligaciones, implica que éstos últimos son los efectos más --- próximos de dicho contrato.

Es definitivo que el contrato es una consecuencia de Derecho Privado mediante dos condiciones a nuestro juicio:

- Que el contrato sea celebrado por particulares, sujetos de Derecho Privado, o aún siendo un ente público, acepte éste expresamente para efectos del contrato, el carácter de privado.

(15) Valencia Zea, Arturo, Derecho Civil. (De las Obligaciones) T.III Ed. Temis. Bogotá, 1960. p. 155

(16) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 180

- Que la intención preferente de sus signantes sea, inmediatamente producir consecuencias de Derecho Privado también, y correlativamente los efectos sean del mismo carácter.

Las partes han pactado en las cláusulas del contrato, ciertas obligaciones de carácter civil, cuya observancia puede ser de orden público, pero que en estricto sentido no son generadoras de efectos de Derecho Público, y mantienen su causa en el Derecho Privado precisamente.

De tal virtud, que el contrato al producir derechos y obligaciones, éstas últimas figuras, aparecen como una nueva consecuencia de Derecho Privado a su vez, que a las partes les incumbe estipular su cumplimiento y satisfacción en aquellos extremos convenidos, sin menoscabo de tomar en cuenta las disposiciones legales que son irrenunciables, ya que aún cuando pacten en contrario a la Ley, será nula dicha convención contradictoria.

Habla el maestro De Pina acertadamente sobre las vicisitudes de la relación contractual, afirmando que se denominan así (vicisitudes), "a las circunstancias o eventos susceptibles de influir sobre la suerte de ella" (relación contractual), y estas vicisitudes son de dos clases, las que son susceptibles de acarrear nulidad y anulabilidad. Por invalidez, ó razones coetáneas de nacimiento del contrato; ó las que traen ineficacia y rescindibilidad, por no ser apto de producir efectos el contrato, aún siendo válidamente creado. (17)

Creemos que es acertada la forma en que se explican los efectos defectuosos que puede tener un contrato, y ellos son consecuencia jurídica del mismo. Así que, si tomamos en consideración a la ineficacia y rescindibilidad del contrato cuando sobrevienen sus causas (El incumplimiento), éstas causas también son consecuencias jurídicas de dicha relación contractual.

(17) Pina Vara, Rafael De. Elementos de Derecho Civil Mexicano. (Obligaciones Civiles, contratos en general). Edic. 3a. Vol. 3o. Ed. Porrúa. México, 1973. p. 381

La base para afirmar que la rescindibilidad ya presente, es consecuencia del contrato, está implícita en el mismo, ya que el derecho de resolución (rescisión), como las demás cláusulas en el acuerdo de voluntades, es pactado ya por disposición misma de las partes, ya -- porque la Ley lo prevé y aunque no sea acordado expresamente. Sólo que la resolución no es estrictamente, algo convenido en el contrato que implique una obligación ó derecho que las partes inicialmente al celebrar quieren que se produzca, ni siquiera desean que llegara a producirse, -- sino lo que pretenden es llevar a cabo el cumplimiento exitoso de las -- obligaciones que dan naturaleza al tipo de contrato de que se trate --- (arrendamiento, comodato, compra-venta etc.) Pero entonces acertadamente se ha dicho, la resolución podrá quedar pactada bajo condición, llamada pues "resolutoria", y será una consecuencia jurídica del contrato, cuando éste presente incumplimiento; hará presencia también su especie (la rescisión), que sigue la suerte de su género.

De lo anterior, podemos desprender y concluir lo pretendido, que la rescisión es consecuencia jurídica de Derecho Privado por varias razones:

- Porque la relación jurídica o acuerdo de dos o más voluntades que crean o transfieren derechos y obligaciones, llamada contrato, -- es de origen, observancia y sanción de Derecho Privado.

- Que por ende, dicho contrato es consecuencia jurídica de Derecho Privado.

- Porque los efectos de las obligaciones pactadas son consecuencias también del contrato, como consecuencia de Derecho Privado.

- Porque la rescisión es consecuencia también del contrato, que a su vez lo es de Derecho Privado.

- Y es entonces, que si bien, no es una consecuencia jurídica

ca inmediata y directa la rescisión, de Derecho Privado, si lo es en cuanto se celebra un contrato, "existe" o "nace" el mismo, y es propio a ser resuelto o rescindible.

- La problemática estriba precisamente en este último punto en cuanto a la posibilidad directa o indirecta, mediata o inmediata de que la rescisión sea una consecuencia jurídica de Derecho Privado. Proponiendo a la vez, una solución basada simplemente en la figura por excelencia propia de Derecho Privado, como lo es el contrato, que al ser contemplado en el campo de Derecho Civil no admite confusión de -- ser puramente consecuencia de Derecho Privado, y que a su vez, sus --- efectos y consecuencias inherentes al mismo también lo serán, como en forma indirecta y no inmediata quizás será la rescisión.

IV.- LA RESCISIÓN, DERECHO DE LA VÍCTIMA DE UN HECHO ILÍCITO DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, SEGUN LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 1949 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

Se ha visto que la rescisión es un derecho que tienen las partes contratantes, y que no puede ser ejercitado en cualquier momento, ó por cualquiera de las partes, es decir, la rescisión o el derecho de resolución, es utilizado en el momento en que existe una transgresión a las obligaciones pactadas en el contrato, o dicho de modo propio, por un incumplimiento culpable a las mismas; y así también, -- utilizado por quien resulta ser víctima, y en contra del culpable.

Es por ello, que tanto el momento, como la calidad del sujeto en un contrato, son elementos importantes para que la rescisión se pueda percibir como derecho. Aunado a éstos requisitos, también es indispensable el elemento "Hecho ilícito", cuyo significado jurídico es propicio a ser interpretado en otras materias del derecho, pero -- por su estado conceptual dentro del Derecho Civil, se asocia con todo lo relacionado a las obligaciones civiles, y a su incumplimiento.

Hecha la advertencia anterior, lo más viable a nuestro parecer, es partir de un fundamento legal, para precisar y afirmar sin dudas, que la rescisión es un derecho de la víctima de un hecho ilícito, que es derivado del incumplimiento de una obligación. Y es el artículo 1949 de nuestro Código Civil vigente el que dispone interpretativamente lo anterior, que a la letra dice:

"Artículo 1949.- "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento

to de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá decir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".

El primer problema a plantear al respecto, es presentar a la rescisión como un derecho, situación que no es, como se apuntó, recomendable ya discutir, pero sí su estado hipotético, y potencialidad que tienen en el contrato para aparecer en un momento dado. La solución no es muy difícil, porque habremos de atender a lo que nuestros signantes acuerden en el contrato mismo, y a la Ley.

Dice Gutiérrez y González, que existen dos formas de manifestarse el pacto comisorio, mismo en el que se estipula precisamente, para éste autor, el derecho de resolución, y esas formas son: El pacto tácito, y el pacto expreso. Desde luego no se olvide que ésta figura es del antiguo Derecho Romano, y que más contemporánea la podemos manejar como condición resolutoria, en cuyos extremos puede ser pactable la rescisión de los contratos. (18)

Nos sirve de base para lo que pretendemos, ya que, tomando en consideración que el pacto comisorio tácito (que después manejaremos ya como rescisión tácita), "es aquel que se entiende implícitamente en el contrato por no pactarse, y por suplicia que hace la propia Ley".

Aún así, "también se le conoce como cláusula natural, y es el derecho ó facultad de una de las partes que resulte afectada por incumplimiento, para resolver el contrato" (19)

Razonamos que en este caso, el derecho de resolución que tiene la víctima de referencia, al no ser convenido por las partes, lo otorga la ley, es entonces que existe hipotéticamente desde que se celebra un contrato, porque cuando ocurre éste, por una ficción jurídica, la ley supone el sometimiento de las partes al artículo 1949 --

(18) Gutiérrez y González, E. Ob. cit.p.532

(19) Ibid. p. 532

del Código Civil vigente, y la potencialidad del derecho de resolución quedará al azar y en la incertidumbre, que son propios de una condición resolutoria.

El aspecto hipotético del derecho de resolución propone un plano de igualdad entre las partes contratantes, es decir, que cuando celebran el contrato, es tan hipotético en favor de uno, como del otro, apoyado éste, en la incertidumbre de saber si habrá incumplimiento, ó no, y en su caso, quien de las dos partes será el incumplidor y quien la víctima, en cuyo favor se inclinará el derecho en cita.

El pacto comisorio expreso (que después se tratará como rescisión expresa), es el que se plasma expresamente en el contrato y que ha diferencia del otro, opera "ipso jure", (pleno derecho), sería también pactar la condición resolutoria expresa. Las partes han acordado la hipótesis del derecho de resolución, sin necesidad de que la acción jurídica se piense, existe el pleno conocimiento contractual de dicha hipótesis, y la ley pasa a ser refuerzo, para que, llegado el derecho de que se habla, sólo se sancione con su operación, por -- pleno derecho, lo que nos indica Don Ernesto Gutiérrez y González.(20)

Sería absurdo en nuestro sistema de Derecho Mexicano, suponer que como si se pactó expresamente el derecho de resolución, éste pudiera en la compra-venta, por ejemplo, tenerse como facultad exclusiva del vendedor, utilizando la cáduca "Lex Comissoria", (o Pacto Comisorio Romano), que ofrecía un plano por demás de desigualdad entre las partes, a diferencia del pacto comisorio tácito; posición -- que no aceptamos, ya que el derecho de rescisión es bilateral en el contrato; la misma ley establece, "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas".

La potencialidad de la rescisión como derecho de la víctima, dependerá de la incertidumbre en el cumplimiento de obligaciones, ó de que se cumpla como condición resolutoria. En suma, el derecho de

resolución es hipotético cuando nace el contrato, ya por voluntad de las partes, ya por supletoriedad de la ley en su defecto. De tal suerte, que contemplamos a este derecho según nuestra opinión de la siguiente forma:

- Como un derecho hipotético que tiene la víctima de un hecho ilícito derivado del incumplimiento de un contrato.

- Como un derecho potencial que tiene la misma víctima, en razón de la incertidumbre de una condición resolutoria, a la que está sujeto el ejercicio del derecho de resolución o rescisión del contrato.

Ambas apreciaciones, en un plano de igualdad para las partes, es decir, que puede favorecer a cualquiera, dependiendo de que tan sólo baste de que una sea la víctima, para que la otra se convierta en incumplidor, considerando también por lo mismo, que el derecho de que se habla, es un derecho subjetivo otorgado por la ley.

En otro orden de ideas, el derecho de resolución es planteado por Valencia Zea, como un derecho alternativo, esto en virtud de que la víctima del hecho ilícito pueda optar por ejercitar el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, pero indicando que ambas acciones no a la vez, ya que es en forma alternativa y, una procedería, si la otra no fructifera. (21)

En realidad, este tratadista encierra a dos derechos en uno sólo, es decir, que a la rescisión la nota como derecho alternativo, siempre y cuando sea acompañado por otra figura, lo cual es lógicamente de acuerdo al sentido gramatical de la palabra "alternativa"; sobresale el hecho de que le da el nombre de derecho de resolución, para hablar también de pedir el cumplimiento del contrato.

Al propio tiempo, a la resolución la concibe Valencia Zea,

(21) Valencia Zea, A. Ob. cit. p. 163

como un derecho patrimonial, en virtud de que es un derecho transmisible, sea a los herederos, cesionarios etc., quienes adquieren el mismo, con las mismas facultades que el que lo tenía antes. (22)

No existe duda según nuestra opinión, de que la rescisión o resolución es un derecho, que como se dijo, sus referencias temporales de existencia deben ser tomadas en cuenta para que se pueda concebir como tal.

Tampoco existe duda de que el derecho de resolución, le asiste a quien ha sido el sujeto pasivo en un hecho ilícito civil, -- que tendrá la facultad de rescindir en forma dispositiva el contrato incumplido, pero sólo para pedir que sea declarada judicialmente, -- porque como lo han dicho algunos autores, basta que la víctima notifique a su contraparte incumplidora, de que el acuerdo contractual ya está resuelto, para que opere "ipso jure" la rescisión, ó como -- algunos otros que han opinado, que solamente es indispensable que -- llegue el incumplimiento, y la víctima externe su negativa justificada para cumplir a favor del infractor, para que quede entendido como resuelto o rescindido el contrato.

La ley también confirma el derecho de resolución, y alternativamente consagra el derecho de opción para la misma víctima del incumplimiento; es igualitaria al conceder tal derecho, pero interpone a la vez una exclusión del mismo en cuanto hipotéticamente sea susceptible de ser aplicado, es decir, que cuando "...uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe..." está creando a los sujetos en ésta situación fáctica, al infractor y al perjudicado, y en razón de dicha distinción, la concesión del derecho, ó derechos -- consignados en el artículo 1949 del Código Civil, a favor de quienes la víctima, y sobreentendida la sanción que correlativamente --- traiga aparejada el derecho en contra de quien sea el sujeto que no cumplió el contrato.

(22) Ibid. pp. 163 y 164

Por último, pensamos que dicho artículo invocado es absolutamente la base de nuestro derecho de resolución, y es el fundamento - que quizá en un futuro, de acuerdo a la evolución que el progreso jurídico puedan tener las relaciones contractuales, pueda ser observado -- aún como vigente, porque su esencia histórica es tan sólida y aceptada en la doctrina actual como Derecho positivo, que parece no dar lugar a reformas su contenido.

V.- FORMAS DE RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS (EXPRESA Y TÁCITA)

Vista la conceptualización de lo que es la rescisión civil, llegando a tal punto, a través de saber también lo que es la resolución como género de aquel concepto, analizando brevemente su origen e historia, así como su planeamiento dentro del Derecho Privado, y en la ley, tanto como consecuencia, como Derecho en un contrato bilateral.

Ahora tenemos que tratar el concepto ya conocido en un plano técnico, en donde admite diversas divisiones, emanadas también por virtud de la teoría romana, en su "Lex Commissoria", como forma de resolver contratos y obligaciones.

La rescisión como figura resolutoria de contratos puede, como ya se ha dicho, tener la posibilidad de nacer al propio tiempo -- que el contrato, o por que la ley lo diga en esa misma forma. Así pues, distinguimos por aceptación doctrinal y de acuerdo a una corriente de juristas, dos clases de rescisión en los contratos: La rescisión expresa, y la rescisión tácita.

Es menester hacer cierta advertencia a lo anterior, en el sentido de que a las anteriores divisiones, ó clases de rescisión, también se les conceptualiza como cuando se habla del pacto comisorio en los contratos, es decir, no es más que hablar del pacto de rescisión, y es entonces que se podrá señalar también: Pacto comisorio expreso y tácito; o de igual manera, condición resolutoria expresa y tácita, que a fin de cuentas son formas de resolución o rescisión, por su significado acorde.

Ya lo dice Ernesto Gutiérrez y González, que el pacto comisorio (como rescisión), puede ser de dos clases:

Tácito.- Aquel que "va implícito en todos los contratos bilaterales, pues el artículo 1949, establece que, "La facultad de resol

ver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe", y -- que por ello resulta que éste pacto, es una cláusula natural, pues si no se dice que es excluye, la ley establece supletoriamente a lo que -- pactan las partes. (23)

Destacada la anterior definición del pacto comissorio tácti to, que es una forma de rescisión, la tácita también. Fundada principalmente en la ley mexicana (artículo 1949 Código Civil vigente), encontrando también la clásica figura de la "Lex Comissoría" romana, cuyo convenio, era irrelevante para que surtiera efectos, pero como es -- sabido, no era un verdadero derecho de resolución, lo que por el contrario ocurre con la figura de la rescisión tácita, que propone nuestra ley.

Distinguímos en la forma tácita tres aspectos importantes-- según la definición anterior:

- La ausencia de pacto entre las partes en un contrato de un derecho de resolución (rescisión), lo que precisamente, da la pauta para que se sobreentienda puesta una cláusula rescisoria para el -- caso de un incumplimiento de obligaciones en el convenio. Puede dejar de pactarse una rescisión, pero va implícita en el contrato o consentida tácitamente. Lo anterior nos plantea una cuestión: ¿Puede renunciarse a la resolución o a la rescisión expresamente en un contrato?

En primer lugar, no quiere decir que, no pactar la rescisión, y entenderla como puesta tácitamente, implique correlativamente la renuncia a ello, porque aún hablando de la forma tácita de pactarla, estamos hablando de un pacto en ese sentido, es decir, de que se acepta la rescisión para un momento dado, y no su renuncia.

Pero ciertamente se puede renunciar al derecho de resolu ción o rescisión, siempre que vaya expreso lo anterior. Más encontra mos por ende, la renuncia a un derecho consagrado y otorgado por ley.

Dice al respecto Valencia Zea, jurista español, que el derecho de resolución, así como se pacta, como un derecho de orden privado, puede también excluirse por voluntad misma de las partes. (24)

Para nuestro sistema si bien es cierto, que la resolución también es un derecho de orden privado, como una consecuencia del mismo, su observancia y justicia hacia quien mejor tiene derecho a gozarla, es por disposición del orden público (ley), que al conceder la facultad a las partes, de decir y resolver las obligaciones, también se reserva la misma para interceder en caso de controversia en la interpretación del derecho de resolución, para declararlo en última instancia, en favor de quien tenga la razón.

Es pues, que una renuncia a la rescisión implica que sólo se renuncie al derecho entre las partes, según nuestra opinión, para que opere "ipso jure", (sin necesidad de declaración judicial); y no termina éste derecho para las mismas, para pedir a la autoridad judicial invocando la ley que lo concede, que decida y declare la resolución del contrato. Concluimos en el anterior punto, que la renuncia a la rescisión, sobreentendiéndose legalmente la aceptación tácita de la misma, es decir, (aunque parece contradictorio, pero no), cuando se renuncia a la rescisión, se renuncia únicamente a la posibilidad de que opere o pueda operar "ipso jure", más persiste el derecho de las partes a pedir la declaración judicial del mismo, no sólo por falta de pacto expreso de rescisión, sino por la renuncia. En tal virtud, la renuncia a la rescisión sólo es efectiva y de aplicación para el contrato, cuando las partes quieren que para el caso de incumplimiento en un contrato, los Tribunales competentes declaren la rescisión, más no es efectiva absolutamente dicha renuncia por disposición de ley, por que si así fuera pactada, en términos totalitarios, sería nula la cláusula que conviniera esa clase de rechazamiento. Es por ello, que cuando se acuerde en un contrato la renuncia a la rescisión debe hacerse conforme a derecho, conviniendo correlativamente el sometimiento a los Tribunales competentes cuando específicamente exista posibi-

lidad de resolución o rescisión del contrato.

- La supletoriedad de la ley en el contrato, y por disposición de la misma, ya que claramente concede la facultad a las partes -- contratantes de exigir la rescisión, judicialmente declarada, y ante -- los Tribunales competentes. Este aspecto es importantísimo en la figura de la rescisión tácita, ya que establece de manera contundente, la irrenunciabilidad absoluta al derecho de rescisión, aún por omisión ó falta de pacto, aún también, por renuncia expresa a este derecho, que como vimos, es tan especial como relativo cualquier rechazamiento, porque termina por ser una inaceptación sólo a un tipo de rescisión expresa, en -- lo que a su forma de operar toca.

Y es precisamente, que la característica de tácita, dada a -- la rescisión, en este caso, proviene de una falta de conducta contrac -- tual entre las partes, es decir, quizá obedece a una omisión por un ol -- vido ó por una conveniencia de que no se pacte, que sin embargo, cual -- quiera que sea la causa de dicha omisión, no es castigable ó susceptible de sanción por la teoría de las nulidades del contrato.

- El tercer aspecto de este tipo de rescisión (tácita), es -- la necesidad de la declaratoria que la autoridad judicial haga, no pre -- cisamente porque la figura misma de la rescisión obligue a ello por fal -- ta de claridad en su pretendido, según su concepto ya conocido, para con el contrato y las partes, sino por no haber disposición expresa conveni -- da entre ellas, para resolver el contrato en el caso de un incumplimien -- to por un hecho ilícito; además de que la ley, y sus extremos fácticos, -- otorgan la facultad de "resolver" a la parte que sea la víctima, para pe -- dir el cumplimiento de la obligación transgredida ó la rescisión del con -- trato; lo último que significa acudir ante los Tribunales, para que sea -- declarada la rescisión.

Expresa.- La rescisión expresa, como se define también en el -- criterio del maestro Ernesto Gutiérrez y González, es aquella que las --

partes han plasmado en el contrato, llamándole, como lo ha hecho el -- propio maestro, pacto comisorio expreso, que a diferencia del tácito, es indudable que puede aplicarse inmediatamente que surge un incumplimiento contractual.

No es una cláusula natural, sino algo que las partes quisieron pactar, es quella, que según criterios de juristas, opera "ipso jure" (sin necesidad de declaración judicial), por ser de pleno derecho, crítica que se hace, en virtud de que, tal y como se desprende del propio artículo 1949 del Código Civil vigente, no se menciona como requisito fundamental, que la rescisión sea declarada judicialmente, para que opere de manera legal, y surta todos sus efectos esenciales entre las partes contratantes y entre la relación jurídica que crearon éstas. Sin embargo, de ninguna manera se debe interpretar dicha disposición en el sentido de que excluya el derecho de hacer valer la rescisión ante autoridad jurisdiccional, pese a que tampoco se dice así; pero que como es sabido, se conceden dos acciones en tal artículo 1949; pedir el cumplimiento del contrato por parte de la víctima, ó la rescisión del mismo.

Ante esos criterios, de que la rescisión opera de pleno derecho cuando es expresada en el contrato, como otro pacto, nos dice Gutiérrez y González que inclusive, la jurisprudencia ha permitido, mediante ejecutorias, que la resolución opere "ipso jure", declarando -- que las partes son libres de acordar la condición resolutoria, para el caso de incumplimiento de uno de los contratantes, sin dejar de poner a la ley en una posición de "observadora" ante tal acuerdo expreso, es decir, de cualquier forma, las disposiciones legales sobre la materia, suplirían deficiencias, ó medirían con su sanción, ante la petición de que sea declarada la resolución del contrato, por no existir la debida interpretación al pacto comisorio de marras, pese a que fué contraído por las partes. (25)

A lo anterior, hacemos una aclaración en el entendido de -

que, no obstante de que se acuerde en el contrato, un pacto comisorio, ó pacto de rescisión para el caso de infracción a las obligaciones, pue de haber desacuerdo entre los signantes de la relación contractual cita da, originada tal desaveniencia, por una mala interpretación que le den a dicha cláusula cada una de las partes, lo que impide por ende, que la resolución expresa (aún presumida ésta, como efectiva de pleno derecho), pueda surtir los efectos legales procedentes entre aquellos contratantes, incluso, frente a terceros, es decir, tratamos de exponer en suma, que no basta que la rescisión expresa, surta sus efectos "ipso jure" -- por derecho solamente, sino de hecho y prácticamente entre las partes, -- por que sin menoscabo de operar automáticamente la resolución expresa, -- las mismas partes pueden acudir ante un tribunal, solicitando se declare judicialmente rescindido el contrato y como proceda según la aplicación de la ley, quizá dirimiendo lo anterior, por virtud de un litigio entre las partes contratantes mencionadas.

No queremos afirmar de ninguna forma, la ineffectividad de dicho pacto comisorio expreso, ya que todo lo contrario, es tan efectivo, que bien interpretado y respetado en el contrato por sus signantes, evita controversias judiciales, litigios costosos y actividad jurisdiccional caprichosamente motivada quizá, más aún, porque la ley concede el derecho de dicho pacto, y lo otorga con la garantía, de que si las partes han acordado, que llegada la rescisión de su relación jurídica, ésta opere de pleno derecho y sin la intervención judicial, lo cual se sanciona como procedente y permitido legalmente, sin perjuicio de excusarse la propia ley, para interceder en caso de un desacuerdo contractual, supletoriamente a la decisión de las partes para aceptar que que de firme, ó no quede así, el pacto expreso de rescisión.

Observamos en la figura de la rescisión expresa, llamada - como ha quedado, pacto comisorio expreso, las siguientes características doctrinales:

- Es, entre otras cláusulas, una cláusula resolutoria, con

sistente en un pacto comisorio expreso ó rescisión pactada, en cuyos términos, las partes contratantes acuerdan que para el caso de un incumplimiento de una de ellas, quedará rescindido de pleno derecho el contrato.

- Se fundamenta en el artículo 1949 de nuestro Código Civil vigente, quien lo otorga como derecho.

- Es autorizada aún, por el criterio de la Suprema Corte de Justicia, como válida su concertación ó pacto expreso.

- Opera de pleno derecho, sin necesidad de que intervenga la autoridad judicial, para su declaración, y en tanto las partes estén de acuerdo en que así quede firme el pacto, porque de lo contrario, el desacuerdo significaría la interrupción de la operatividad "ipso jure" de la rescisión y consecuentemente la presencia de un tribunal.

- Tiende a resolver el contrato de manera justa y equitativa, cuando así se pactó al momento de contratar, lo cual implica, que tanto se acuerdan las condiciones y obligaciones del contrato, como - su fin, en el caso de incumplimiento al mismo, y ello debe obrar en el documento contractual.

C A P I T U L O I I

PROCEDENCIA DE LA RESCISIÓN

I. DIFERENTES TIPOS DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema estriba principalmente en encontrar una figura clara de incumplimiento de obligaciones civiles, anteponiendo -- una división que no sea tan compleja, sino más bien entendible. Ya -- que no creemos que éste punto ofrezca mayor dificultad para situarlo -- como inició ó presupuesto de la procedencia de la rescisión.

En efecto, un contrato unilateral no nos genera conflicto cuando existe incumplimiento en el mismo, ya que solamente puede -- presentarse una revocación de las obligaciones contraídas en él, más no un verdadero incumplimiento de obligaciones bilaterales contraídas. Nos incumbe pues, el contrato bilateral, en el que la intención de las partes ha sido pretender una prestación, que no es mas que la única que se han prometido recíprocamente cumplir, sin lidiar en la interpretación del mismo en cuanto a otras obligaciones que no se -- quisieron contratar, (que tuvieron, no obstante ello, la libertad para hacerlo).

Es entonces, que la inexecución de dicho contrato, ha de referirse únicamente a aquellas prestaciones u obligaciones que -- se quisieron cumplir ó ejecutar. Destaca de lo anterior, que cuando se da la inexecución del contrato, se deben conocer también por lógica, las causas que produjeron la misma, entre las cuales puede estar algún tipo de incumplimiento de obligaciones, acompañando o caracterizado éste, de: 1) imputabilidad culpable; o bien, 2) no culpable -- de un incumplidor; ó 3) una imputabilidad pero con excluyentes de -- responsabilidad civil, por algún caso fortuito o de fuerza mayor.

Consideramos enfocar al incumplimiento de obligaciones en dos tipos, de acuerdo a las hipótesis contempladas anteriormente.

El incumplimiento o inexecución de las obligaciones --

por causa imputable al deudor y,

El incumplimiento o inejecución de las obligaciones por circunstancias o eventos extraños, fuera de la voluntad del deudor.

Por su parte razona Jossierand, que conviene más, si de inejecución de contratos se trata, y de estudiar sus causas, comenzar por aquellas que son las ajenas o extrañas a la voluntad del deudor, y señala que éste tipo de incumplimiento mencionado, involucra necesariamente la teoría de los Riesgos, en virtud de que encontramos ahí, a los eventos impredecibles jurídicamente por excelencia como es el caso fortuito y la fuerza mayor, y podríamos afirmar, que son las más identificables cuando se dá una inejecución de un contrato, entendiéndose de este tipo de incumplimiento referido. (1)

Para hablar del primer incumplimiento de obligaciones ya señalado, hemos de atender a la teoría de la responsabilidad contractual, la cual como se sabe, es regidora también del contrato y -- que preferimos exponer primero.

- Incumplimiento del deudor por causas imputables al mismo:

Es evidente que éste tipo de incumplimiento, deriva en forma directa y mejor relacionada a una falta objetiva y subjetiva de responsabilidad contractual, es decir, el deudor no observó ni cumplió las obligaciones preexistentes contraídas con su acreedor, realizando actos u omisiones que son, objetivamente considerables en daños y perjuicios ocasionados a su contraparte, y, subjetivamente imputables a él. Y es que, como lo apunta Sánchez Meda!, de que en realidad hay -- que atender a un criterio de valoración objetiva, cuando se determine la trascendencia del incumplimiento, para efectos, a su vez, de legitimar un derecho de resolución en favor del acreedor, ya que el criterio subjetivo sólo es un elemento de competencia del Juez, para la determinación de la importancia de tal incumplimiento. (2)

(1) Jossierand, Louis, Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones. T.II. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa. América, Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires, 1950 p. 253

(2) Sánchez Meda!, Urquiza, José Ramón. La Resolución de los Contratos por Incumplimiento. Ed. Porrúa. México, 1979. p. 110

Es aceptable la postura anterior, por cuanto hace a que el incumplidor, necesariamente debe externar su conducta infractora - al contrato, para poderse valorizar el incumplimiento y llevar a cabo el ejercicio de la resolución, ésto es, que también importa que dicho contrato sea susceptible de ejecutarse ó de cumplirse en sus términos principales y accesorios, y no se ejecute por alguna de las siguientes causas que imputen precisamente al infractor:

CULPA: Atendiendo a la misma teoría seguida, la culpa - debe ser contractual, es decir, que la inejecución del contrato sobreviene por culpa de quien no cumplió, o dicho de otro modo, por el incumplimiento culpable de quien debió ejecutar el contrato y no lo hizo.

Se presume pues, la culpa del deudor, cuando no demuestre éste, alguna causa extraña que lo libere de ser culpable.

Se distinguen dos tipos de culpa: la culpa dolosa y la culpa no dolosa. La primera es aquella en la que se actúa con negligencia intencional para causar un perjuicio. En cambio, en la segunda (culpa no dolosa), no hay intención para dañar al contratante, ni a ninguna otra persona, de tal suerte, que cualquier culpa del deudor, dentro de su incumplimiento, es algo subjetivo para analizar, más lo causado materialmente, y que es un daño a su otra parte, es necesario valorizarlo inmediatamente que se dejó de cumplir la relación contractual. Opinamos en lo anterior, que la culpa podría servir como base para reclamar daños y perjuicios al infractor, claro ésta, siempre que fuera declarada judicialmente esa culpa, mas la rescisión puede operar llegado un incumplimiento, independientemente de saber anticipadamente si hay, o no hay culpa en éste último, más aún cuando la resolución opera "ipso jure".

MORA: En realidad éste elemento dado dentro del incumplimiento del contrato, es de vital importancia, ya que en muchas ocasiones, de ello dependerá que se consume una infracción al acuerdo contractual, y por ende, que la víctima pueda dar por operada la resolución.

lución; y es la mora considerada como el retardo en el cumplimiento de las obligaciones, de lo cual destaca analizar, que el término "retardo", es el que nos indica precisamente la existencia de la situación morosa, es decir, debe tomarse en cuenta por lo mismo, y saberse, si el contrato, o la obligación en éste impuesta, es de plazo cierto, o no lo es. En el primer caso, se considerará retardo en el cumplimiento de las obligaciones cuando venza el plazo para el deudor o para el obligado para cumplir, y no haciéndolo estará constituido en mora. En un segundo caso habrá mora, después de la interpelación que haga la víctima del incumplimiento a su deudor retardado, - ya por los medios judiciales, ya por los demás propuestos por la Ley para tal efecto.

De los dos anteriores casos, consideramos asimilarlos, a su vez también, como otros tipos de incumplimiento imputables a un deudor de una obligación, es decir, además de hablar de un incumplimiento imputable por culpa de éste último, se puede hablar también de un incumplimiento imputable por mora del incumplido.

Tanto la culpa como la mora, tienen mucho que ver en el ejercicio del derecho de resolución, ya que se considera, por ejemplo a la culpa, como un elemento a enjuiciar posteriormente a la decisión de rescisión del contrato incumplido porque, ya primeramente es importante desligar al contratante fiel del deudor incumpliente, porque como se apuntó en algún momento, la rescisión tiende a evitar también que los efectos del incumplimiento de los pactos contractuales sigan su curso o marquen su gravedad cada vez más; y en el momento en que se llevara ante el conocimiento de la autoridad judicial, ya sea la culpabilidad del infractor o la Mora en que se constituyó, se resolverá si es también accesoriamente responsable, o no lo es, de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento; y si no lo es, no habrá tal responsabilidad si la culpa o la Mora fueron fortuitas.

Inejecución o incumplimiento del deudor, por circunstancias o eventos extraños fuera de su voluntad:

Como se dijo en su momento, se atiende en ésta clase de incumplimiento, a los riesgos, que para el deudor significa una forma benéfica de liberarse de la responsabilidad en el contrato, siempre - que sea probada la causa extraña o evento fortuito que precisamente - haga imposible el cumplimiento de alguna obligación.

Habla Josserand acerca del problema planteado a ésta -- causa en estudio, y dice que es "una forma de extinguir obligaciones", señalándonos como excepción máxima a ésta situación, el principio: -- "Nadie está obligado a lo imposible". Es el mismo autor citado el que dice: que las obligaciones quedan extinguidas por no haber medios humanamente posibles para ejecutar el contrato; se dice, humanamente, - porque tanto la fuerza mayor, como el caso fortuito desvanecen toda - capacidad humana para actuar y realizar una actividad. (3)

También cabe apuntar, que las causas ajenas a la voluntad del deudor para cumplir una obligación, se pueden presentar en el contrato bilateral, como excepción o excluyente de responsabilidad -- para ambas partes contratantes, es decir, llegada la causa extraña, - también un acreedor, que a su vez tuviera calidad de deudor de una -- contraprestación a su cargo, quedará liberado de ésta, si dicho acontecimiento fortuito afectara también en el cumplimiento de sus obligaciones contraídas. Asimismo, un deudor en principio, y acreedor de su contraparte a su vez, si le afectara la circunstancia extraña en la - ejecución a su cargo, también se libera.

El problema o cuestión está, como lo apunta el propio - Josserand, en saber, "¿cuándo hay concurrencia de afectación para --- ambas partes, para cumplir el contrato y, ¿quién soportará el incumplimiento sin ser resarcido, y quién hará el resarcimiento?". (4)

(3) Josserand, L. Ob. Cit. P. 254.

(4) *Ibid.* P. 257

En la solución a la anterior pregunta se reproduce un criterio ya expuesto anteriormente, las partes en un momento dado, -- pueden exigirse las prestaciones únicas a que se obligaron, y cuando aquellas no puedan cumplirse por fuerza mayor o caso fortuito, es de concluir que no se puede llevar a cabo su ejecución; y como son causas ajenas a la voluntad, tampoco se puede responder de los daños y perjuicios, ya que tales, los ocasionó el evento extraño, y no el deudor, o cualquiera de las partes que se vea imposibilitado a cumplir. Entrándose por ejemplo, de cuando el acreedor a puesto a disposición de su deudor una cosa cierta, es a riesgo del primero, la pérdida o menoscabo de dicha cosa por caso fortuito o causa de fuerza mayor, -- que impida a un deudor cumplir su obligación, máxime, si éste último, tiene para con su acreedor una doble obligación, la consistente en -- cuidar de la cosa dada a su disposición, para realizar a su vez, otra prestación diferente, y que depende de la primera obligación, es decir, quedará liberado dicho deudor, tanto de la restitución del objeto en esencia, como de la realización de la prestación que con este -- tenga que ejecutar a su vez, siempre que se pruebe la causa extraña a la voluntad del deudor.

Existe también, la posibilidad de que en una compraventa el acreedor de la entrega de una cosa, quede obligado para con su deudor (correlativamente acreedor), en un caso fortuito o de fuerza mayor en donde dicha cosa se pierda, ya que dicho deudor se libera, -- pero el acreedor queda obligado a pagar el precio, cuando el contrato ya haya sido apreciado como perfeccionado en términos de ley; es evidente, que existan múltiples variantes jurídicas a las anteriores -- ilustraciones, que tienen también soluciones distintas, aspectos que son materia de otro estudio por separado.

Como se aprecia, se deducen las dos causas imperantes -- en el tipo de incumplimiento que acabamos de tratar, que son el caso fortuito y la fuerza mayor, y sus características primordiales de -- ambas, son: LA IMPREVISIBILIDAD de su existencia o llegada, su GENERALIDAD, su ABSOLUTEZ y su DEFINITIVIDAD. En la primera característica,

encontramos la duda consistente en saber lo que sucede cuando es previsible la causa y no se evita. Y es que debe de ser inevitable la llegada de la causa extraña, por voluntad y fuerza del hombre, aún cuando se pueda llegar solo a predecirla o preverla. Encontramos también, que ha de ser imposible de evitar (la fuerza mayor o el caso fortuito) por todo el mundo en la misma situación en que se encuentra el deudor afectado. Y deben ser las causas imperantes en el incumplimiento en estudio, absoluta y definitivamente dificultosa para que el deudor pueda cumplir; no debe de quedar solo en que esas causas, originen un simple retardo en la ejecución, sino una imposibilidad total y rotunda para llevar a cabo las obligaciones del contrato. Es pues, y a manera de diferenciar el caso fortuito de la fuerza mayor, necesario definir las en una forma sencilla. "El caso fortuito es un acontecimiento de la naturaleza, y la fuerza mayor, es el hecho del hombre". (5)

Estas definiciones, que a nuestra opinión, generan una sola, las propone el Maestro Borja Soriano, quien al propio tiempo, nos advierte que no existe caso o interés en plantear diferenciación alguna entre ambas figuras, por razón de que ocasionan los mismos -- efectos jurídicos y materiales.

En suma, el caso fortuito y la fuerza mayor, puedan -- asimilarse como sinónimos, para el entendido estricto, de considerar que tienen los mismos efectos jurídicos, y que un incumplimiento de obligaciones o la inejecución de un contrato, ocurrieron por algún caso fortuito o causa de fuerza mayor, que no se pudieron prever, ó que previstos, no fue posible evitarlos. En tal orden de ideas, se prueba la inimputabilidad del deudor, y la impotencia de su voluntad ante la causa extraña, y así también el riesgo que se encuentra en este tipo de incumplimiento, el cual siempre, por regla general, lo corre el propio deudor, pero siempre que la prestación no se haya -- efectuado, porque de haberse hecho, el acreedor conlleva tal riesgo, desde luego, tratándose de contratos sinalagmáticos.

(5) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Edic. 8a. Ed. Porrúa, México, 1982. p.p. 471 y 472

Hay otra clasificación de incumplimientos de obligaciones que nos menciona el autor Sánchez Medal, y habla precisamente de un incumplimiento total y de un incumplimiento parcial. En el primero dice el jurista en cita, que se justifica plenamente la resolución, - por no haber dificultad, atento a que el deudor e incumplido, no ejecutó absolutamente ninguna parte o porción de la obligación contraída. En el segundo tipo de incumplimiento, ha de haber posibilidad de que - las partes hayan pactado el cumplimiento en tracto sucesivo de sus -- obligaciones, y su incumplimiento de éstas, sea parcial, y si sólo se incumple una parte, y la otra parte si se lleva a cabo, más cuando -- todas las obligaciones son inejecutadas, hay incumplimiento total --- (ejemplo típico del contrato de cumplimiento tracto sucesivo es el -- arrendamiento); aduce además, a un cumplimiento defectuoso, asignando le las mismas reglas que al incumplimiento parcial le asisten, sin -- embargo, es un incumplimiento del contratante, porque no observó responsablemente las condiciones del contrato, aunque a veces se haga -- pasar a éste último como cumplido, más no lo es así, por que se trata sólo de un contrato cumplido defectuosamente, más no como se debería de cumplir normalmente (6).

Se concluye, que tanto el incumplimiento imputable al - infractor, como el no imputable a éste por causas ajenas a su volun-- tad, genera el derecho de resolución o de rescisión. Y es porque en el primer incumplimiento, las causas imputables al incumplidor hacen imposible la ejecución del contrato, aún cuando su contraparte tenga la intención de llevar a buen término la relación contractual.

Y en el segundo incumplimiento, también hace obstaculi-- zante, en forma trágica a veces, el cumplimiento del contrato, ya -- por desaparición de la cosa que fuere la clave de dicho cumplimiento u objeto del mismo, ya por el deterioro de la misma, que imposibilitan a las partes a proseguir su pacto contractual, y por ende, un -- contrato queda rescindido de pleno derecho, por un caso fortuito o - por fuerza mayor, SIN OPORTUNIDAD A Oponerse a que esto último ocu-- rra, POR NINGUNA DE LAS PARTES, salvo recurso legalmente válido, pa-- ra demostrar que aún puede exigirse el cumplimiento, o pueda conti-- nuar el contrato, para llegarse a cumplir.

II.- LA ACCION RESCISORIA SEGUN EL ARTICULO 1949 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

El término "acción", ofrece un aspecto dinámico de la figura de la rescisión, es decir, un aspecto "dispositivo" de quien ejercita el derecho de resolución, un acto, quizás procesal para hacerlo valer. Y es precisamente, en criterio nuestro, que la acción rescisoria "es el ejercicio material del derecho de resolución, lleva do a cabo ante una autoridad judicial".

Hemos visto que la rescisión puede operar de plano - -- (ipso jure), sin embargo, en la posibilidad que se sostuvo, de que no fuera así, sería el juzgador quien declarararía resuelto el contrato, y siempre a petición de parte interesada.

Implica pues una acción lo anterior, que debe ejercitar quien se ostente como perjudicado o lesionado en el contrato, o quien sus derechos represente en su caso. El ejercicio de la acción rescisoria puede deberse a dos circunstancias: 1).- A que por virtud del incumplimiento de un contrato, las partes no pactaron una cláusula rescisoria, y, llegado tal evento, no entran en acuerdo exitoso, para resolver el contrato y evitar llegar ante un Tribunal. Ello implica, que la víctima del incumplimiento es quien más interesada pueda estar en acudir ante un juez a pedir la rescisión y resolución, por no tener otro recurso legal para obtener la reparación del daño, y por su parte, el incumplidor, aún en tal carácter, pueda no estar de acuerdo en la forma en que pretenda resolver el contrato su víctima, y prefiere que un tercero decida los efectos jurídicos procedentes - que ha de tener el contrato al rescindirse judicialmente; 2).- Puede deberse también a que aún pactada una cláusula rescisoria, para el caso de incumplimiento, no haya entendimiento y conciliación entre las partes, en la forma en que deberá aplicarse dicha cláusula para rescindir el contrato (aunque esta rescisión pactada deba de operar de pleno derecho) y por esa mala concordancia, cualquiera de los contratantes acude a solicitar la rescisión, JUDICIALMENTE DECLARADA, a

fin de que el contrato quede resuelto y las consecuencias que se generaran de esa rescisión, puedan ser ejecutadas coercitivamente, es decir, si la autoridad judicial declara rescindido el acuerdo contractual, declara también, cual de las partes contratantes es el incumplidor, condenándolo, no a cumplir, sino a dejar las cosas como estaban antes de la contratación (restitución) en favor de la víctima, - ya sea ordenando la devolución de objetos o prestaciones (vía restitutoria), a las que legalmente no tenga derecho a retenerlos, en virtud de que el contrato ha quedado extinguido por rescisión declarada, y asimismo, se le podrá condenar a dicho infractor al pago de los daños y perjuicios ocasionados a la parte que cumplió (o sea, a la víctima).

Castán Tobeñas distingue tres requisitos para que pueda ejercitarse la acción rescisoria: 1) Que el perjudicado no tenga otro recurso legal para obtener la reparación del daño causado por el incumplimiento; 2) Que el perjudicado pueda devolver aquello a -- que por su parte estuviera obligado; 3) Que las cosas objeto del contrato no se hallen en poder de terceras personas, que no hubiesen -- procedido de mala fe.(7)

En los tres requerimientos que hace el autor, hay una marcada lógica, y es en torno al objeto del contrato, que es precisamente el punto de discordia contractual llegado el incumplimiento. - Se plantea también la problemática de la preferencia de un derecho - sobre el objeto, que tienen, o puedan tener las partes, independientemente de quien sea el infractor. Recurrimos para ello, al criterio de la interdependencia de las prestaciones, es decir, que de la satisfacción de una, depende la ejecución de la otra, y por tanto, - - quien caiga primero en incumplimiento, de acuerdo a los lineamientos del contrato, será el incumplidor y no tendrá oportunidad para alegar mejor derecho sobre el objeto de dicho contrato, salvo que hubiere legal procedencia para ello.

(7) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Edic. 6a. T.II, Ed.Reus. Madrid, 1943. p.p. 655-656

En nuestro sistema de derecho, la acción rescisoria, se deriva del artículo 1949 del Código Civil vigente, que en su párrafo relativo que a la letra dice: "...el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de años y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible". De la lectura anterior, se deriva indudablemente una acción, en cada posibilidad que otorga dicho numeral, y aún encontramos, a un derecho de opción para el ejercicio de acciones, tema que se tratará más adelante. Nos interesa sin embargo, la clara acción rescisoria que se desprende de tal ordenamiento legal, y a su vez los daños y perjuicios que se puedan reclamar junto con la rescisión de un contrato. Encontramos en dicho artículo, al sujeto, y a la calidad de éste para que tenga derecho a ejercitar la acción de rescindibilidad, porque sea el perjudicado del incumplimiento de un contrato.

Como sabemos, la acción significa, en términos procesales, la potestad que tiene todo sujeto de derecho, de provocar la actividad jurisdiccional, y es en tales condiciones, como se puede concebir el derecho de resolución ejercitada como acción para que un tribunal intervenga declarando la rescisión de un contrato, cuando un sujeto de derecho inste; y es que debe de utilizarse racionalmente una acción rescisoria, porque es de nuestra opinión el aceptar que la resolución de un contrato debe operar siempre y preferentemente de pleno derecho, sin la intervención judicial, como algunos autores sostienen en forma definitiva.

Ya se vió también, que las dos acciones, la de cumplimiento y la rescisoria, persiguen cada una distintos fines, por lo mismo dice Valencia Zea, que por la naturaleza contradictoria (de ambas acciones), procesalmente hablando, no pueden acumularse como una sola acción, es decir, una es la acción principal y la otra es la subsidiaria de ésta, más no impide, que alternativamente se puedan ejer-

citar ambas. (2)

Equívocadamente a nuestro parecer, Giorgi contempla a la acción rescisoria, confundiéndola con una acción de nulidad. Y es porque define a la primera como: "El medio jurídico concedido al contratante, que se obligó en forma no válida o resultó lesionado por - el contrato, para liberarse de los efectos perjudiciales de la obligación no válida asumida, obteniendo su anulación". (9)

Esta definición se cita, solo para hacer notar la interrelación que guardan la rescisión y la nulidad, que en su calificativo de acciones también pueden ser confundidas, como lo hace el autor antes citado. Sin embargo, solo nos interesaría del concepto anterior, destacar la posición de dicho autor en el sentido de que para él, quien tiene a la acción rescisoria como medio jurídico, es "quien se obligó en forma no válida". Cabe señalar al respecto, que es de sostenida tesis, que la resolución y la rescisión de un contrato, son aplicables y procedentes, en éste último, cuando ha sido celebrado válidamente, porque de lo contrario, siendo inválido dicho pacto, cabría antes que otro medio, el juicio de nulidad (ya como -- acción contemplada), ya que no puede rescindirse lo que jurídicamente es nulo o anulable; más aún, el incumplimiento en un contrato NULO, a pesar de ser visto como incumplido, no es atacable en un principio por su infracción obligacional, sino los atacables son sus defectos de contratación, que lo hace anulable, porque, en cierto contrato no válido, la ejecución de la obligación es contraria a la Ley también, que por lo mismo, es también viciosa y nula, más no susceptible de ser rescindible primero. En suma, tampoco deben concebirse, a la acción rescisoria, con la acción de nulidad, como sinónimos, ya que cada una destruye distintas vicisitudes contractuales.

Se concluye pues, que el artículo 1949, de nuestro Código Civil, enmarca en su primer párrafo al derecho de resolución, co

- (8) Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil de las Obligaciones. T.III Edit. Temis. Bogotá, 1960. p. 163
(9) Giorgi, Jorge. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Edic. 2a. Vol. IX. Ed. Reus. Madrid, 1930. p. 261

mo una figura meramente sustantiva, ésto es, hace en teoría a dicho derecho, como facultativo para las partes en un contrato, a fin de que puedan "resolver" al mismo en caso de incumplimiento de una de ellas, en la interpretación, de que lo pueden dar por rescindido de PLENO DE DERECHO, si así lo han pactado mediante cláusula resolutoria (o pacto - comisorio expreso), sin necesidad de que intervenga en ello la autoridad judicial.

En el segundo párrafo de tal artículo, se consagra el derecho de EJERCITAR la acción rescisoria (ciertamente como parte adjetiva), precisamente para hacer valer al derecho de resolución, para el caso de que sea NECESARIA O SE PREFIERA la intervención judicial, otorgándose la ACCION, como medio dispositivo y procedimental, concediendo además, un tercer derecho en éste apartado en cita, el de OPCION, para escoger, ya sea la ejecución forzosa del contrato o la resolución del mismo.

Se aclara, que desde luego, para el ejercicio de las acciones concedidas por el artículo 1949, disposición que por excelencia regula a la resolución (rescisión) de las obligaciones civiles, - por ende del contrato, debe atenderse, para emprender los enjuiciamientos correspondientes, a las leyes procesales aplicables, lo cual obliga a estudiarlo en forma particular.

III.- APLICACION Y FORMA DE OPERACION DE LA RESOLUCION Y DE LA RESCISION.

Ha sido afirmado, que la resolución es el género y la rescisión la especie; pero sin embargo, algunos autores han trazado -- una línea divisoria radical entre ambas figuras. Es cierto que no son una misma cosa, pero también lo es, que no son en rigor tan autónomas, una de la otra, como se puede deducir erróneamente.

La resolución y la rescisión persiguen sin duda alguna el mismo fin, aniquilar un contrato, y ambas van directamente a atacar a un incumplimiento suscitado en el mismo, ya que para ello son aplicables nada más, y no para otra cosa como equivocadamente juristas, como Giorgi, Valverde y Valverde, han confundido a la rescisión y resolución con la nulidad, última a la que le incumben exclusivamente los elementos contractuales, y sus defectos de esencia y de validéz.

Es necesario por lo anterior, que la resolución y la -- rescisión mantengan una dependencia doctrinal excelente, ya que por lo mismo, se ha hablado en ésta tesis, de sus existencias en el derecho de las obligaciones, de su procedencia, y de sus efectos, haciendo comunes éstos tres aspectos, para ambas figuras, porque en realidad les pertenecen tanto al género como a la especie (género enmarcado legalmente en el artículo 1949 del Código Civil), La Ley también, al mismo tiempo que regula al derecho de resolución, regula ciertamente en forma implícita al derecho de rescisión, haciéndolas suyas también las disposiciones que expresamente otorga a la resolución.

Vemos que por lo que hace a la ley, no hay tanta problemática para poder hablar indistintamente de resolución o de rescisión de contratos, más doctrinalmente sí hay discrepancias aún. Y ésta discrepancia, nos afecta al momento de determinar la forma de aplicación que tienen las figuras cuestionadas, porque la teoría misma de los au-

tores de la materia, no nos dejaría plasmar en definitivo, una cierta aplicabilidad que fuera común para la resolución y para la rescisión, y ésto, a virtud simplemente de lo siguiente:

El mismo Valverde y Valverde, sostiene que la resolución propiamente se dá, o puede existir, cuando los contratantes lo han pactado, o "han dado un consentimiento condicional a que exista". Porque dice que es la condición resolutoria, la que cumplida, hace surgir a -- la resolución del contrato y la caída de éste con todos sus efectos, -- aún cuando haya habido ejecución de las obligaciones. Asimismo, atribuye que la rescisión existe a menester de acción rescisoria y cuando se carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del daño, y es más, toma la aplicación y procedencia de rescisión, del Código Civil Español, que la confunde, al citar los requisitos para que haya tal rescisión (propios de la nulidad). (10)

La complicación consiste en que, de lo anterior se deduce una clara frontera entre la rescisión y la resolución, pero lo favorable es que la condición resolutoria pactada que genera la resolución, según el autor citado, para nosotros, no es más que un pacto de rescisión expreso, que cumplido éste, habrá resolución contractual propiamente, y la rescisión del contrato también será inevitable, cuando opere dicha resolución, ya sea "Ipso Jure" o judicialmente (lo que se verá -- más adelante). Ahora bien, lo enredoso también aparece, cuando, para -- que haya resolución, y rescisión (por ende), sea necesario que se "CUMPLA" la condición resolutoria que las supone, ¿y entonces, en dónde encontramos al incumplimiento? (presupuesto intrínseco de la resolución); la respuesta es que, dicha cláusula expresa de resolución o rescisión pueda prever que llegado cierto incumplimiento contractual, dicho pacto operará, resolviendo y rescindiendo a un contrato; y esto último es el "cumplimiento" de que se habla, y solamente así es posible concebirlo -- (según nuestra postura) como una condición resolutoria que contenga una resolución y una rescisión expresas, porque debe quedar claro, a éstas últimas, les atañe el incumplimiento obligatorio, ya sea parcial, o total, y aún el cumplimiento defectuoso.

(10) Valverde y Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Edic. 3a. T. III. Ed. Cuesta. España. p.p. 274, 280 y 284

Por otro lado, nuestro autor en cita acepta que la rescisión ha de ejercitarse por medio de acción, lo cual es erróneo plantearlo así, en rigor, porque si la resolución puede ser aplicada por "cumplida" una condición resolutoria y por ende, quedará no sólo resuelto el contrato, sino rescindido el mismo, y de pleno derecho (si así se conviene contractualmente), por igual manera, la rescisión misma, no necesariamente será declarada judicialmente (por acción rescisoria), y podrá operar también "ipso jure".

Lo anterior nos lleva a dilucidar que las formas de aplicabilidad de la resolución y de la rescisión, pueden ser propias y comunes entre ambas, esto es, puede aplicarse la resolución, deduciéndola de pacto expreso entre las partes (condición resolutoria o pacto comisorio expreso), lo que se recomienda desde luego, que opere "Ipso Jure", o que, se pida la resolución mediante acción judicial -- (artículo 1949), para que sea declarada por autoridad correspondiente.

De igual forma, la rescisión puede ser aplicada, cuando derive de pacto expreso también (y porqué no, cláusula resolutoria que convenga la rescisión expresa para caso de incumplimiento, que no es mas que una cláusula rescisoria expresa también), que igualmente obliga a las partes a tener y a hacer pasar, que la rescisión deba de operar de pleno derecho, o bien que opere judicialmente.

A mayor abundamiento, las variantes que puedan sufrir las figuras cuestionadas, pueden ser las mismas, y las soluciones -- doctrinarias y las por ley dispuestas, también comunes, ya que, como se dijo, la resolución (genero) y la rescisión (especie), atacan al incumplimiento contractual de una de las partes y son propuestas como un único derecho, EL DERECHO DE RESOLUCIÓN, ya que a fin de cuentas éste, encierra, tanto al género ó resolución, como a la especie (rescisión) en una figura preponderante para aniquilar a un contrato que adolezca de incumplimiento obligacional.

Hecha ésta conciliación (proponiéndola desde luego), y en suma de lo antes dicho, asentamos, que la resolución y la rescisión tienen su aplicabilidad desde el momento que nace el incumplimiento contractual y el propio derecho de resolución, para efecto, de contemplar la forma en que se presente o deba de presentarse tal derecho, es decir, de existir pacto expreso de resolución y rescisión, que aplicado tal (entendido en cláusula), CONLLEVE SIMULTANEAMENTE la forma en que deberá de operar la resolución del contrato; o bien, si no hay convenio expreso de resolución y rescisión, se intentará (si así se quiere entre las partes), acción para pedir las, - interviniendo la autoridad judicial, quien les dará el carácter de "operadas judicialmente".

Han establecido algunos criterios, que la resolución debe operar de pleno derecho, y que de hecho así sucede. Es acertado que si deba de haber rescisión "Ipsa Jure" por recomendación de la doctrina y por autorizarlo la ley, más radicalmente no puede pensarse que así ocurra invariablemente. Cabe señalar, antes que otra cosa, que cuando la resolución y rescisión del contrato operan de pleno derecho significa, que no hay intervención de ninguna autoridad ni tercero en la desaparición de un contrato, y las cosas quedan tan normales entre las partes, como antes de la contratación, - esto es, sólo ellas conocen "confidencialmente" la situación rescisoria de su pacto, porque solo ellas mismas están interpretando éste último al suscitarse un incumplimiento para darle solución jurídica, para que los efectos de dicha rescisión sean apegados a derecho y no contrarios.

Gutiérrez y González, afirma que la resolución del contrato, por incumplimiento opera "Ipsa Jure" únicamente, ya que el actual Código, para dicho autor, no regula una intervención judicial. (11)

(11) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Edic. 5a. Ed. Cajica. Puebla, Pue, México, 1982. p. 533

Si bien es cierto, que la ley no establece como requisito, el de acudir ante la autoridad jurisdiccional, para pedir la rescisión, o mejor dicho, para que pueda proceder ésta, también lo es que no propone tampoco nuestro Código, a una resolución de pleno derecho como única figura en materia de rescindibilidad de los contratos. Es más bien, afortunadamente, interpretativo el artículo --- 1949, en el sentido de que concede el derecho de resolución para los casos de incumplimiento en una forma amplia y apegada a la equidad, es decir, deja la libertad a las partes contratantes para "resolver recíprocamente las obligaciones" contraídas, lo que significa poder destruir un pacto convencionalmente y sin que sea necesaria la declaración judicial de rescisión. De igual forma permite dicho numeral, el ejercicio de acción rescisoria, en vía de resolución del contrato, lo cual implica, desde luego, que pueda haber intervención jurisdiccional, es decir, se descarta que la única posibilidad para rescindir y resolver contratos por incumplimiento, sea de pleno derecho o "Ipsa Jure" (en donde sólo los contratantes tienen el arbitrio, según convenga a sus intereses, para darle la solución al contrato incumplido), y deja confirmada la postura, de que la resolución de un contrato ha de tener dos maneras de operación en nuestro derecho, la que se da de plano y la que es declarada por un juzgador competente.

Valverde y Valverde acepta que la resolución de un contrato puede funcionar de las dos formas antes mencionadas, incluso, en esa misma posición que toma, involucra el hecho de que la propia cláusula resolutoria tiene esas dos maneras también de operar en el contrato, lo que desmiente en cierta forma, su opinión acerca de que dicha convención de resolución, no necesitaba acción procedimental para que pudiese operar como resolución de un contrato. (12)

Es de razonarse, que las ventajas jurídicas de una rescisión y resolución contractuales operando de PLENO DERECHO, son múltiples, conveniente y benéficas para cualquier sistema de impartición de justicia, ya que se evita con ello una importante actividad jurisdiccional, que genera en su ejercicio un gasto público; se evita también el gasto particular de los contratantes en una controver-

sia judicial (a veces caprichosa); se confirma también, en doctrina -- que el contrato en su cumplimiento, su incumplimiento y resolución -- (rescisión) son meramente de derecho privado, y queda entre los particulares contratantes la libertad de darle existencia y aún la desaparición a dicho pacto (apegados a derecho), sin que ningún tercero --- (autoridad) intervenga en todo ello.

Sin embargo, inevitablemente, y cuando jurídicamente no es posible rescindir al contrato de plano (por cualquier motivo), debe interceder el órgano judicial, para declarar el derecho que corresponda a la petición o demanda de resolución, la cual será declarada, por lo mismo JUDICIALMENTE. En la forma judicial de operar la resolución y rescisión, se observa la antítesis de las ventajas que ofrece la resolución "ipso jure", teniendo como única, la posibilidad de que se declare e impere la equidad en el contrato.

IV.- EL DERECHO DE OPCION A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DEL CONTRATO O PEDIR LA RESCISION.

Hechos visto, que por virtud del incumplimiento de obligaciones civiles inherentes a un contrato, la víctima del mismo, puede exigir que dicho pacto contractual, se cumpla forzosamente en aquello que se dejó de ejecutar, ó bien, optar porque quede rescindido -- el citado contrato, ésto, según lo dispuesto en el artículo 1949 de -- nuestro Código Civil vigente, de donde nuevamente volvemos a fundamentarnos para éste punto en estudio, es decir, éste derecho es otorgado por virtud de la ley, y aún, por consecuencia y autorización de la -- misma, entre las partes al celebrar un contrato.

Es necesario repetir lo asentado en nuestro punto IV -- del primer capítulo, en donde hablamos de la rescisión, como un derecho de la víctima del incumplimiento. Y es que en este punto en estudio, sólo agregaremos al derecho de rescisión mencionado, EL PODER -- EXIGIR también, el cumplimiento forzoso del contrato no cumplido, lo cual constituye la formación de un derecho Dual, EL DE OPCION, porque se puede intentar la rescisión, cuando no prospere la ejecución forzada de una obligación.

Tiene el derecho de opción el mismo surgimiento y causalidad como derecho, que el de rescisión solamente; es perteneciente y potestativo también de la parte que resulta ser la víctima de un incumplimiento de su cocontratante.

Sin embargo, debemos precisar lo que son ambas figuras que conforman el derecho de opción. Un razonamiento anticipado podríamos asentar al respecto, en el sentido de que también es posible hablar de resolver ó dar resolución al contrato, en el ejercicio del derecho de opción, pero en "stricto sensu" cuando se ejercita la rescisión únicamente; más cuando se ejercita el cumplimiento forzoso de --

contrato en forma exclusiva, no significa de ninguna forma una resolución contractual.

El derecho de opción tiene una variante importante, - en que, cuando se ejercita la acción rescisoria, independientemente de que prospere ó no ésta, no es recomendable, ni permitido doctrinalmente ejercitar la acción de cumplimiento forzoso del contrato, ó dicho de otra manera, optar por ésta última en forma posterior a la rescisión no es lo correcto; por ello, la opción, en su terreno de aplicabilidad espacial, tiene su momento para hacerla valer, para -- optar entre dos acciones jurídicas como las que se citan, porque elegida una, hace presumir el rechazo de la otra, y en consecuencia, la prosecución de la acción optada hasta sus últimos efectos. Sin embargo, la ley autoriza, que aún, cuando sea infructuosa para el acreedor en un incumplimiento, la acción de cumplimiento forzoso de un -- contrato, se puede pedir ó promover acción rescisoria del mismo.

Encontramos en el derecho de opción, no sólo su existencia ordinaria al momento de la infracción contractual, en favor - de la víctima de ésta última, ejercitándose y escogiéndose la acción que convenga a sus intereses, sino que encontramos también, su existencia extraordinaria cuando ya el perjudicado ha ejercitado el derecho de opción; existencia extraordinaria que ocurre solo a virtud de haberse elegido u optado primeramente por el cumplimiento forzado contra el deudor; repitiendo la opción, ahora para pedir la rescisión del contrato incumplido. Más dicha existencia extraordinaria en cuestión en nuestro derecho de opción, ya no configura propiamente - una nueva elección por parte de la víctima de un contrato, sino es - la única alternativa que queda para dar solución al pacto contractual que se dejó de cumplir, y en lo que cabe a pretender su resolución.

Razonando una primera síntesis anticipada a todo lo - anterior, afirmamos que el Derecho de opción, es dotado por la Ley,

del privilegio, para quien lo ejercita, de repetirlo en una segunda ocasión, pero condicionada dicha réplica, a que primeramente la víctima del incumplimiento haya optado por pedir el cumplimiento forzoso de las obligaciones a cargo del deudor de las mismas, a fin de que se proceda a la acción rescisoria si no prosperó la primera, más no a la inversa, por no autorizarlo la propia ley; quedando claro, desde luego, que le consideramos al privilegio citado en el Derecho de opción, como una última alternativa del afectado del incumplimiento para atacarlo.

Analizando la alternativa de cumplimiento coactivo de un contrato no cumplido, encontramos la naturaleza de su ejercicio en el mismo contrato, esto es, celebrado ésta entre las partes, el derecho lo ampara con su elemento "coercibilidad". Entonces, el pacto contractual tendrá el carácter de coercible en su cumplimiento, por estar ajustado a derecho; pero a veces su acatamiento forzado no siempre es reconocido por las partes, por lo que una autoridad jurisdiccional lo podrá hacer cumplir, cuando se lo pida una de dichas partes que se crea afectada. Habla el maestro Bejarano Sánchez, al referirse al cumplimiento forzoso del contrato, de que la posibilidad de lograr esto, estriba en la misma forma en que el Derecho logra que la norma jurídica se cumpla, es decir, mediante la fuerza, la coacción o la amenaza de ejecutar en esa forma si el caso lo amerita.(13)

Y es que el contrato, es un conjunto de normas jurídicas que las partes han pactado, y el medio eficaz para hacerlas cumplir para ambas entre sí, es el Derecho; y la interpretación de un contrato y su observancia es liberal para dichas partes en tanto se cumpla tal y como se pactó, pero una vez existente un incumplimiento, se piensa en exigir su ejecución, que se torne en forzosa cuando se niega el deudor a cumplir y llega a intervenir una autoridad competente.

(13) Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Ed. Harla. México, 1982. p. 316

Importante también es distinguir, dos aspectos respecto a la primera alternativa del derecho de opción, y es en principio preguntar, si el hablar de ejecución forzosa de un contrato, es hablar en todo cuanto cabe, de que se está usando la fuerza (digamos -- por mandato judicial motivado por una sentencia), para obligar al deudor a realizar una prestación en favor de su acreedor, sea como sea; o bien, hablar de ejecución forzosa de tal contrato, es hablar únicamente de la exigencia extrajudicial de un acreedor a su deudor para que le cumpla. Bejarano Sánchez distingue a ciertos tipos de ejecución del contrato, llamados "en naturaleza y por equivalente" diciendo, que el primero consiste, en que "la ejecución contractual se puede obtener proporcionando al acreedor el objeto mismo de la obligación del deudor", lo cual constituye según opinión propia, del autor en cita, "UN CUMPLIMIENTO FORZADO EN NATURALEZA", siendo éste tipo -- de ejecución, un caso no problemático, ya que, pese a que hubo incumplimiento, éste se subsanó, y se cumplió para con el acreedor respecto de lo que éste pretendía. Pero sucede que en el segundo tipo que nos indica el mencionado jurista (equivalente) la ejecución forzosa -- se logra, haciendo cumplir al deudor, ya no con el objeto mismo de la obligación, sino con su equivalente. (14)

Con las anteriores distinciones podríamos continuar -- con el planteamiento ya asentado, afirmando que es una verdadera ejecución forzada o cumplimiento exigido por medio de la coacción, aquella que se ordena llevarla a cabo por una autoridad judicial, mediante los requisitos constitucionales para el caso de ejercitar un "acto de molestia" (fuerza) contra el deudor que no cumplió el contrato; ya que la vía extrajudicial no es propiamente ejecutar un cumplimiento -- obligacional en forma forzosa, porque como se vió, ello implica una -- "fuerza", que en su caso, se opondría ante la resistencia del ejecutado, y éste último constituiría, si se aplicara la fuerza sin autoridad ni ley competentes, una contravención al artículo 17 Constitucional, que prohíbe a toda persona el "...hacerse justicia por sí misma,

ni ejercer, violencia para reclamar su derecho...". más bien en este caso, se permitiría un requerimiento de cumplimiento a un contrato -- (extrajudicial), hecho pacíficamente al deudor. En suma, un cumplimiento forzoso de un pacto contractual no cumplido, debe de ser exigido en ejercicio del derecho de opción, ante la autoridad judicial, -- a fin de que el carácter de "forzoso" se haga efectivo contra el incumplimiento, sin perjuicio de que antes, "en ejecución del contrato", el acreedor perjudicado pueda instar (sin utilizar la fuerza) a su deudor para que le cumpla, y se evite la actividad jurisdiccional.

Aclarado lo anterior, el maestro Gutierrez y González, distingue, dentro de lo que él llama "la ejecución forzada de la prestación" como un derecho más de la víctima de un hecho ilícito en el contrato, a varias formas de ejecuciones a su vez, como lo son: 1) "El exigir la entrega de la cosa", que es realmente pedir un cumplimiento-forzado para que al deudor le secuestren el objeto, que estaba obligado a entregar, y no lo hizo; 2) "La ejecución forzada de la prestación, ó equivalente a obtener por embargo, y remate", que corrobora, que so lo la autoridad judicial puede mandar ejecutarlos, hasta por medio de la fuerza, ante la resistencia del ejecutado; 3) "El ejercicio de los derechos del autor del hecho ilícito por parte de su víctima"; 4) Y - hasta la ejecución forzosa de dicho contrato, por medio de la acción-pauliana y la acción contra la simulación, que pese a que se involucren con la opción a pedir el cumplimiento forzado de un contrato, como medios para lograrlo, ofrecen un estudio individual y amplio. (15)

Apoyado está en la ley, el criterio de que la primera alternativa forzosa de nuestro Derecho de opción, requiere de los elementos "coacción o fuerza", mandadas y ejercitadas por la autoridad judicial. Y es en principio, que el solo cumplimiento forzado lo autoriza el Código Civil en diversos artículos, como es el caso de los numerales 2027, 2028 y otros.

(15) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p.p. 567 y 568

El carácter de forzoso (del cumplimiento del contrato), en vía de ejecución apremiante, lo contempla el Código de Procedimientos Civiles en vigor, en los artículos 517 fracción I y el 73, -- en los que se encuentran, entre otras facultades de los jueces, como autoridades judiciales, las de hacer cumplir sus resoluciones aplicando las medidas de apremio a las partes, imponiendo multas, permitiendo el auxilio de la fuerza pública, y otros medios coactivos para ejecutar sus fallos.

La segunda alternativa del derecho de opción, que es pedir la rescisión del contrato es la que desarrollamos en ésta tesis, por lo que se entiende por reproducida. Es como lo afirma Borja Soriano, que "el cumplimiento forzoso del contrato, y la rescisión del mismo, persiguen fines distintos, es decir, lo primero implica que el acreedor quede satisfecho con la prestación que obtuvo o hizo ejecutar coactivamente de su deudor, y que era lo que pretendía igualmente, si se hubiese cumplido normalmente el contrato; en la rescisión el acreedor, ha quedado desligado legalmente respecto a su deudor, - de las obligaciones que le incumbían, por virtud del incumplimiento de éste último, y podrá exigir tanto la resolución del contrato como la responsabilidad del deudor para el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento ". (16)

(16) Borja Soriano, M. Ob, cit, p.p. 486 y 487.

V.- LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Ha sido puesta en ésta tesis, la figura de la excepción de contrato no cumplido, por encontrarla como complemento del capítulo presente, en virtud de que a tal figura la consideramos como un obstáculo o posible impedimento para que proceda la rescisión de un contrato, además de relacionarse directamente con el incumplimiento de obligaciones.

Es conocida como la "exceptio non adimpleti contractus", y es aquella que consiste en "el derecho que tiene la víctima de un hecho ilícito, para negarse a cumplir las prestaciones que ella asumió, mientras su contraparte no cumpla las que le corresponden. Es una defensa para no ejecutar el contrato, mientras el otro contratante no lo cumple". (17)

Absolutamente de acuerdo con el señor Licenciado Ernesto Gutiérrez y González, en que la excepción en cuestión, es un derecho más de la víctima de un hecho ilícito de violar un contrato, considerando a éste, como un incumplimiento del mismo, y en que solo se limita tal excepción, a dilatar los resultados de la ejecución del contrato por cuanto hace sólo al mismo; porque no lo hace perecer, ni lo dá por terminado o lo destruye, como la rescisión lo pretende, sino que se opone frente a la exigencia del propio victimario; de tal suerte, que no sólo esperamos, cuando hay incumplimiento, la reacción razonable de la víctima, para reclamar al incumpliente, sino hasta la reacción de éste último, para repetir contra su reclamante que cumplió pidiéndole el cumplimiento del contrato, el cual, es lo más probable que no lo haya cumplido dicho deudor y reclamante también.

En lo último anterior, ciertamente encontramos un conflicto de razón y Derecho entre las partes. Pero su resolución es acorde a la Ley y a la lógica, es decir, el Derecho de oponer la ex-

(17) Gutiérrez y González, E.Ob. cit. pag. 559.

cepción de contrato no cumplido, le asiste legítimamente a quien ha cumplido, o a quien por virtud de un plazo pactado, aún no le corresponde cumplir, en tanto que a él, no le cumplieron en verdad y es notorio y procedente calificar al incumplimiento en contra de su contraparte; también podría pensarse que ambas partes contratantes se consideran víctimas de un incumplimiento, y al exigirse una a la otra, se excepcionan con la misma defensa las dos partes. Solo que, como se propuso, la víctima será una solamente, porque aún en el supuesto de que ambos contratantes tuviesen que cumplirse al mismo tiempo, y no lo hicieran realmente, la "exceptio non adimpleti contractus" le asistirá a quien sea el requerido por su contraparte primero, tomando en cuenta también la forma en que estuviera condicionado el cumplimiento entre ambas partes.

Se decía en un principio, que la excepción de contrato no cumplido puede llegar a ser un obstáculo o impedimento para que opere o proceda la rescisión de un contrato, tomando el criterio, de que ejercitado el derecho de resolución, por parte de quien cree ser la víctima, ante órgano jurisdiccional, y enterada la parte contratante, que se supone, es la incumpliente, ésta última puede defenderse ante una demanda de rescisión de contrato que entabla su contraparte, oponiendo la excepción cuestionada, por considerar el demandado estar cumplido, o haber cumplido por su parte, y a su vez aludir que el reclamante ha sido el verdadero infractor, lo cual como se apuntó puede obstaculizar a que sea declarada la rescisión de un contrato, y por ello se analice primero el incumplimiento que plantea el demandante de su supuesto victimario, obligando después al juzgador a enjuiciar también a la excepción del demandado y supuesto deudor, e incluso a estudiar la ejecución del pacto contractual de ambas partes declarando el derecho que corresponda.

Como impedimento a una rescisión, se presenta la excepción de contrato no cumplido, cuando ésta última ha sido probada por el oponente y declarada también su probanza plena por la autoridad judicial, ya que de haber sido improcedente tal excepción, sólo hubiese dilatado o retardado la declaración judicial de rescisión de un contra

to.

De lo anterior se desprende, no solo el aspecto dilatorio que contiene la excepción en estudio, que acertadamente apunta el maestro Gutiérrez y González, sino su aspecto perentorio ante una acción rescisoria ejercitada judicialmente (y hasta ante una acción de cumplimiento forzoso de un contrato). Evidentemente todo ello encuadrado en el campo procesal, éste es, la excepción de contrato no cumplido es también contemplada, como una figura litigiosa, porque lo permite la ley simplemente.

Sólo que, en el caso de haber resultado atacada una acción rescisoria con dicha excepción, y por lo mismo declarada procedente ésta última, el demandante de una rescisión quien creyó ser la víctima, se ha convertido en el incumpliente, y el oponente de la defensa citada, en víctima, quien legítimamente ejercitó la excepción de contrato no cumplido como derecho ante un hecho ilícito, del cual el propio autor descubrió su imputabilidad en él, al ostentarse en un principio como perjudicado en un incumplimiento reclamado. Finalmente e intrínsecamente, los efectos de la excepción se mantienen, es decir, de momento, la víctima del incumplimiento deja de cumplir el contrato, hasta que su deudor lo haga en forma debida.

Hay que aclarar, que la excepción de contrato no cumplido, es capaz en vía judicial y aún extrajudicial, de hacer perecer una pretensión de rescisión (si ésta fuere infundada) y hasta una pretensión que reclame un cumplimiento obligacional, más no destruye al contrato, lo cual incumbe a la propia rescisión.

Ya lo dice el jurista Sánchez Medal, que también la excepción de contrato no cumplido, "tiene su fundamento en la interdependencia funcional de las prestaciones en un contrato sinalagmático..." ésto es, que con ello se entiende lo relativo a quien puede oponer legítimamente la excepción referida. (18)

(18) Sánchez Medal Urquiza, J. Ob. cit. p.p. 84, y 85

Lo que no aceptamos del todo, es que éste autor, no encuadra a la "Exceptio Non Adimpleti Contractus" como una excepción con efectos perentorios, ya que si bien es cierto, como lo afirma él mismo, que el cumplimiento posterior de la obligación, por quien intentó como actor el cumplimiento del opositor, hace perder eficacia a la excepción (y que por lo mismo, se pierde toda oportunidad para hacerla valer), - también lo es, que ha sido opuesta con la finalidad de no sólo de negarse, por quien la opone, provisionalmente al cumplimiento de su obligación (propiamente aquí, surte efectos dilatorios), sino con la finalidad igualmente, de enervar una acción intentada, lo cual será resultado en sentencia dictada por una autoridad judicial con conocimiento del asunto, ya que una excepción de contrato no cumplido, ataca el fondo de una pretensión del actor (por lo que tiene efectos perentorios), como cualquier otra defensa lo hace; y es propuesta siempre en una posición meramente "pasiva", a diferencia de una rescisión de contrato, cuya acción procedimental es adoptada en forma "activa".

Nunca hemos afirmado, que la excepción cuestionada, haga dejar de subsistir a un contrato, sino que pueda destruir a una acción intentada en vía de interpretación contractual. En síntesis, dicha excepción tiene dos caracteres, según nuestro criterio, y éstos son: - -

• La excepción de contrato no cumplido, es un derecho de la víctima - de un incumplimiento, para negarse a cumplir lo que le corresponde frente al incumplimiento; para defenderse judicialmente de un incumpliente, que le demanda (éste último), un supuesto cumplimiento obligacional, o una rescisión por incumplimiento, tratando de hacer notar la infracción a un contrato (lo anterior procede siempre y cuando el demandado demuestra ser realmente el que cumple el contrato, para que se le atribuya justamente el carácter de víctima y legítimo opositor de la excepción).

Los anteriores caracteres deducen en favor de la excepción en cuestión dos clases de efectos: DILATORIOS: Que hacen que se paralice temporalmente la ejecución del contrato, en tanto se soluciona alguna controversia entre las partes; PERENTORIOS: De solucionarse-

en favor del opositor de la excepción de contrato no cumplido, destruye la acción intentada, cualquiera que sea susceptible de ser atacada por la excepción. Se aclara que, los efectos dilatorios mencionados, - también son propios del derecho de la víctima, al negarse a cumplir su obligación concerniente, hasta que su otro contratante cumpla, porque hace suspender también la ejecución del contrato.

De acuerdo también estamos, con lo que afirma Borja Soriano: "de que la excepción de contrato no cumplido no ataca al contrato, porque no es una forma de terminarlo, y más aún, su ejecución solo queda en suspenso, hasta que se solucione el conflicto suscitado por - el incumplimiento en el mismo, en el que está involucrado sólo en forma de defensa la "Exceptio Non Adimpleti Contractus". (19)

Otro aspecto importante sobre éste punto, es el hecho de que no encontramos en nuestro Código Civil vigente, reglamentación -- exacta, expresa y literal que regule a la excepción de contrato no -- cumplido. Pero se ha interpretado a la ley por varios juristas mexicanos, entre ellos, el último citado, y en forma acertada, han coincidido, en que pese a la omisión antes mencionada de nuestro Código, el - propio artículo 1949 de tal ordenamiento invocado, al disponer, que - si los contratantes tienen el derecho de pedir la resolución, pueden- igualmente con el mismo derecho, a rehusar la ejecución del contrato, mientras se les rehuse a ellos; sólo el Código de 1884 hablaba en su artículo 1434, interpretativamente sobre el permiso a ejercitar la- excepción; y a mayor abundamiento, la compraventa actual regulada en- nuestra ley, induce el principio general de la excepción de contrato- no cumplido, entratándose precisamente de aquella disposición que --- consiste que en el caso de que el comprador no haya pagado aún el --- precio, el vendedor no está obligado a entregar la cosa objeto del -- contrato, en tanto éste último la tenga en su poder, no obstante ha- berse perfeccionado dicha compraventa en términos de ley.

Pero magistralmente el artículo 1949 actual contiene implicita a la excepción en estudio, cuya interpretación del numeral --

citado, para éste caso, debe hacerse bajo el aforismo jurídico conocido: "Quien puede lo más, puede lo menos", esto es, quien reclama el cumplimiento (o resolución en su caso) del contrato, podrá de igual forma negarse a cumplirlo si tuviere excepción para ello (y que su contraparte no haya cumplido).

EFECTOS DE LA RESCISIÓN

I.- LA RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES

Como se ha insistido anteriormente, la resolución otorga amplia tutela al Derecho del acreedor perjudicado del incumplimiento del contrato, no sólo para que este opte o pida la rescisión, sino primeramente intente que le cumpla su contraparte, y hasta lograr la reparación de los daños y perjuicios en ambos.

Invariabilmente, la finalidad de la rescisión junto con su género, la resolución, genera efectos diversos, que estudiados por los autores de la materia, existe una discrepancia doctrinal sólo en cuanto al orden que guardan dichos efectos, pero que al final de cuentas, todos coinciden en que dichos efectos dinamam de la rescindibilidad.

Por ejemplo, Ramón Sánchez Meda¹⁾, nos indica los siguientes efectos de la resolución: 1) Libera al acreedor perjudicado de las obligaciones a su cargo, frente a su deudor incumplido; 2) Extingue -- las obligaciones a su deudor incumplido en forma concomitante a la extinción de las que están a cargo del acreedor perjudicado; 3) El resarcimiento de los daños y perjuicios; 4) Y una última que le llama la -- retroactividad que tiene la resolución (1)

De entre los cuatro efectos señalados, nos interesa analizar el cuarto, llamado por el autor, la "Retroactividad" que tiene la resolución al momento de operar o presentarse. Dicho vocablo, involucra la situación necesaria, de que rescindido el contrato, habrá que restablecer las cosas al estado anterior al momento de la celebración del contrato, utilizando a la restitución precisamente como medio ca--

(1) Sánchez Meda Urquiza, José Ramón. La Resolución de los Contratos por Incumplimiento. Edic. 1a. Ed. Porrúa. México, 1979. p.117 y 118

paz de hacer realidad ese estado anterior. Cabe aclarar--que, como ya es sabido, la rescisión tiene la función de evitar efectos del contrato a futuro, más en la función de destruir efectos pasados ya causados por el contrato, podría ser competente la nulidad, y por ello, no se debe creer que la rescisión sea a la que le incumba deshacer dichos efectos, ya que a lo que hace desaparecer, es al contrato. Ciertamente es que, algunos de esos efectos pasados, ya no resulta aceptable ni posible para la resolución, tomarlos en cuenta, más si es importante ver, lo que dañaron en cuanto hace a las prestaciones entre las partes contratantes, porque de ello depende que prospere una probable restitución completa, íntegra y justa, o en su defecto rescatar dichas prestaciones, para enjuiciar su menoscabo jurídico, y tratar su reestablecimiento, reparación y hasta una substitución por equivalente en su caso.

Es la restitución un efecto de la rescisión a la que le interesan a su vez, los efectos de un contrato, no para hacer una declaratoria sobre ellos (como la nulidad), sino para regresar al momento anterior al que surtieron esos efectos en la vida del contrato, y lograr la devolución recíproca de las prestaciones entre los contratantes.

El problema que nos plantea el propio Sánchez Meda1, es que sin embargo, llegada la rescisión, se piensa en restituir las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, lo cual es a me nudo imposible, y que no llega a ocurrir en diversas prestaciones con sistentes en un "hacer", o cuando incide la pérdida de la cosa en - aquellas obligaciones de "dar". Si bien es cierto, que en esos, como en otros muchos supuestos, existe una imposibilidad de restituir las prestaciones entre las partes, también lo es, que tenemos que hacer - aparecer a una modalidad dentro de la figura de la restitución en estudio, y es la que precisamente nos alude el autor: "La restitución - por equivalente", la cual es útil en vía restitutoria, cuando ya no es factible devolver en naturaleza y esencia original, substituyendo- lo perdido por algo "equivalente". (2)

Es por equidad, que en un contrato rescindido por incumplimiento, las partes piensen en que las prestaciones que puedan ser cosas, servicios y otros, regresen a su patrimonio, o bien, que sea resarcida o remunerada su conducta de "hacer" en su caso, siempre que sea -- posible ello.

Problemática en la devolución o restitución de las prestaciones entre las partes:

No obstante que la restitución se presenta como deseado-- efecto de la resolución del contrato, junto a ella se encuentra el problema de su improcedencia y operatividad anormal, más no equivale ésto a decir que no exista casi siempre la restitución, sino que sólo impli-- ca una participación de diversas complejidades en su delicada aplicación.

Explica Sánchez Meda tres momentos que atraviesa la re-- troactividad en ejercicio de la restitución; a) Cuando la re-- troactividad es puramente obligatoria y hay devolución recíproca de las prestaciones entre las partes; ya que los objetos de dichas prestaciones no -- generaron derechos frente a terceros durante el período intermedio entre la celebración del contrato y la resolución del mismo.

Complicados son los momentos, como apunta dicho autor -- cuando a partir de la inscripción preventiva en el Registro Público de la Propiedad, de la demanda de resolución, o después de la inscripción en el mismo registro, de la cláusula resolutoria expresa, se adquieren derechos reales sobre los bienes objeto de aquellas prestaciones, lo -- que inevitablemente acarrea efectos frente a los terceros adquirentes; a éstos momentos se les llama retroactividad real relativa o "Ex Munc" y retroactividad real absoluta o "Extunc". (3)

Para nosotros, éstas dos clases de retroactividad sostenidas (que no son más que dos clases de restitución también), tienen--

(3) Ibid, p. 119

similares extremos de equidad. En la segunda restitución citada por ejemplo, es indudable pensar en que se tiene que ir hasta el momento de la celebración del contrato, y en el caso, al de la inscripción de la cláusula resolutoria, para buscar hasta la restitución de los frutos producidos por la cosa o lograr nulificar cualquier acto de administración sobre dicha cosa ocurridos en cierto período. Sería injusta la anterior postura, si fuese radical para un solo contratante, ya que aún cuando la resolución inclina en principio sus efectos favorables sobre el cumplidor del contrato, como el de la restitución, la parte incumpliente merece en vía restitutoria igual trato en los efectos producidos por la rescisión, porque la prestación que en reciprocidad corresponda al infractor que se le devuelva, pudo haber generado frutos y demás, los cuales tendrán que ser restituidos ineludiblemente por la parte que los experimentó.

Por otro lado, Planiol apoya el criterio de la retroactividad en los efectos de la rescisión, argumentando que la resolución surte sus efectos retroactivamente, restituyendo las cosas al mismo estado al que si la obligación no hubiere existido en ningún momento, y sostiene también, "que en el contrato la parte que se ha cumplido, es imposible darla como si no se hubiera realizado, y que, así mismo, cuando ésta imposibilidad sucede, debe haber restitución en especie, - en defecto de las prestaciones que se otorgaron".(4)

Borja Soriano habla de la restitución, fundamentada en la Ley, dice que "consiste en "recobrar" lo que indebidamente y por error de hecho se pagó", pero dicho autor trata a la restitución en sentido genérico, no enfocándola como efecto de la resolución; sin embargo se ha citado, por el interés de precisar un elemento constitutivo de la restitución mencionada, y de interés para nosotros. (5)

Es el elemento "recobrar" el objeto perseguido de la restitución en cualquier ámbito de aplicabilidad, y considérese también -

- (4) Planiol, Marcel y Ripert, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. (Las Obligaciones). 1a. Parte, T. VI. Ed. Cultural. La Habana, Cuba, 1946. p.p. 606 y 607
- (5) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Edic. Ba. Ed. Porrúa. México, 1982. p. 328

como efecto de la rescisión. Ha de excluirse desde luego, en el caso - que tratamos, alguna hipótesis, de que el "recobro" o recuperación sea - causa de algún pago indebido por ejemplo, ya que la restitución, actuando retroactivamente en el contrato sólo debe su existencia al acto de - rescisión de dicho contrato, independientemente de que accesoriamen - te haya habido un pago indebido por un error, figura y situación jurídicas anteriores con diferentes medios para ser atacadas.

Se concluye pues, que la restitución como efecto de la --- rescisión, tiene a su vez efectos retroactivos en su aplicabilidad y --- procedencia, que tratan de moderar y deben moderar la inflexible a veces, exigencia hacia el incumplido en el contrato, para que restituya de la - mejor manera posible las prestaciones u objetos que le fueron entregados por su contratante bajo determinada relación contractual. Esto es, que - equitativamente deba procurar la restitución, para que las partes se de - vuelvan las prestaciones respectivas, una vez que ha ocurrido el desli - gue contractual por rescisión, y que dicha devolución verse sobre los - objetos existentes o jurídicamente recuperables en naturaleza, ó en su - caso, hacerlo por equivalente, como los autores de la materia lo han -- propuesto acertadamente. Y es a toda costa lograr el estadio anterior - a la celebración del contrato, lo cual plantean también dichos juristas especializados, pese a que no es posible a veces "hacer como que nada - sucedió", porque lo ejecutado en un contrato, quedó firme, sólo sus --- efectos viciados son olvidados, resarcido previamente a la víctima de los daños causados por ellos, reparando en equivalencia, ó rescatando - lo que aún queda en naturaleza.

Es necesario pensar, si la restitución está dotada también de efectividad procesal, es decir, de hacerla valer en un tribunal si - no prospera exitosamente solo entre las partes desligadas contractual-- mente. Se advierte, que la restitución puede ser declarada judicialmen - te cuando por ende así ha sido resuelto el contrato, o bien, para nues - tra opinión, si la rescisión ha operado "Ipso Jure", por virtud de claú - sula expresa, es recomendable que la restitución opere de pleno derecho

también, y que los términos en que se realice tal restitución de prestaciones sea solo contractual, interpretando retroactivamente un contrato y regresando al momento de su celebración. Se contesta pues, que puede haber acción restitutoria autónoma, pero sin embargo, no ha lugar a pensar en una autonomía plena de la restitución, considerándola como efecto de la rescisión, toda vez que, el origen de dicha restitución lo dá precisamente el último momento de la rescindibilidad (cuando opera), y por ende, los efectos de ésta, siguen su suerte misma y son dependientes también. Más puede ser autónoma una restitución vía acción incluso, cuando ocurre por otro hecho ilícito que demanda resarcimiento.

11.- EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, COMO SANCION COMPLEMENTARIA A LA RESCISION

Según el Código Civil vigente, daño es "La pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación" (Art. 2108) y es perjuicio "la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación". (Art.2109).

La Doctrina ha acogido éstos conceptos para interpretarlos dentro del incumplimiento de las obligaciones, y es necesario que tales efectos sean consecuencia directa e inmediata de la inexecución de un contrato, para que una vez que la rescisión haya actuado, destruyéndolo, surtan como efectos de esta última los daños y perjuicios, procedentes a ser reclamados precisamente al infractor.

Se plantea pues, la situación penosa del resarcimiento de - daños y perjuicios, como una sanción complementaria, por aquellas razones que se expusieron con antelación, en el sentido de que, aún restituidas - las prestaciones, en forma recíproca entre las partes, no es posible entre ninguna de ellas: "Hacer como si el contrato no existió, ni sus efectos existieron tampoco". Ya que por virtud de la simple presencia de una relación contractual, hubo riesgo de que alguna ó ambas partes "perdieran", ó lo que es más, les perjudicara cierta conducta ilícita de un incumplimiento. Más aún, cuando se dió la inexecución, y por ende, la resolución del contrato; los daños y perjuicios que se produjeron por tal infracción, no pueden eliminarse, ni tampoco negar su existencia, aunque ya se haya - realizado la restitución recíproca entre los contratantes, y el estado anterior a la celebración del contrato también ya esté reestablecido; porque los estragos dañosos y perjudiciales sufridos por alguna de las partes son a veces tan subjetivos, que no pueden ser enmendados ni borrados por una restitución. Es por ello, que un contratante dañado y perjudicado por un incumplimiento de contrato, debe ser resarcido adicionalmente ó -- accesoriamente en la devolución (ya sea ésta en naturaleza ó en equivalen

te) de su prestación patrimonial, es decir, que aquello que se "trató" de extinguir ó hacer pasar como "no sucedió", por la rescisión se presentan réplicas de resarcimiento para la víctima, aún para el incumplidor según sea el caso.

va tan lejos el análisis doctrinal del daño causado a -- una víctima de un hecho ilícito, que llega hasta al campo moral de esta última ó de quien sufre dicho daño, y se presenta la figura del "Resarcimiento" para tales efectos ilícitos, para proteger el resentimiento moral del sujeto perjudicado, a fin de que, no sólo se materialicen y cuantifiquen los daños y perjuicios causados, sino se cualifiquen los mismos moralmente, que naturalmente, pueden llegar a exteriorizarse materialmente y probarse así.

FUNDAMENTOS LEGALES DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 2104.- "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo ó no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios..." "El que contraviene -- una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención".

Artículo 2110.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado ó que necesariamente deban causarse.

Se plantea también como efecto al resarcimiento de los daños y perjuicios (efecto de la rescisión), como una sanción de tipo complementaria, a virtud, de que lógicamente han existido antes una ó más sanciones principales al incumplidor ó responsable del incumplimiento. Y es la restitución, una de esas sanciones primordiales que es declarada por la rescisión de un contrato, más dicha devolución se inclina para ambas partes contratantes por excelencia, pero la sanción de resarcir los daños y perjuicios causados a virtud del incumplimiento, es para el incumplimiento precisamente.

Del Artículo 1949 de nuestro Código Civil, se desprende - la procedencia también, como acción, derecho y sanción del resarcimiento de los daños y perjuicios, incluso se deduce su complementariedad -- respecto a las de cumplimiento ó resolución del contrato. Es visto tal resarcimiento como acción, a causa de que debe hacerse al propio tiempo de ejercitar cualesquiera de las acciones que da opción la ley, la de cumplimiento, ó la de rescisión; lo que le dá un matiz procedimental a dicha sanción complementaria, pero por razones de ser adicional ésta, - tal resarcimiento, es un accesorio legal en vía de demanda de aquellas acciones que marca el propio Artículo 1949. Esto es, no se plantea como suerte principal, por ser solo complemento de una exigibilidad de cumplimiento forzoso o de una rescisión de un contrato.

El resarcimiento de daños y perjuicios, visto como efecto de una rescisión, se deduce como derecho, por emanar precisamente del - derecho de resolución, que ha de tutelar a la víctima del hecho ilícito en el contrato hasta sus últimas consecuencias, a fin de que el deslige contractual, no quede sólo como tal, sino que sea extensivo incluso, -- frente a terceros. Tiene por ello caracteres sancionadores nuestro cita do Artículo 1949, los de resarcimiento, que constituyó en contra de un incumplimiento, para el caso de exigir un cumplimiento de un contrato - al infractor, ó para pedir una rescisión del mismo.

Por otro lado, razona Trabucchi, "que el resarcimiento de

daños se admite sólo con respecto a las consecuencias directas e inmediatas de un incumplimiento imputable al deudor". Nuestro Código acata tal criterio en su Artículo 2110. Es ciertamente entendido un daño, - el que tuvo origen en la falta de cumplimiento de una obligación en -- particular. Al propio tiempo analiza dicho jurista, que "En relación a otra clase de daños, en cuyo acaecimiento, con frecuencia ha participado el mismo acreedor por no procurar evitarlos, habrá que acudir a otras causas..." (6)

De tal cuestionamiento del autor citado, y del numeral - de nuestro Código invocado, es conveniente plantear, que los daños y - perjuicios, como figura en nuestra materia tiene alcances subjetivos - frecuentemente, es decir, por tal subjetividad que se diga tanto en la práctica judicial, de que la reclamación (por parte del actor) de los - daños y perjuicios que le ha deparado su demandado supuestamente, sea tan hipotética como los propios daños y perjuicios en esencia. Y es - que, como se sostuvo al mencionar la postura del autor Trabucchi, y - de la Ley nuestra, de que hay que aportar los elementos para la proce - dencia de los daños y perjuicios, o sean, "la inmediatez y directriz" de tales, al incumplimiento imputable. En apoyo a lo anterior, pensa - mos que todo daño no procurado a ser evitado por el mismo acreedor, - tiene un origen diferente, y creemos que de ahí se desprenda algo de - lo hipotético y subjetivo de los daños y perjuicios en estudio, lo -- que repercute en su procedencia para efectos de poder ser declarado - judicialmente un resarcimiento.

Lo "hipotético", como nos hemos permitido llamarle al - hecho de que proceda un resarcimiento de daños y perjuicios como sanción complementaria a la rescisión de un contrato, no es más que el - no aceptar "apresuradamente", que llegados los efectos de la resolu - ción consumada, como lo es la restitución recíproca, merezca deducir e indemnizar (ya cuando dicha restitución de prestaciones ha sido reali - zada y ejecutada), cuantos daños como perjuicios aparezcan y se des- - prendan superficialmente de los objetos entregados y devueltos entre-

(6) Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos. Edic. 5a. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967. p. 75

las partes ó de las conductas realizadas por éstas últimas (un hacer o no hacer); ya que todos los estragos de daños ó perjuicios han de ser tan científicamente como jurídicamente analizados, para ver primeramente cuando se trata de posibles daños, si éstos, son verdaderos menoscabos ó pérdidas patrimoniales y son auténticamente sufridas por quien se considera dañado, hecho lo anterior, determinar la responsabilidad civil de quien los causó, dirigiendo conductas casuales a tipos legales de la materia, esto es, que previamente haya disposición expresa que tipifiquen tales hechos ilícitos dañosos ó que interpretativamente los deduzcan. (ó como lo afirma Trabucchi, "los daños resarcibles son aquellos que pudieron preverse al constituirse la obligación, y aún los imprevisibles o imprevisos cuando el responsable ha querido dolosamente violar su obligación original". (7)

El perjuicio, por otro lado, debe ser comprobado, de tal suerte, que quien se crea como perjudicado, debe de ser el que deja de percibir una ganancia de tipo lícita en su patrimonio, a virtud de que, de haberse ejecutado normalmente el contrato, los frutos esperados de la prestación que tenía en juego la víctima, eran evidentes y posibles, porque un cumplimiento efectivamente los pudo haber generado. Es importante también que se establezca la "certeza" de que la ganancia era ya un hecho de haberse satisfecho el contrato; resulta pues, que lo anterior también es una hipótesis a analizar (llegada la rescisión), que no implica facilidad alguna.

Más complicado está el enjuiciamiento (en vía de resarcimiento), de un juzgador en lo relativo a hacer la liquidación de los daños y perjuicios, como lo afirma el mismo Trabucchi, ya que el pago de éstos en dinero, es verdaderamente difícil determinarlo en declaratoria judicial, como el probar la cuantía por parte de quien se ostenta como víctima de aquellos daños ó perjuicios, aunque a veces es al arbitrio y consideración fundamentados del propio juez, la declaración de su monto.

(7) Trabucchi, A. Ob. cit. p.p. 75 y 76

En principio a las soluciones al problema ya planteado, Mazeaud considera que "entre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, el perjuicio es aquel cuya existencia provoca menos-discusiones". Es efectivamente, a nuestro parecer que no es posible que en un contrato rescindido, y en el que se probó la responsabilidad civil del incumpliente, se deba prescindir de la existencia de un daño y perjuicio causados, ya que como también es afirmada, por dicho autor, la situación de que no se concibe una responsabilidad civil -- sin perjuicio. (8)

Abundando en lo anterior, la responsabilidad civil dima nada del incumplimiento, presupone la presencia de daños y perjuicios, o sea, siempre y cuando la infracción del incumpliente, no se haya limitado solamente a la inexecución del contrato, sino a causar imposibilidades y privaciones de ciertos beneficios lógicos del objeto del contrato, los cuales por lo mismo, eran preferentes y propios para gozarlos por la víctima acreedora, a quien en tales condiciones, se le causó un perjuicio. Aún más, los frutos que se dejaron de dar en favor de las partes, también son aquellos que pudieron aparecer durante el lapso intermedio entre el primer instante del incumplimiento, hasta la rescisión del contrato (sea "Ipsa Jure" ó judicialmente ésta última).

Otra postura nuestra en el asunto del perjuicio, es la consistente en afirmar que, no puede haber responsabilidad contractual sin incumplimiento del contrato, más no sucede esto en forma radical, cuando se asocia la idea de que, un incumplimiento puede llegar a ser sólo eso únicamente, sin causar daños ó perjuicio al acreedor, por tanto, no es posible así, reconocerle a éste, el resarcimiento correspondiente, - por no poder responsabilizar a nadie.

Mazeaud envuelve aún más a la responsabilidad contractual en el campo del perjuicio en particular, considerando un compromiso convencional entre las partes, el que se deba de insertar en el contrato - desde un principio, una hipótesis ó tipicidad expresa de que la responsa

(8) Mazeaud, Henri y León. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual (Traducida) T.I. Ed. Colmex. México, 1945 p. 108

bilidad será implícita automáticamente en el incumplimiento de alguna de las partes, a lo que se determina como una cláusula penal pactada. Pues bien, llegada la infracción de uno de los contratantes, se activará tal cláusula, que finca la responsabilidad civil y hasta fija los daños y perjuicios, situación tal, que representa una verdadera previsión de éstos últimos "efectos", que como ya se dijo, ya es suficiente materia como para ejecutar el resarcimiento en contra del incumpliente. (9)

Esto último, pensamos que constituye una faceta diferente de la figura de los daños y perjuicios, ya que entratándose de dicha cláusula penal, las partes han convenido para un cierto futuro fáctico la dispensa para la víctima de probarlos, aceptando al mismo tiempo, -- que el pacto penal será aplicado independientemente de experimentar o corroborar el daño o el perjuicio, limitándose entonces, sólo a exigir la ejecución de la cláusula en sus términos junto con la rescisión, llegado un incumplimiento.

Podemos admitir incluso, que la cláusula penal, como la cláusula rescisoria expresa, pueda llegar a operar también de pleno derecho cuando sobreviene el incumplimiento contractual, obligando al infractor, en un momento complementario a la resolución, a resarcir a la víctima de los daños y perjuicios ya determinados, cuantificados, y -- sancionados por responsabilidad civil; también cuando se conoce judicialmente de dicha cláusula por un negocio procesal de rescindibilidad, en el que se espera sólo su declaratoria como sanción complementaria al incumplidor, ejecutando en su contra la indemnización penal pactada.

Concluimos, que el resarcimiento de daños y perjuicios, depende de que ambos eventos sean probados por quien se cree haberlos sufrido, que por lo mismo los invoca, para que sea declarada judicialmente y en su momento oportuno una probanza plena de dichos daños y -- perjuicios, ajustándose desde luego, esa declaratoria a analizar ciertos elementos constitutivos propios de los daños y perjuicios, es decir, según nosotros:

(9) Mazeaud, H. y L. Ob. cit. p.p. 109 y 110

- Que sean típicos a los extremos de ciertas disposiciones legales que determinen su sanción.

- Que efectivamente, tengan un nexo causal con el incumplimiento contractual.

- Que dichos daños y perjuicios estén investidos de responsabilidad civil del causante, según Mazeaud.

- Que se cumplan primordialmente los supuestos conceptuales que marca nuestro Código Civil, para considerar a un evento, como derivado del incumplimiento y que cause daño o perjuicio o ambas cosas en detrimento de una persona llamada víctima.

- Que haya una certidumbre, una cuantificación (actual y futura) y una susceptibilidad de estimación inmediata de los daños y perjuicios.

- Y que por todo ello, haya una verdadera convicción, de que tanto en un daño como en un perjuicio, su reparación y resarcimiento (de cualquiera de éstos) puedan ser solicitados complementariamente a una acción rescisoria, y de que ambas cosas (daños y perjuicios) dejen de ser reclamaciones meramente hipotéticas de quien las invoca.

III. - EFECTOS DE LA RESCISIÓN FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE

Son terceros, en el campo de la rescisión del contrato, - aquellos que son ajenos a la relación contractual entre las partes originalmente, pero que en virtud del incumplimiento de aquél, les afectan los efectos dicha resolución, como del incumplimiento mismo, ya en su esfera personal, ya en la patrimonial.

Operada la rescisión, y afectados por ésta, uno ó más terceros, se presume su buena fe, ante los efectos, salvo prueba en contrario. Es importante determinar dentro de la afectabilidad tercerista, - esa buena fe, a fin de que en probanza de ésta última, no haya posibilidad de fraude a acreedores, cuya figura es atacada por otras acciones - previstas en la Ley.

Necesariamente, los efectos de la rescisión frente a los-terceros de buena fe, presentan una retroactividad hasta el día del contrato, como entre las partes sucede también.

Afirma Valencia Zea, que la resolución de un contrato no-afecta a los terceros de buena fe, que estuvieron en imposibilidad de - conocer el derecho de resolución favorable a uno de los contratantes, - más a contrario sentido, si se conocía por escritura pública, la resolución tendrá alcance real sobre inmueble que haya sido enajenado. (10)

Aclaración y corolario de lo anterior, es el razonamiento de Sánchez Meda!, consistente en asentar que la retroactividad (vía efecto) de la resolución, respecto a terceros, les deparará perjuicio, cuando sea "ex nunc", es decir, cuando a partir de la inscripción de la demanda de rescisión, haya adquirido el tercero el inmueble materia de la aniquilación del contrato, ó bien, haya adquirido derechos reales sobre dicho bien. La retroactividad "Ex tunc" es en perjuicio de terceros por haberse adquirido derechos reales también sobre dicha propiedad raíz,-

(10) Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. T.III (De las obligaciones)
Edit. Temis. Bogotá, 1960 p.166

ó bienes muebles identificables, a partir de la inscripción de la cláusula resolutoria. (11)

En ambos casos, se presume el conocimiento del tercero - de la prevención registrada de una resolución acerca del bien que adquirió. Evidentemente que son efectos en su perjuicio; tales situaciones desprenderían una restitución en favor de la parte contratante originalmente afectada, llegando hasta la ineludible devolución también de los frutos producidos por una prestación patrimonial.

Sin embargo, todo acto de administración, de conservación y demás, realizados por un tercero perjudicado a de ser analizado en -- vía de efecto de daños y perjuicios causados precisamente a dicha parte ajena.

El apoyo contundente a los últimos razonamientos, lo encontramos en nuestro propio Código, que entre otros artículos, el 2310, regulador de la compraventa en abonos, que ofrece la analogía para la solución a otros contratos bilaterales; acorde a tal numeral invocado, -- los artículos 3003 y 3002, fracción I y IV, que en el primero se plasma la necesidad de que, todos los documentos que tengan que registrarse y no se registren, no surten efectos contra terceros, a los cuales en éste defecto les concede beneficios que se pudieran generar por tal inobservancia.

La postura que se impone al tercero, frente a la rescisión de un contrato, es de orden legal, y no al arbitrio de las partes deliberadamente. De tal posición, depende que el tercero sufra efectos negativos reales o benéficos de una resolución.

Es el Registro Público de la Propiedad, el ente Jurídico que juega un papel primordial en los efectos que se producen a terceros, a virtud de una resolución. Institución que salvaguarda derechos reales a contratantes de buena fe; y es que ello no quiere decir, que tal registro esté a favor preferente del dueño de una finca, sino de-

(11) Sánchez Meda Urquiza, J.R. Ob. cit. p. 119

Los adquirentes posteriores a él también, como a sus derechos de propiedad.

Inevitablemente, la existencia de la rescisión debe ser inscrita en el Registro Público, para defenderse los contratantes, de los terceros ajenos no sólo a una relación contractual original, sino a la resolución misma.

Ya en síntesis, los terceros ajenos a un contrato rescindido, deben actuar de buena fé en las operaciones que realicen con alguna de las partes involucradas en una rescisión, respecto de los objetos de un contrato, teniendo la oportunidad indiscutible de tomar conocimiento del estado que guardan dichos objetos respecto de su situación registral de Ley. De lo contrario, el proceder de un tercero aún con el conocimiento de lo que adolece el bien, hace presumir la mala fe de dicho tercero, quien tiene desde luego, el riesgo de sufrir las sanciones legales, que son tan graves, que hasta se pierde todo derecho real que se pudiera tener sobre la cosa adquirida de mala fé, ésto es, de cumplirse los requisitos marcados a la rescisión, en cuanto a su Registro Público, todo acto jurídico posterior a ello, no tiene efectos benéficos ni favorables a los terceros participantes en un acto tercerista, y la rescisión con todos sus demás efectos posibles, y por disposición de Ley, va sólo en perjuicio, o en favor de los contratantes originales únicamente.

En un principio, la resolución de un contrato, sólo busca los efectos para las partes retroactivamente, a fin de no tocar en nada, derechos reales adquiridos sobre inmuebles o muebles por terceros de quienes, que como ya se dijo, sólo estarán a salvo los derechos de éstos, en tanto la cláusula resolutoria ó de rescisión, ó bien la demanda de resolución, no estén inscritas con anterioridad al acto jurídico tercero, el cual a su vez debe de inscribirse también, por que de lo contrario, será oponible justamente un derecho de resolución, y la única alternativa que tendrían unos terceros perjudicados por una rescisión inscrita, sería repetir acción de saneamiento por evicción -

de la cosa, contra el enajenante. Ciertamente es que la Ley misma, protege al tercero de buena fe o a quien adquiere a título oneroso, precisamente cuando impone a los efectos retroactivos "ex nunc" y "ex tunc" de la rescisión, los requisitos registrales, cuya omisión sólo deparará consecuencias de beneficio de los derechos reales de un tercero sobre la cosa adquirida.

Es más, judicialmente, las sentencias de resolución y rescisión de un contrato, no perjudican al tercero que haya inscrito su derecho real a su favor en el Registro Público de la Propiedad, antes de las inscripciones exigidas a la resolución; ni durante el juicio rescisorio, es perjudicado dicho tercero, cuando este, ha cumplido con su obligación de inscribir a tiempo sus derechos sobre lo que adquiere.

Caso especial, sería cuando se trate de bienes muebles, no inscribibles en Registro Público, en el que, si el tercero los adquirió antes de la presentación de la demanda de resolución, no tiene problema éste, más cuando la transmisión de su propiedad a tercero, se llevó a cabo después de presentada dicha demanda, el tercero adquirente ha de probar la posesión de buena fe, cuya probanza será suficiente para oponerse al actor, y contratante involucrado en un juicio rescisorio.

IV.- EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS PARTES

Hablar de rescisión, y de extinción, implica por supuesto una diferencia conceptual; conocido es el concepto de la primera figura en cuestión, en tanto que la extinción, significa una terminación o desaparición de algo.

En la extinción de las relaciones contractuales entre las partes no estamos hablando más que también de la terminación misma de las obligaciones constitutivas del objeto del contrato entre las partes signantes del mismo. Por lo anterior, existe una confusión en nuestro tema de rescisión y sus efectos:

Hemos dicho con frecuencia, que la resolución y la rescisión aniquilan al contrato por causa de un evento indeseable en la relación contractual normal, y sus efectos versan y sancionan sobre tal acontecimiento infractor, por lo que en principio, no es aceptable aun "efecto" que tenga como misión, el considerar que en una rescisión, "solo se extinguieran relaciones contractuales entre las partes" y negar que fué porque ocurrió una fatalidad en el contrato, llamada incumplimiento. Ni la Ley misma, acepta en aquél apartado relativo a las formas de terminación de un contrato, que éste, concluya por rescisión, entre otros modos. Y es que la rescisión de un contrato aconteció por un mal (jurídicamente hablando), más la terminación de un contrato en realidad llega, ya por haberse satisfecho el objeto del mismo ya por haber llegado el plazo de duración por común acuerdo contractual, implica que el contrato ha tenido una vida normal, y en virtud de ello, la extinción de las relaciones entre las partes, será tan normal como dicho contrato lo fué.

Bejarano Sánchez, ha considerado que entre otras causas de extinción de las obligaciones, está la rescisión también, "misma que las destruye por un incumplimiento culpable de una de las partes", inclusive, a la condición resolutive, la agrega también como causa de-

terminación, ya que dice, que es "la que extermina retroactivamente"- (pacto comisorio expreso, o cláusula rescisoria en el contrato). (12)

Por lo expuesto, es también la rescisión el medio de - desligar al acreedor cumplido de su deudor, y lo desliga de la obligación que tiene a su cargo, pero consumada tal rescisión, se extinguen todas las obligaciones por ejecutar, dejándose también de ejecutar las presentes en el momento del incumplimiento. Cabe señalar, - que si bien es cierto, que la Ley no prevé a la resolución como una forma de terminar un contrato, interpretativamente, el artículo 1949, dispone una extinción de la relación contractual, cuando es aplicado en sus términos dicho numeral del Código Civil, que permite la resolución de las obligaciones.

En tales condiciones, el enfoque que puede tener la figura de la extinción de las relaciones contractuales entre las partes, como efecto de la rescisión, es diferente al que se planteaba dudosamente al principio de este punto en estudio. Es pues vista la extinción cuestionada como una consecuencia ó efecto inevitable de la resolución de un contrato, y por ello aceptamos, que la rescisión contractual, extingue las relaciones entre las partes.

Siguiendo el razonamiento de Sánchez Medal, se encuentra precisamente que, como lo apunta él mismo, la resolución acarrea "invariablemente, que el acreedor perjudicado se libere de sus obligaciones a su cargo, y respecto ó frente al incumplimiento también - se libera". (13)

Destacamos de lo anterior, el término "Liberar", y que entratándose de una rescisión consumada, se conlleva la necesidad de extinguir las obligaciones frente a la liberación. Y es que "liberar" es una fase preliminar a la extinción de las obligaciones por ejecutar ó por ejecutarse.

(12) Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Ed. Harla. México, 1981. p. 437

(13) Sánchez Medal Urquiza, J. R. ob. cit. p.p. 118 y 119

A mayor abundamiento, las obligaciones en un contrato,-- son aquellas que precisamente crean la relación contractual entre las partes, por tanto, extinguidas las primeras por cualquier medio, hacen que expire dicha relación.

"...Hay ocasiones totalmente opuestas, en donde el acreedor no recibe el cumplimiento de su derecho, ésto es, no recibe el pago a que tiene derecho; ésto puede suceder por su propia voluntad ó -- porque la Ley lo determina, o bien porque, el mismo acreedor extingue su derecho, ante la conducta ilícita que asume su deudor..." (14)

La postura anterior, asumida por el maestro Gutiérrez y - González, confirma que la rescisión también, extingue las obligaciones en un contrato. Es como lo dice el propio autor citado, de que no sólo la extinción de obligaciones ocurre por cumplimiento al objeto del pacto contractual (pago, novación, término resolutorio, etc), sino por el incumplimiento a dicho objeto, tal y como lo indica.

En suma, la extinción ó expiración de la relación con-- tractual entre las partes participantes ó signantes del contrato, es - un efecto inevitable de la rescisión, ya que no permite que siga su -- curso dicha relación, porque los efectos de un contrato y de su incumplimiento, son cesados inmediatamente que opera la rescisión, ya sea "ipso jure" ó con intervención judicial, y las partes quedan desligadas, una de la otra, en cuanto a lo que tienen como obligaciones recíprocas, esperando y quedando a la expectativa de que la resolución -- surta sus demás efectos que no pueden eludirse (restitución con su retroactividad por ejemplo).

Es más, se aprecia que la extinción contractual, se dá antes que otros efectos en la rescisión, porque como ya es de explorada teoría, el desligue de las partes respecto a un contrato celebrado entre ellas, es un hecho, cuando es aplicada y operada una rescisión, porque primero se trata de evitar que sigan su vida viciosa los efectos de un incumplimiento, antes de aniquilar a un contrato y esperar-

(14) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Edic. 5a. Ed. Cajica, México, 1980. p.p. 828 y 829

todos efectos de tal resolución. Nada más que el efecto restitución -- es estudiado en primer término, por sus aspectos de equidad, ya que de vuelve el estado anterior y normal que vivían las partes, antes de celebrar un contrato.

Un contrato sinalagmático rescindido, presupone en lógica, que sólo obliga a sus partes que lo convinieron, y el rompimiento de tal relación contractual, apartará a dichas partes también, en forma exclusiva, ya que no es extensivo ello a otro tercero ajeno a la -- relación original. Es decir, sólo perjudica en principio a las partes contratantes un desligue de obligaciones, por virtud de rescisión de un contrato. El elemento fundatorio a lo anterior, es la bilateralidad contractual, ya que por lo mismo de que intervienen dos partes, sólo dos partes serán las que sufran la extinción de obligaciones (efecto de la rescisión).

Es interesante señalar tres aspectos relativos al tema, deducidos de nuestro criterio:

- Una cláusula resolutoria, podría significar un convenio implícito en un contrato, que determine detalladamente, cómo se extinguirá la relación contractual, llegado un incumplimiento. Aparente mente, no es trascendente dicha cuestión, sin embargo, significa ello, que no sólo la rescisión (por virtud de decirlo y aceptarlo la doctrina y la Ley), dá lugar a la extinción contractual siguiendo a la inercia jurídica y a la lógica siempre, sino que las partes pueden pactar desde un principio, ciertas modalidades a una extinción, siempre que no se contrarie la Ley.

- En mérito a lo anterior, de pactarse "detalladamente" los términos en que expirará la relación contractual inevitablemente, por causa de una rescisión, entre aquellos modos de convenir, podría estar la posibilidad, a que no obstante de extinguir una relación, -- por haber operado una rescisión sin intervención judicial, volviera -

a revivir y a tener vigencia dicha relación contractual, si el cumplimiento se presentara por el incumpliente como se le exigiera; pero -- rescindido un contrato judicialmente, ya no es posible, porque hay autoridad de cosa juzgada en este caso.

Aún creemos, que la extinción de una relación contractual entre las partes, por rescisión, afecta a los contratos cuyo cumplimiento es de tracto sucesivo, ya que quedan extinguidas las obligaciones en ejecución plena o presente, y las que han de ejecutarse a - futuro.

Concluimos, que la extinción de las relaciones contractuales entre las partes, es necesario verla como "inevitable e inva-riable" efecto de la rescisión de un contrato, porque si la rescisión persigue regresar el estado anterior a la contratación, en dicho estado, no había voluntad de parte alguna, ni obligación, ni elemento alguno que conformara un convenio lato sensu o contrato; más aún, a las partes se les devuelve también su estado anterior "sin vínculo", con una rescisión contractual.

IDONEIDAD JURIDICA DE LA RESCISIÓN, ANTE OTRAS FIGURAS RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.

A manera casi de conclusión, planteamos que la rescisión tiene cualidades que la sitúan en un plano de idoneidad jurídica para atacar algún tipo de incumplimiento de obligaciones, esto es; viene a ser una figura jurídicamente idónea, ante otras que también se relacionan con las infracciones contractuales.

Respetamos desde luego, la eficacia que tienen las demás figuras limítrofes a la rescisión, pero ésta última la situamos en preponderancia; principalmente por su característica primordial de lograr la destrucción de un contrato incumplido, y el regreso de las cosas al estado que guardaban hasta antes de la contratación, al mismo tiempo - que igualitariamente, la resolución persigue la restitución de prestaciones entre las partes. Es ésta una justificación general aparentemente, por la cual nos inclinamos a preferir, en el ámbito del incumplimiento de obligaciones civiles, a la rescisión como una figura idónea para dar solución a un contrato no cumplido ó mal cumplido.

La idoneidad jurídica de la rescisión en un incumplimiento contractual lo podemos deber a:

- El hecho de que la rescisión tiene en esencia jurídica, el propósito de evitar la contenciosidad entre los contratantes, - ya que sólo persigue desligar a éstas de sus obligaciones por ejecutar y dejar las cosas como estaban, y regresando éstas últimas a manos de su propietario sin menoscabar a ninguna parte por virtud de la aniquilación del pacto contractual.

Gaudement habla también en favor de la rescisión de pleno derecho, afirmando que ésta última, operará sin intervención judicial, cuando se inserte cláusula en el contrato que la prevenga, y que

sólo el juez se limitará a hacer constar tal rescisión, mas no a declararla. (15)

Gutiérrez y González sostiene en relación a la rescisión-firmemente que: "En Derecho Mexicano como se verá, basta que se conste por la parte que no cometió el hecho ilícito, y se lo notifique fehacientemente al que incumplió, para que "ipso jure" termine el contrato". (16).

Lo anterior nos sirve para apoyar el criterio de que la rescisión evita la contingencia de las contratantes cuando su pacto se destruye en forma privada y sin acudir ante tribunales a pedir declaración alguna de resolución. Y es como lo sabemos, que preferentemente debe pactarse por las partes, una cláusula que prevenga una rescisión del contrato para el caso de un incumplimiento al mismo.

Sánchez Meda al referirse a la resolución, le atribuye un carácter convencional, emanado de la llamada "Libertad Contractual", al igual que al contrato mismo le autoriza dicha característica, estos, el autor mencionado considera que el contrato incumplido puede quedar rescindido por acuerdo y voluntad sólo de las partes. (17)

- Es idónea la rescisión también porque como lo apunta Sánchez Meda: "La resolución constituye la reparación del daño", en virtud que al contratar, las partes han previsto ya una posible reparación del daño que produzca por un posible incumplimiento de obligaciones; así también el citado autor cuando opina acerca de que la rescisión al ser pactada en el contrato se convierte en un pacto comisorio-expreso, y éste a su vez, para dicho autor es capaz de "concretar qué clase de incumplimientos consideran las partes de antemano como graves y suficientes para permitir la resolución del contrato..." (18)

Las anteriores posturas del autor en cita, se relacionan definitivamente entre sí de una manera benéfica para un contrato, ya que incumplido éste último, y teniendo cláusula rescisoria expresada,-

(15) Gaudement, Eugene, Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa México, 1974. p. 444

(16) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 520

(17) Sánchez Meda, Urquiza. L.R. Ob. cit. p.p. 131 y 132

(18) Ibid. p.p. 134 y 135

y causas que para las partes, sean las suficientes para que sea aplicada aquella, dicho contrato no tendrá ningún problema en su resolución, y de ahí que ésta figura sea más eficaz para resolver problemas contractuales, que otras figuras los enfocarían en un terreno judicial.

No negamos desde luego, la posibilidad de controversia judicial cuya materia sea la rescisión de un contrato, ó al menos la intervención de un tribunal en la declaración de la misma, porque así lo sostuvimos en el inciso quinto del primer capítulo de esta tesis. Sin embargo,-- tenemos que concluir en la posición más conveniente para el caso de resolución de contratos.

- Otra característica de idoneidad jurídica de la rescisión para ser aplicada a un contrato incumplido, es la consistente en su utilidad práctica para operar "ipso jure" que como la trata Ernesto Gutiérrez y González, dicho autor dice: Que la utilidad de la rescisión es -- evidente cuando el contrato se resuelve de pleno derecho por que "el acreedor se evita un juicio de larga ó corta duración que para él implica gastos de dinero y tiempo"; porque el mismo acreedor: "...se libera de las obligaciones que contrajo, y puede disponer, en el caso, de la cosa que - fué objeto y de materia del contrato", y porque importa una gran economía procesal de los tribunales, según el citado autor.(19)

La anterior conveniencia de la rescisión en el campo del incumplimiento de las obligaciones, fué apoyada en todo momento de éste trabajo, agregando sólo, que esto es posible cuando tengamos una rescisión - "ipso jure" como se apuntó, pero sin embargo es posible también que las partes aún en el caso de no haber previsto una rescisión, la acuerden -- cuando estén en presencia de un incumplimiento, ya que dicha figura, por su esencia y alcances igualitarios ofrece a los contratantes siempre una conveniencia para solucionar sus problemas en el contrato.

Por todos los motivos expuestos, la rescisión es idónea para atacar un contrato incumplido, reiterando que primordialmente su naturaleza jurídica de aniquilar al contrato sin castigar a las partes, ni -- aún al incumplidor, como otras figuras afines lo persiguen, es la carac-

terística que logra que las cosas vuelvan al estado anterior a la contratación, y que los objetos mismos del contrato queden con la parte - que los aportó, porque la propia ley (Código Civil Vigente) dá facultad a las partes para hacerlo sin necesidad de que un tribunal lo declare. (Art. 1949)

Así también, la cualidad de la rescisión de poder prevenirse contractualmente mediante el acuerdo de las partes en el sentido de saber qué causas graves y suficientes serán motivo de una resolución, la hacen ser más igualitaria, ya que no existirá discusión ni -- contención en determinar la gravedad de un incumplimiento y la susceptibilidad para que proceda la rescisión.

No nos olvidamos de que aún cuando tal rescisión no persigue fines de castigo en rigor a los contratantes, aparezca la figura del resarcimiento de los daños y perjuicios como sanción complementaria según la ley, pero que sólo ésta la hace existir como castigo al incumplidor, y en cierta forma opcional y dispositiva para el acreedor, más la resolución y rescisión de contratos es una figura en esencia y naturaleza doctrinal, una forma pacífica, amistosa, conveniente, idónea y preponderante para solucionar cualquier problema de incumplimiento de obligaciones civiles en un contrato sinalagmático.

C O N C L U S I O N E S

1.- LA RESCISION ES LA ESPECIE DE LA RESOLUCION, Y COMO TAL ES EL MEDIO TECNICO JURIDICO QUE DESTRUYE LOS EFECTOS DE UN INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN UN CONTRATO, PRETENDIENDO LOGRAR QUE LAS PRESTACIONES OTORGADAS ENTRE LOS CONTRATANTES, REGRESEN AL PATRIMONIO DE ESTOS.

2.- EL DERECHO DE LA VICTIMA DE UN HECHO ILICITO PARA PEDIR LA RESCISION DEL CONTRATO LO TIENE DESDE EL MOMENTO EN QUE SURGE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL MISMO; ES MAS, LA LEY DISPONE LA FICCION JURIDICA DE QUE DESDE EL MOMENTO DE SU CELEBRACION, LAS PARTES OBTIENEN EL DERECHO A LA RESOLUCION PARA EL CASO DE QUE ALGUNA DEELLAS NO CUMPLA LO QUE LE INCUMBE.

3.- EL DERECHO DE RESOLUCION ES IRRENUNCIABLE AUN CUANDO ELLO QUEDARA EXPRESAMENTE CONVENIDO POR LAS PARTES, Y EN EL SUPUESTO DE QUE SE RENUNCIE A QUE UNA RESCISION OPERE DE PLENO DERECHO, SUBSISTIRA LA FORMA JUDICIAL.

4.- LA ACCION RESCISORIA ES PROPIAMENTE LA FORMA DE EJERCITAR EL DERECHO DE RESOLUCION LLEVADO A CABO ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

5.- LA RESCISION DEBE DE OPERAR PREFERENTEMENTE DE PLENO DERECHO, SIN NECESIDAD DE LA INTERVENCION JUDICIAL, PARA LOGRAR SU ABSOLUTA EFICACIA.

6.- LA RESTITUCION ES EL EFECTO MAS IMPORTANTE DE LA RESCISION, YA QUE REGRESA LAS COSAS AL ESTADO ANTERIOR QUE GUARDABAN A LA CONTRATACION, ADEMAS DE SER EL EFECTO MAS IGUALITARIO QUE ENCONTRAMOS EN SU ANALISIS.

7.- EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS COMO UNA SANCCION COMPLEMENTARIA A LA RESCISION DE UN CONTRATO, DEBE DE DEJAR DE SER EN CUALQUIER CASO UNA RECLAMACION MERAMENTE HIPOTETICA DE QUIEN LA INVOCA, DE-

BIENDO ESTE ULTIMO COMPROBARLA COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO----
OBLIGACIONAL QUE DIO LUGAR PRECISAMENTE A LA RESCISION.

8.- LA RESCISION " IPSO JURE " ES UNA FIGURA IDONEA JURIDICAMENTE---
PARA ATACAR EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, PORQUE AL HACERLO EVITA-
LA CONTROVERSA JUDICIAL DE LAS PARTES CONTRATANTES, LOGRANDO ECONOMIA-
PROCESAL EN LOS TRIBUNALES.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Bejarano Sánchez Manuel. OBLIGACIONES CIVILES. Ed. Harla. México, 1982.
- 2.- Borja Soriano, Manuel. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Edic. 8a. Ed. Porrúa. México, 1982.
- 3.- Castán Tobeñas, José. DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FORAL. T. II. Edic. 6a. Ed. Reus. Madrid, 1946.
- 4.- Gaudement, Eugene. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Ed. Porrúa. México, 1974.
- 5.- Giorgi, Jorge. TEORIA DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO MODERNO. Edic. 2a. Vol. IX. Ed. Reus. Madrid, 1930.
- 6.- Gutiérrez y González, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. -- Edic. 5a. Ed. Cajica. Puebla, Pue., México, 1980.
- 7.- Josserand, Louis. DERECHO CIVIL. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. T. II. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa América, Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires, 1950.
- 8.- Mazeaud, Henri y León. COMPENDIO DEL TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUOSA Y CONTRACTUAL (traducida)--- T.I. Ed. Colmex. México, 1945.
- 9.- Planiol, Marcel y Ripert, George. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL. FRANCÉS. Primera parte (Las Obligaciones). T. VI. Edic. Cultural. Cuba, 1946.
- 10.- Pina Vara, Rafael De. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. (Obligaciones Civiles, contratos en general). -- Edic. 3a. Vol. 3o. Ed. Porrúa. México, 1973.

- 11.- Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. T. III. Edic. 9a. Ed. Porrúa. México, 1980.
- 12.- Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. T. - V. Vol. I. (Obligaciones). Edic. 3a. Ed. Porrúa. México, - 1975.
- 13.- Sánchez Medal Urquiza, José Ramón. LA RESOLUCION DE - LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO. Ed. Porrúa. México, 1979.
- 14.- Trabucchi, Alberto. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL - II. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. Edic. 5a. Ed. Revista de - Derecho Privado. Madrid, 1967.
- 15.- Valencia Zea, Arturo. DERECHO CIVIL. (Obligaciones) - T. III. Ed. Temis. Bogotá, 1960.
- 16.- Valverde y Valverde, Calixto. TRATADO DE DERECHO CI - VIL ESPAÑOL. Edic. 3a. T. III. Ed. Cuesta. España.
- 17.- CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.