

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

1. Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita

SENTENCIA 9 JUNIO 1950 (*)

COMENTARIO

I

La *quaestio iuris* planteada en esta ocasión al Supremo se reducía, en síntesis, a esto: ¿Un retraso de escasa importancia en la entrega de la obra convenida, puede ser calificado como incumplimiento a efectos de estimar procedente la resolución del contrato?

El T. S. entendió que no basta que una de las partes haya ejercitado la facultad resolutoria del artículo 1.124 para que produzca efectos jurídicos, sino que es preciso que tal resolución proceda en derecho, lo que niega en su sentencia por juzgar que en el caso de autos el retraso no es excesivo, teniendo en cuenta la facultad que para moderar y prorrogar ese plazo de cumplimiento tienen los Tribunales, según las sentencias de 5 de julio de 1941 y 28 de enero de 1944, añadiendo que no constituye la manifestación de voluntad deliberadamente rebelde o hecho definitivamente obstativo al cumplimiento que exigen las sentencias de 24 de octubre de 1941 y 12 de abril de 1945 para la aplicación del art. 1.124 del Código civil (1).

Los antecedentes de esta curiosa sentencia de nuestro más Alto Tribunal hay que buscarlos en una de 5 de enero de 1935, según la cual se requiere verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes para que pros-

(*) Vide antecedentes, motivos del recurso y considerandos en este ANUARIO, tomo III, fascículo 3, julio-septiembre 1950, págs. 976-978.

(1) En este último sentido se expresan también las Sentencias de 5 de enero de 1935, 5 y 9 de julio de 1941, 10 de marzo de 1949, 9 de marzo de 1950 y 13 de mayo de 1950. En casi todas ellas se repite que el principio de equidad a que responde el artículo 1.124 del Código civil revela el inequívoco propósito de impedir, en homenaje al respeto que los contratos lícitos y válidamente pactados merecen, que se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida. La Sentencia de 21 de mayo de 1948, en cambio, dijo que es inoperante el motivo que acusa violación del artículo 1.124 por suponer el recurrente que era necesario para decretar la resolución del contrato apreciar voluntad deliberada de no cumplir, siendo así que el citado artículo no alude para nada a tal requisito que arbitrariamente se le añade, debiendo, por otra parte, presumirse normalmente esa voluntad deliberada por el hecho del incumplimiento voluntario.

pere la facultad del artículo 1.124, no bastando el *simple retardo*, y también en la sentencia de 10 de marzo de 1939, en la que se dijo que el *mero retraso temporal y justificado*, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto.

II

Entre nosotros, que sepamos, tan sólo Pérez y Alguer, en sus anotaciones al Tratado de Enneccerus (2), se habían ocupado con anterioridad del problema.

Al fijar las consecuencias que la «*mora debitoris*» produce en el Código civil español dicen que el acreedor puede exigir la prestación debida y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso (arts. 1.100 y 1.101). A su juicio, en nuestro Derecho no hay un precepto cabalmente correlativo al § 286 ap. 2 del B. G. B. y, por tanto, no cabe decir sin más que, alegando no tener ya interés en la prestación debida, el acreedor puede rechazarla y reclamar indemnización por incumplimiento. Para sostenerlo—añaden—sería menester un precepto que autorizase a afirmar la identidad de los conceptos *retraso en el cumplimiento* e *incumplimiento*. Ahora bien, por otro lado, no puede decirse que el término incumplimiento signifique lo mismo que falta de cumplimiento con *imposibilidad de cumplir*. Esta afirmación—continúan—chocaría con el sentido del art. 1.124 ap. 2, pues la opción que en él se concede al perjudicado no presupone imposibilidad de cumplimiento—sería un contrasentido la facultad de optar por lo imposible—, pero sí requiere incumplimiento (art. 1.124 ap. 1).

Partiendo del principio general de la buena fe (art. 1.258), que debe presidir todo el desarrollo de las relaciones entre acreedor y deudor, y la de finalidad capital del derecho de crédito, que consiste en la satisfacción de un interés digno de protección del acreedor, creen que la dificultad concreta planteada por la ausencia de una norma que establezca la ecuación retraso-incumplimiento, puede resolverse así: a) Si el retraso en el cumplimiento significara la *no satisfacción plena del interés del acreedor*, éste podría rechazar la prestación y, por tanto, reclamar la indemnización por incumplimiento (artículo 1.101), invocando por analogía el art. 1.166, porque la identidad de la prestación originariamente debida con la prestación que el deudor pretende realizar, no consiste tanto en que una y otra tengan por contenido la misma cosa o el mismo hecho como en que una y otra determinen por igual la satisfacción de acreedor. b) Por el contrario, si el retraso en la prestación no implica la falta de satisfacción del acreedor, éste no podría rechazar la prestación *tarde*, siempre a condición—claro está—de que se le abonen los daños y perjuicios causados por el retraso.

En cuanto a las obligaciones recíprocas—que son las que más directamente nos interesan—, entienden que al acreedor se le ofrecen estas tres posibilidades:

- a) Puede exigir la prestación debida y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso (arts. 1.100 ap. 1, 1.101 y 1.124 ap. 2).
- b) Puede fijar al deudor un plazo prudencial para el cumplimiento, advir-

(2) Tomo II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, Barcelona, 1933, págs. 265-266.

tiéndole que rechazará la prestación posterior y, después de transcurrir este plazo, reclamar indemnización por incumplimiento o resolver el contrato. Dentro de nuestro Derecho, no hay inconveniente en aceptar esto, a reserva de su examen y sanción por los Tribunales en caso de controversia acerca de la procedencia de la resolución, ya que, según la jurisprudencia, supuesto el incumplimiento de una parte, la otra puede dar por resueltas las obligaciones, sin necesidad de la declaración previa de los Tribunales.

c) Puede rechazar sin más la prestación y exigir indemnización por incumplimiento o resolver el contrato (con el resarcimiento de los daños y abono de los perjuicios causados), *si el cumplimiento de la obligación ya no tiene ningún interés para el acreedor* (art. 1.124 ap. 2 y argumentos expuestos *supra*, a propósito de las consecuencias de la mora en las obligaciones unilaterales). También podrá pedir la resolución—según dispone el art. 1.124 ap. 2, prop. 2—aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

En la opinión de Pérez y Alguer, ese condicionamiento de la última posibilidad está corroborado, además, por el art. 1.124 ap. 3, pues la facultad que en él se concede a los Tribunales parece indicada para estos casos de retraso en el cumplimiento que no determina la imposibilidad de éste y en que la justa causa para no decretar la resolución pedida y fijar plazo no puede ser sino la consideración de que la prestación es susceptible aún de tener interés para el acreedor.

Resumiendo, pues, en las obligaciones recíprocas sí, a pesar del retardo, el cumplimiento de una de las partes aún tiene interés para la otra, ésta no podrá rechazar la prestación ni pedir la resolución del vínculo por incumplimiento. Los Tribunales, por esta justa causa, podrán denegar el pedido, señalando plazo de cumplimiento según su prudente arbitrio.

III

Como se ve, esta doctrina no difiere substancialmente de la establecida por la sentencia anotada, puesto que un retraso no excesivo en poco o en nada disminuirá el interés actual del acreedor en el cumplimiento.

¿Mas qué decir de semejante doctrina?

Presupuesto de aplicación del art. 1.124 es la *falta de cumplimiento* de uno de los obligados en las obligaciones recíprocas (contratos bilaterales). Siendo esto así, cabe preguntar si aun el mero retardo en el cumplimiento (*mora debitoris*) puede legitimar el ejercicio de la facultad resolutoria del mencionado artículo.

En efecto, cuando el deudor no cumple puntualmente no es dado concluir sin más que ya no cumplirá: puede ser que la aparente falta de cumplimiento se resuelva en un cumplimiento tardío. Ahora bien: como únicamente la sucesiva conducta del deudor permite establecer si su estado constituye *ab origine* un incumplimiento definitivo o bien una simple demora en cumplir la obligación, cabría pensar que tal incertidumbre no debe ser obstáculo para que el acreedor pida la resolución. Así opina Messineo, para quien es irrelevante toda

distinción entre incumplimiento absoluto e incumplimiento temporal (mora) (3). Sin embargo, puesto que la Ley entiende implícita la facultad resolutoria «para el caso de que uno de los obligados *no cumplere* lo que le incumbe», no se puede extender siempre el remedio excepcional y gravísimo de la resolución a los supuestos de cumplimiento *inexacto*, los cuales implican el cumplimiento, si bien de forma imperfecta, ya sea por razón del *tiempo*, lugar o modo. En tales casos—siempre que el cumplimiento irritual no equivalga al verdadero y propio incumplimiento—creemos que el remedio no será la facultad resolutoria del art. 1.124, sino únicamente la «*exceptio non rite adimpletus contractus*», que como se sabe descansa en el defectuoso cumplimiento de la prestación, por no ser del todo conforme con los requisitos de lugar, tiempo o modo de satisfacción (4).

En verdad, cualquier especie de incumplimiento no debe servir de base para la resolución, sino sólo aquel que, siendo imputable (5), constituya por su gra-

(3) MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3.ª ed., Milán, 1948, pág. 477. Entre los autores italianos ha surgido la duda de si para pedir la resolución del contrato por incumplimiento es necesaria la previa constitución en mora del que incumple su obligación. Así, RUBINO (*Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1947, I, págs. 55-67) considera indispensable la constitución en mora (por medio de intimación o requerimiento por escrito), salvo los casos en que el deudor incurre *de iure* en el estado de mora, dado que sin ella no existe incumplimiento, pues no se ha manifestado todavía la eventual voluntad de no cumplir. Por lo que el deudor no constituido en mora podría ofrecer la propia prestación hasta la primera audiencia. Pero a esto se ha opuesto que la *mora debitoris* es una posible consecuencia del *inexacto* cumplimiento y no un presupuesto esencial o *conditio sine qua non* de la resolución (FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione del debitore*, Milán, 1947, pág. 135, nota 75). En nuestro Derecho, el artículo 1.100, ap. 3, dispone que «en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro». La Sentencia de 22 de marzo de 1950 afirma que incumplido el compromiso por el deudor, no tiene el acreedor precisión de requerirle para situarla en mora, porque, a tenor de lo estatuido en el artículo 1.100 del Código civil, en las obligaciones recíprocas es innecesaria toda interpelación, por lo mismo que, desde que uno de los obligados no cumple su obligación, comienza la mora para el otro. Y la de 20 de febrero de 1950 declara que en las obligaciones recíprocas el cumplimiento de la obligación por uno de los contratantes determina la mora para el otro, sin que sea precisa la intimación del acreedor cuando la obligación, como ocurrió en el supuesto de autos, así lo declare expresamente (cfr. artículo 1.100, ap. 2, núm. 1). No declarándolo y existiendo término de cumplimiento, tampoco será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista, siempre que se verifique lo establecido en el núm. 2, ap. 2, del mencionado artículo: de lo contrario, en las obligaciones recíprocas con una de las prestaciones sujeta a plazo, la previa intimación y la consiguiente constitución en mora son imprescindibles para que pueda decretarse la resolución.

(4) En el caso de que tan sólo se cumpla en parte, procederá la resolución parcial del contrato en cuanto al resto y cabrá oponer una *exceptio non adimpleti contractus* limitada.

(5) En el mismo sentido TRAVISSAS, *Obligaciones recíprocas*, en *Revista de Derecho privado*, 1929, págs. 278-279. Según las Sentencias de 24 de octubre de 1899, 29 de noviembre de 1912 y 24 de octubre de 1941, para que la acción del artículo 1.124 prospere ha de justificarse que el incumplimiento de las obligaciones del deudor se debe a causas imputables. Queda así descartada la viabilidad de la resolución por causas no imputables al deudor (imposibilidad *stricto sensu*, que tradicionalmente se restringe al caso fortuito y a la fuerza mayor). Pero la disciplina de la resolución es menos rigurosa que la del incumplimiento o *inexacto* incumplimiento. Esta (art. 1.101) toma en cuenta una culpa más leve, comprendiendo por tanto mayor número de casos, mientras que la disciplina de la resolución debe ser restringida, exigiéndose una especie de culpa más grave y cualificada. Entende-

vedad una verdadera inejecución, por no satisfacer ya plenamente el interés de la parte a quien la prestación ha de ser entregada (6).

Con otras palabras, el contrato es irresoluble si el cumplimiento inexacto de una de las partes tiene escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra (7).

La razón de por qué la leve entidad del incumplimiento precluye la resolución, reside, al mismo tiempo, en el principio de la permanencia de las relaciones lícita y válidamente constituidas y en el principio de la buena fe contractual.

Aquel principio, del que en más de una ocasión se ha hecho ya eco el T. S. (8), impone el mantenimiento y respeto de los contratos que podrían decaer a causa de un perjuicio *in actu* o *in fieri* de una de las partes, cuando tal perjuicio sea removido, evitado o irrelevante.

Directriz que asegura el normal y eficiente desarrollo de las relaciones económicas sobre la base segura de la buena fe, que en nuestro caso debe ser respetada. No es posible hacer depender la suerte del contrato de circunstancias de incumplimiento en sí mismas irrelevantes o menospreciables, para derivar de la facultad resolutoria un provecho desprovisto de causa legítima e idónea: como en el cumplimiento no ritual, a diferencia del incumplimiento absoluto, hay, o por lo menos puede haber, plena actuación del interés originario del acreedor, la medida un tanto desesperada del art. 1.124 no tiene razón de ser

moa que la resolución sólo procederá en estos dos casos: a) incumplimiento de mala fe (en sentido objetivo, es decir, consciente y resuelta actitud negativa contraria al deber general de buena fe, que debe presidir todo el normal desarrollo del vínculo contractual (arg. art. 1.258); b) cumplimiento imposible (con imposibilidad *lato sensu*) por impedirlo el hecho obstativo de la insolvencia o impotencia económica del deudor que se considera siempre culposa).

(6) El incumplimiento ha de ser, por tanto, grave. Para que la resolución tenga lugar hace falta que el Juez considere *substancial* la sobrevenida violación del contrato, de tal manera que legitime la demanda del acreedor dirigida a resolver el vínculo contractual. La jurisprudencia tiene declarado que para el éxito de la acción resolutoria es preciso que el incumplimiento sea *substancial*. Doctrina que, según la Sentencia de 22 de marzo de 1950, tiene que resultar condicionada en la práctica por las modalidades que, en cada caso concreto, entrañan las cuestiones de hecho que integran el litigio.

(7) El nuevo Código civil italiano dispone expresamente en su artículo 1.455: «Il contratto non si può risolvere se l'adempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.» Sobre el motivo inspirador de la norma, vide G. B. FUNAIOLI, *Domanda di risoluzione per inadempimento e adempimento*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1943, II, págs. 159-165, cuyas atinadas observaciones hemos tenido muy en cuenta a lo largo de este comentario.

(8) Últimamente, la Sentencia de 10 de marzo de 1949 dijo que «el deber de fidelidad o de acatamiento a la palabra dada, que informa el principio fundamental en contratación *pacta sunt servanda* y late concretamente en el artículo 1.124 del Código civil, en cuanto supone implícita en las obligaciones recíprocas la facultad de resolverlas si uno de los obligados no cumple lo que le incumbe, ha dado ocasión a reiteradas declaraciones de esta Sala, con marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual en tanto no se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado, o un hecho no imputable al deudor, que de modo absoluto y definitivo impida el cumplimiento de la relación contractual, de tal suerte que, en principio y a salvo los negocios a fecha fija en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida, el mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto, ni puede romperlo el contratante que primeramente abandona su recíproca prestación como no sea por causa determinante en el aspecto jurídico de caso fortuito o fuerza mayor con efectos restrictivos y no completamente suspensivos».

y, por tanto, aquél no puede pretenderla. En estos casos de cumplimiento irri-
tual o defectuoso sería abusivo que se permitiera el recurso último de la lla-
mada *condictio* resolutoria tácita, violando así el deber general de buena fe
que domina la ejecución de todos los contratos (art. 1.258 C. c.).

En vínculo contractual no se resuelve, pues, en los supuestos de incumplimiento de escasa importancia, o mejor, en los casos de cumplimiento inexacto, siempre—claro está—que no asuma caracteres de gravedad.

Entre ellos hay que situar, ante todo, el cumplimiento tardío o extemporáneo, cuando la demora no supere ciertos límites, es decir, *cuando el retraso no sea excesivo*, como dice el Supremo en la sentencia comentada, al hacerse eco de las palabras del Tribunal *a quo*.

La valoración de la entidad del incumplimiento—concretamente, del cumplimiento retrasado—debe remitirse al prudente arbitrio del Juez, quien apreciará la importancia del retardo, teniendo presente el juego de los intereses de las partes y su influjo sobre el desenvolvimiento normal del negocio (9).

Pero la apreciación judicial puede, en algunos casos, ser sustituida por una apreciación legal, como ocurre, por ejemplo, en la venta de inmuebles con cláusula resolutoria expresa (10) pues, entonces, el cumplimiento (pago del pre-

(9) Según PESTALOZZA (*Ritardo e risoluzione giudiziale del contratto*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1920, II, págs. 325-327), ver si el retardo es de tal manera grave que legitime la resolución, constituye una cuestión de hecho que no parece siquiera oportuno averiguar con argumentos *a priori*. A su juicio, dado el fundamento histórico del instituto de la resolución (la ficción de la voluntad de las partes), se debe averiguar en cada caso si la parte que incumple habría rehusado contratar cuando la prestación le hubiera sido prometida con una ejecución tan retrasada. Es decir, a los fines de esta indignación, debe acudirse a la intención de las partes en el momento de la constitución del vínculo: la referencia al actual defecto de interés del acreedor en recibir la prestación no sería legítima, pudiendo pesar solamente a efectos del resarcimiento del daño, para lo que no basta el retardo, sino que es preciso aquel retraso cualificado por la culpa y por la constitución en mora, que técnicamente se llama al punto *mora*. La voluntad de las partes se manifiesta en mil señales, y es aquí, al interpretar esa voluntad y al valorar con relación a ella la importancia del incumplimiento representado por el retardo, donde radica el delicado y difícil cometido del magistrado llamado a resolver judicialmente un contrato.

Por nuestra parte creemos que a lo que hay que atender es al interés actual del acreedor en el cumplimiento tardío y ello porque, según la doctrina que nos parece preferible, el fundamento jurídico de la resolución no reside en la voluntad presunta de las partes (que eleve el posible incumplimiento de una de ellas a la categoría de *condición* resolutoria tácita o sobrentendida), sino que responde al principio de equidad, como repetidas veces ha dicho el Supremo, que habla de «facultad» y no de «condición resolutoria tácita», siguiendo así la afortunada terminología de nuestro Código. La resolución por incumplimiento consiste, pues, en un poder o facultad de resolución proveniente de la ley (artículo 1.124), justificada por la idea de equidad, y cuya función es mantener el equilibrio económico a favor de la parte fiel y cumplidora, perjudicada por el no cumplimiento de la parte contraria. Fundamenta también en la equidad la resolución que establece el artículo 1.124, TRAVESAS, *op. cit.*, pág. 277. Para MASSIMO, en cambio, la justificación dogmática del instituto está en la *sobrevenida falta de causa de la obligación* (*op. cit.*, págs. 474 y sigs.). ALCETTA (*La risoluzione per inadempimento*, Milán, 1942, págs. 115 y sigs.) descubre en la resolución una sanción del contratante infiel.

(10) Según la Sentencia de 9 de marzo de 1950, lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código civil es de aplicación, tanto al caso de existir pacto comisorio expreso, como en el de no existir tal pacto, consistiendo la especialidad del precepto en exigir, como requisito previo para que se opere la resolución de la venta de bienes inmuebles por falta de pago del precio, la existencia de un requerimiento hecho por el vendedor al comprador, o sea una declaración de voluntad del primero, expresada en forma auténtica y que haga patente su propósito de optar por la resolución.

cio) tardío hasta que el comprador sea requerido judicialmente o por acta notarial se admite siempre y, hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término (art. 1.504). Así, pues, se excluye la resolución del contrato, prescindiendo de valoraciones subjetivas, por considerarse objetivamente que existe un incumplimiento de escasa importancia. Ello no implica ninguna desviación de los principios que informan la condición resolutoria tácita (artículo 1.124 ap. 3, según la interpretación recogida más arriba). Tan sólo se substraer aquí a la apreciación judicial el juego de los intereses de las partes, revelador de la escasa importancia del incumplimiento, que es directamente reconocida *ex lege*. Lo que, en esta materia, confirma el favor legislativo que merece la estabilidad del contrato.

Concluyendo, la doctrina sentada por esta sentencia del T. S., fruto de la moderna tendencia jurisprudencial que, inspirada en la idea de equidad (11), se esfuerza en procurar las soluciones más justas, aun sacrificando muchas veces la seca y rígida lógica jurídica, sorda a las exigencias siempre cambiantes del concreto y flúido vivir social, sólo plácemes merece y debe ser acogida con entera simpatía por todos los que, con Celso, están convencidos de que el Derecho es «arte de lo bueno y de lo justo».

Acaso puedan parecer ilógicas sus consecuencias (12), pero lo cierto es que la máxima del Supremo responde al deseo, muy sentido, de humanizar el *ius obligationis*, hallándose los contratantes bajo el amparo seguro de la sombra bienhechora proyectada por el principio de buena fe.

¡Es tan humano pasar por alto la pequeña falta de puntualidad del que debe! Un simple olvido o, tal vez, serias circunstancias no previstas ni queridas pueden justificar, según la prudente valoración del Juez, el retraso en el cumplimiento, *a parte debitoris* y excluir la culpa necesaria («mala fe», en sentido objetivo) para que la otra parte pueda pedir la resolución del vínculo (13), en cuyo caso el mero retardo no constituye, por sí solo, razón suficiente para obtenerla, existiendo buena fe. Cierta que, entonces, el acreedor tendrá derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la demora, pero no la resolución.

Hay aquí, finalmente, amplio campo para un juicio de valor, no sólo a efectos de indagar si el incumplimiento es o no imputable al deudor moroso,

(11) CASTÁN, *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*, Madrid, 1950; *La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines*, Madrid, 1950. Es ésta una de las más fecundas directrices imprimidas al Tribunal Supremo por su ilustre Presidente.

(12) Así lo cree, por ejemplo, RICA-BARBORIS, *Illogicità degli effetti della condizione risolutiva tacita*, en *Il Foro italiano*, 1937, pág. IV, col. 128-131, según el cual, lógicamente, el efecto de la condición resolutoria tácita no puede ser nunca diverso del efecto propio de la condición resolutoria expresa, y por ello, en su opinión, una vez admitida la primera, haría falta establecer netamente que «para el caso de que una de las partes no satisfaga su obligación, el contrato bilateral se resuelve de pleno derecho».

(13) «Dificultad no es imposibilidad—dice la Sentencia de 10 de marzo de 1949—, y si efectivamente hubieran surgido dificultades para preparar la documentación, determinarían justo motivo para suspender o retardar el cumplimiento del contrato y para enervar la acción resolutoria si fuera ejercitada por el comprador, pero no habilitan o legitiman al vendedor que ha incumplido para optar por la disolución del vínculo contractual, pues frente a él se alzaría la *exceptio non adimpleti contractus*, implícita en el intercambio de prestaciones del convenio bilateral.»

sino también con el fin de determinar su gravedad dentro de la economía total del negocio. El arbitrio judicial puede ser así un magnífico instrumento de humanización de las relaciones contractuales, suavizando asperezas, tornando flexibles los rígidos principios de la Ley y evitando posibles consecuencias altamente dañosas o injustas (14).

Juan Bautista JORDANO

(14) Lo dicho a propósito de la facultad resolutoria tácita es, desde luego, también aplicable a la cláusula resolutoria expresa, que—según creemos—no opera automáticamente, como por el contrario sostiene RICA-BARBBERIS en el pasaje más arriba transcrito. Buena prueba de ello es lo dispuesto en el artículo 1.504 C. c., examinado ya en el texto. En el mismo sentido, vide C. A. FUNAIOLI, *Effetti della clausola risolutiva espressa*, en *Il Foro italiano*, 1949, pág. IV, col. 81-89. *Contra*: GAUDENZI, *Clausola risolutiva espressa e adempimento tardivo*, *ibidem*, 1948, pág. IV, col. 7-19, y *Ancora sulla clausola risolutiva espressa e l'adempimento tardivo*, *ibidem*, 1949, pág. I, col. 101-106.

Muy diversa es la cosa cuando para la ejecución se estipula un término esencial en el interés del acreedor, pues entonces el eventual retardo en el cumplimiento (*mora solvendi*) tiene respecto de aquél consecuencias semejantes a las del incumplimiento, en tanto en cuanto que el retraso priva de todo valor a la prestación, haciendo desaparecer el fin económico-social (causa) del contrato: es el caso del «negocio a fecha fija» (*Fixgeschäft* de la doctrina alemana). De él se hace eco, entre otras, la Sentencia de 10 de diciembre de 1947 cuando dice en uno de sus considerandos que «las causas de extinción de las obligaciones no están señaladas de modo exhaustivo en el artículo 1.156 del Código civil, según dijo ya esta Sala en Sentencia de 5 de diciembre de 1940, y entre otros modos cancelatorios, no comprendidos en dicho precepto legal, cabe incluir el de haber expirado el plazo de aquellas obligaciones que no son susceptibles de prestación tardía por haber sido elevado a la categoría de condición esencial el cumplimiento imperioso en una fecha o período de tiempo determinados, como momento único en que la prestación puede rendir el provecho o utilidad que los interesados persiguen al celebrar el contrato, y en estos negocios a fecha fija, vencido el plazo sin que la obligación haya sido cumplida, surge la mora del deudor, a efectos de reclamación de daños y perjuicios, sin necesidad de intimación por parte del acreedor, según prescribe el artículo 1.100 del Código civil; pero ya no es posible exigir eficazmente el cumplimiento de la obligación, tanto porque jurídicamente había fenecido, como porque el cumplimiento extemporáneo, además de contrariar los términos del consentimiento dado, podría prestarse a especulaciones del acreedor que quisiera aprovecharse de una alteración de las circunstancias contractuales, determinante de un mayor lucro para él a costa del deudor, agravado en su responsabilidad con una prestación excesivamente onerosa, o, a la inversa, podría llevar a un lucro ilícito del deudor en el supuesto contrario de alteración sobrevenida que le favoreciera a él y perjudicase al deudor». Según se desprende de la Sentencia de 10 de marzo de 1949, antes referida (vide nota 8), en los negocios a fecha fija, en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida, aun el mero retraso temporal y justificado es suficiente para romper el pacto, en virtud de la facultad resolutoria de artículo 1.124.

Sobre el término esencial, vide NICOLA, *Termine essenziale e mora debendi*, en *Il Foro italiano*, 1944-1946, col. 933-935; NATOLI, *Il termine essenziale*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1947, I, págs. 221-240; MESSINGRO, *op. cit.*, págs. 466-490.