

TEORÍA

DE LAS

OBLIGACIONES

EN EL
DERECHO MODERNO

EXPUESTA

conforme á la doctrina y á la jurisprudencia italiana, francesa,
alemana, etc., etc.,

POR

JORGE GIORGI

Senador del Reino y Presidente del Consejo de Estado.



Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo á las legislaciones
española y americanas, por la Redacción de la

REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Y PRECEDIDA DE UNA INTRODUCCIÓN

DEL

EXCMO. SR. D. EDUARDO DATO IRADIER

Director de la expresada REVISTA:



VOLUMEN VII

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES
PAGO — OFERTA REAL — «DATIO INSOLUTUM»
REMISIÓN — NOVACIÓN

MADRID

HIJOS DE REUS, EDITORES
Cañizares, 3, duplicado.

1912

INDICACIÓN

DE LOS AUTORES Y DE LAS OBRAS DE JURISPRUDENCIA

CITADOS EN EL VOLUMEN

Y OBSERVACIONES ACERCA DEL MODO COMO SE LES CITA.



El primer número indica el artículo comentado; los sucesivos, cuando existan, las divisiones del comentario.

Borsari. Commentario al Codice civile.

Larombière. Théorie et pratique des obligations.

Marcadé et Pont. { Explication théorique et pratique du Code Napoléon.
{ Continuation, et Petits contrats (*Con explicita indicación del tratado*).

El primer número indica el tomo; los sucesivos, si van precedidos por la palabra pág., la página y los números progresivos de cada obra con sus subdivisiones, donde las haya.

Bédarride. Droit commercial (*Con cita especial del tratado*).

Championnière et Rigaud. Traité des droits d'enregistrement, etc.

Coin-Delisle. Commentaire analytique du Code civil.

Delamàre et Lepoitvin. Traité théorique et pratique de droit commercial, etc.

Delvincourt. Cours de droit civil, etc. (*Con explicita mención del tratado citado*).

Demante et Colmet de Santerre. Cours analytique de Code civil par **A. Demante**, continué depuis l'article 980 par **E. Colmet de Santerre**.

Demolombe. Cours de Code Napoléon. Traité des contrats et des obligations (*Donde se citan diferentes tratados se hace explicita mención*).

Duplessis. Étude sur la novation et la délégation en droit romain et en droit français, etc.

Duranton. Cours de droit français suivant le Code civil. *Ed. de Paris.*

- Laurent.** Principes de droit civil.
- Loché** Législation civile, commerciale et criminelle de la France.
- Mourlon.** Répétitions écrites sur le Code Napoléon. (*Cuando se cita el examen du comentario de Troplong, etc., se hace mención especial*).
- Pacifico-Mazzoni** Istituzioni di diritto civile italiano, 4.^a edición, hasta el vol. VI con notas **Venzi**; 3.^a edición, *idem* los volúmenes sucesivos).
- Ricci.** Corso di diritto civile, ecc.
- Savigny.** Le droit des Obligations, **Gérardin** et **Jozon** Trad.
- Toulier** (e **Duvergier sur**) Le droit civil français suivant l'ordre du Code (*Ed. de Paris*).

El primer número indica el párrafo; el segundo, cuando lo haya, la nota.

- Aubry et Rau** Cours de droit civil français, 4.^a edición.
- Massé et Vergé sur Zachariae.** Le droit civil français par **K. S. Zachariae**.
- Maynz.** Traité des obligations.
- Mühlenbruch.** Doctrina Pandectarum.

El número indica la página, si va precedido de pág.; ó la numeración de los párrafos.

- Baudry-Lacantinerie** et **Barde.** Traité théor. et prat. de droit civil, (*citado por abreviación, Lacantinerie*).
- Bianchi Emilio.** Delle ipoteche.
- Biooi.** Della surroga ipotecaria per evizione.
- Chiesi.** Il sistema ipotecario illustrato.
- Domenget.** Du mandat, de la commission et de la gestion d'affaires.
- Gasca.** Trattato della compra vendita.
- Gauthier.** Traité de la subrogation de personnes. Paris, 1853.
- Huo et Orsier.** Le Code civil italien et le Code Napoléon
- Luzzati.** Della trascrizione. 2.^a edición.
- Maleville.** Analyse raisonné de la discussion du Code civil au Conseil d'État.
- Maurizi.** Della novazione nel diritto cambiario.
- Mirabelii.** { Del Diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano.
Vol. II. Della surroga legale.
Delle ipoteche.
Della prescrizione.

- Mourlon.** Traité des subrogations personnelles. Paris, 1848.
Molitor. Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français.
Renusson. Traité de la subrogation. Paris, 1702.
Saleilles. Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand.
Schupfer. Il diritto delle obbligazioni secondo i principii del diritto romano.
Silotti. Del pagamento nel diritto privato italiano.
Supino. Del conto corrente.
Troplong. Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code (*Con esplicación especial de cada comentario ó tratado*).

Los dos primeros números indican el libro y el título de las Pandectas, y el tercero, el número del comentario.

Voet. Commentarius ad Pandectas.

Con indicación especial del pasaje citado.

- Arndts-Serafini.** Trattato delle Pandette. 4.^a Edizione.
Bartolus. Commentaria.
Brunemannus. Commentarius in Pandectas et in Codicem.
Brissonius. Tractatus de solutione (Ediz. di Leida, 1849).
Castrensis Paulus. Commentaria in primam et secundam ff. veteris, etc., etc.
Cuiacius. Opera Omnia.
Dernburg. Pandekten, 5.^a edición.
Donellus. Opera omnia.
De Luoa. { Theatrum veritatis et iustitiae (*con indicación especial de cada tratado*).
 { Il Dottor volgare.
Faber Antonius. { Codex Fabrianus.
 { Rationalia in Pandectas.
Fachineus. Controversiae.
Maurus. Tractatus de solutionibus, obligationibus, novationibus.
Molineus (Dumoulin). { De dividuis et individuis.
 { De usuris.
Olea. De cessione iurium, et actionum.
Romussi. De solutione; de datione in solutum.
Sabelli. Summa, etc.
Salgadus. Labiryntus creditorum concurrentium, etc.

- Vinnius.* } Commentarius institutionum.
 } Tractatus de pactis, etc.
Windscheid. *Pandectas*, traduc. *Fadda* e *Bensa*.
Zanchi. De praelatione creditorum.
-

Está indicado el vocablo y el párrafo.

- Dalloz.* Répertoire méthodique et alphabétique de légis., de
 doct. et de jurisprudence.
Merlin. } Récueil alphabétique de questions de droits.
 } Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.
-

*Está indicado el tomo y el año de la obra, con el título
 de la monografía y el nombre del autor.*

- Archivio giuridico.* Dirigido por el prof. *Enrico Serafini*.
Circolo giuridico. Revista de legislación y de jurisprudencia, etc.
Il Filangieri. Revista periódica mensual de ciencias jurídicas,
 etc.
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Revue pratique de droit français.
Revue de droit international et de législation comparée. Bruselas.
Rivista italiana per le scienze giuridiche. Roma.
-

*El primer número indica el tomo ó el año; el último,
 la columna; los intermedios, la parte ó la sección.*

- Annali di giurisprudenza italiana.* Florencia, Roma.
Cassazione unica. Roma.
Circolo giuridico. Palermo.
Dalloz. Recueil des arrêts.
Devilleneuve et Carette. Recueil général des lois et des arrêts, etc.
Eco di giurisprudenza. Génova.
Diritto e giurisprudenza. Nápoles.
Diritto commerciale. Pisa.
Eco dei Tribunali. Roma.
Eco di giurisprudenza. Venecia.
Foro catanese. Catania.
Foro italiano. Roma.

Foro napoletano. Nápoles.

Foro siciliano. Palermo.

Journal du Palais. Jurisprudence française.

Gazzetta del Procuratore. Nápoles.

Gazzetta giudiziaria italiana. Génova.

Giurisprudenza casalese. Casale.

Giurisprudenza di Catania. Catania.

Giurisprudenza di Torino. Turin.

Giurisprudenza italiana (continuación *Bettini* y *Giuriati*). Pisa.

Giurisprudenza sarda. Cagliari.

La Legge. Monitor judicial, y administ. del Reino de Italia.
Roma.

Monitore dei Tribunali. Milán.

Pasicrisie Belge. Recueil général de la jurispr. des Cours de
Belgique.

Pasicrisie française. Recueil général de la jurispr. des Cours
de France

Rivista giuridica de Bolonia.

Rivista giuridica tranese. Trani.

Rivista universale di giur. e dottrina. Dirigida por los Aboga-
dos *Ciolfi* y *Mazza*. Roma.

Sinossi giuridica. Compendio ordinario de jurispr., dirigido por
el Abogado *Porto*. Roma.

Temi calabrese. Catanzaro.

Temi genovese. Génova.

Temi Eco di giurisprudenza. Venecia.

Tribuna giudiziaria. Nápoles.

LIBRO IV

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (1)

INTRODUCCIÓN

I

1. Nacimiento, vida, muerte, son los tres fenómenos con que todo ser se manifiesta y realiza su carrera en este mundo sublu-

(1) DERECHO COMPARADO. — *Extinción de las obligaciones. — Enumeración general de los modos singulares por los cuales se extinguen.*

A) *Derecho histórico: Legislación de Partida.* — *Modos aplicables á determinadas obligaciones.* — De pagas son tantas maneras quantas son naturas de deudas en que un ome se puede obligar a otro. Ca, según dizen los Sabios antiguos, pagando ome lo que deue, es libre de la obligación en que era, por lo que deuia dar ó fazer. E aun puede ome ser libre della por *quitamiento* (remisión ó condonación) ó por *renovar* pleyto otra vez, (novación) ó por *dar de mano* (subrogación) quien cumpla el pleyto, ó faga la paga, ó por *compensación*, que quier tanto dezir, como descontar un debdo por otro, ó por *muerte* de la cosa que deue ser dada, é en otras maneras muchas, que se muestran por las leyes de este título (*Ley 2^a, Título 14, Partida V*).

B. *Código civil.* — 1. *Enumeración de las causas extintivas generales según el vigente derecho.* — Nuestro Código civil, en sus disposiciones generales, siguen lo el precedente de la legislación alfonseña, enumera las siguientes: El pago ó cumplimiento; la pérdida de la cosa debida; la condonación de la deuda; la confusión de los derechos de acreedor y deudor; la compensación y la novación (*art. 1156 del Código civil español*).

Separándose del proyecto de Código civil de 1851, que entre las causas extintivas consideraba entre ellas á la delegación, la rescisión y la prescripción, nuestro vigente derecho altera la antigua clasificación de los autores, siguiendo, acaso, la brevísima enumeración de la ley de Partidas.

Separándose de los códigos francés é italiano y de la mayoría de los hispano americanos, omite acertadamente, á nuestro modo de ver, en la relación antes expuesta, la *delegación* y la *subrogación*, toda vez que una y otra son diversas modalidades del pago y de la novación; la rescisión puesto que supone un convenio, así como el mutuo disenso y la transacción que son verdaderas manifestaciones contractuales; la condición resolutoria, puesto que hasta que se cumpla ésta, no puede decirse que la obligación exista, y últimamente omite también la prescripción en la enumeración de los modos extintivos de las obligaciones, pero no porque estime que la prescripción no es causa de caducidad ó resolución, sino por ser un medio general y directo de la

nar. El ente abstracto tanto como el físico, el derecho tanto como la persona ó la cosa, la obligación tanto como el derecho patrimonial. En los tres primeros libros hemos dado cuenta del nacimiento y vida de las obligaciones. Réstanos para el cuarto, tratar de su muerte, es decir, las formas en que se extinguen.

La primera investigación ha de ser la de estas formas y cómo pueden clasificarse; mas no son precisas muchas palabras para demostrar que, puestos á un lado los cánones positivos, todas las

muerte de todas las acciones, derechos y obligaciones, y por lo tanto, ha querido, colocándola en título separado darla mayor relieve.

II. *Derecho hispano americano.*—*Enumeración de las causas generales que extinguen las obligaciones.*

Argentina.—Enumera los siguientes: Pago; la novación; la compensación; la transacción; la confusión; la renuncia de los derechos del acreedor; la remisión de la deuda y la imposibilidad del pago (*art. 758 del Código civil de la Argentina*).

En títulos aparte y con determinación especial examina la materia concerniente al cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo resolutorio, anulación de las obligaciones y la prescripción en general.

Bolivia.—Según el Código boliviano, las obligaciones se extinguen: 1.º, por el pago; 2.º, por la novación; 3.º, por la remisión voluntaria; 4.º, por la compensación; 5.º, por la confusión; 6.º, por la pérdida de la cosa; 7.º, por la nulidad ó rescisión; 8.º, por el efecto de la condición resolutoria, y 9.º, por la prescripción que *haya* (dice este Código, el objeto de un título particular (*art. 825 Código civil de Bolivia*)).

Chile, Colombia y Ecuador.—Bajo el epígrafe de los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución ó pago efectivo, y después de asentar el principio doctrinal de que toda obligación puede extinguirse por una convención, en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, *consientan en darla por nula*, determinen estos Códigos civiles que las obligaciones se extinguen, además, en todo ó en parte: 1.º, por la solución ó pago efectivo; 2.º, por la novación; 3.º, por la transacción; 4.º, por la remisión; 5.º, por la compensación; 6.º, por la confusión; 7.º, por la pérdida de la cosa que se debe; 8.º, por la declaración de nulidad ó por la rescisión; 9.º, por el *evento* de la condición resolutoria, y 10.º, por la prescripción. Añaden estos Códigos; la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro (libro IV) y de las condiciones resolutorias se determinaron sus reglas en el título especial de las obligaciones condicionales (*arts. 1567 de Chile, 1625 de Colombia y 1557 del de Ecuador*).

Guatemala.—En el título X del libro III, y después de examinar las diversas especies de contratos, se ocupa en clasificar los modos de extinguirse las obligaciones. Según el Código guatemalteco, extinguen las obligaciones: 1.º, el pago; 2.º, el perdón voluntario ó condonación; 3.º, la confusión; 4.º, la compensación; 5.º, la novación; 6.º, el mutuo disenso; 7.º, la obligación y consignación, y 8.º, la destrucción de la cosa.

Fuera de estos *medios generales*, hay otros *especiales* para extinguir ciertas obligaciones y constan en sus títulos respectivos (*art. 2299 del Código civil de Guatemala*).

Honduras.—Contiene las mismas disposiciones generales extintivas que el Código civil español, expuestas bajo el mismo orden y método que las consignadas en nuestro derecho, en el que se inspira literalmente (*art. 1263 del Código civil de Honduras*).

Las mismas reglas sigue el Código de Costa Rica, si bien enumera, además, la anulación ó rescisión y la prescripción (*art. 633 del Código de Costa Rica*).

Méjico.—Después de la ejecución de los contratos, examina este Código la extin-

formas de extinción de las obligaciones deben científicamente realizarse

por el cumplimiento.

por un acuerdo entre acreedor y deudor, encaminado á resolver el vínculo, ó

por un hecho que destruya el derecho del acreedor, haciendo imposible el cumplimiento

2. Sin embargo, ni el Código italiano, ni las legislaciones, que

ción de las obligaciones. Apartándose del plan de todos los Códigos europeos y americanos, no contiene una clasificación de los medios extintivos, sino que estudia cada uno de ellos en los sucesivos capítulos.

Para el Código mejicano son causas de extinción: el pago (*Capítulo I, Título IV, libro III*), el ofrecimiento del pago y la consignación (*Capítulo IV*), la subrogación (*Capítulo V*), la confusión de derechos (*Capítulo VI*), la novación (*Capítulo VII*), la cesión de acciones (*Capítulo VIII*), la remisión de la deuda (*Capítulo IX*) y la prescripción de las obligaciones (*Capítulo X, Título y libro anteriormente citados del Código de Méjico*).

La rescisión y nulidad de las obligaciones como en derecho español, constituyen materia de un título especial.

Perú.—Ofrece este Código la particularidad que clasifica los *modos de acabarse* las obligaciones en la última sección, de su último libro. Es decir, los considera como complemento de toda la materia antes examinada.

La forma de extinción de las obligaciones la enumera de la manera siguiente: 1.º, pago; 2.º, perdón voluntario ó condonación; 3.º, consolidación; 4.º, compensación; 5.º, novación; 6.º, mutuo disenso; 7.º, nulidad ó rescisión; 8.º, prescripción, y 9.º, destrucción de la cosa (*art. 2212 del Código civil del Perú*).

La nulidad y la restitución es objeto de un título especial.

Salvador (El).—De la misma manera que los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador, y bajo el mismo epígrafe de los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución ó pago efectivo, enumera el de la República de El Salvador y considera como tales, además del mutuo disenso, la solución ó pago efectivo, la novación, la rescisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe ó por cualquier otro acontecimiento que haga imposible el cumplimiento de la obligación, la nulidad ó rescisión, el evento de la condición resolutoria y la prescripción como en el Código español. La prescripción es objeto del último título del libro de las obligaciones, y la condición resolutoria se expone en este Código en el título especial de las obligaciones condicionales (*art. 1456 del Código de la República de El Salvador*).

Uruguay.—Considera este Cuerpo legal como modos generales de extinguirse las obligaciones: 1.º, la paga; 2.º, la compensación; 3.º, la remisión; 4.º, la novación; 5.º, la confusión; 6.º, la imposibilidad del pago; 7.º, la anulación ó declaración de nulidad; 8.º, la excepción que resulta de la prescripción (objeto del título 7.º del libro 3.º) y 9.º, el efecto de la *condición* resolutoria y el vencimiento del *plazo* resolutorio, que se estudian en los párrafos correspondientes del título precedente relativo á las diversas especies de obligaciones (*art. 1421 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

Venezuela.—Categórica y con su acostumbrada sencillez establece este Código que las obligaciones se extinguen: por el pago, por la novación, por la remisión, por la compensación, por la confusión, por la pérdida de la cosa debida, por la anulación y por la rescisión, por efecto de la condición resolutoria, y, últimamente, por la prescripción (*art. 1206 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

en la historia del derecho representan los precedentes, han seguido en esta materia el método de la razón: culpa, por una parte, del proceso como se ha desarrollado el derecho; por otra, del fin práctico, más que científico, á que se han encaminado las leyes. En las instituciones de Justiniano, para empezar por los precursores, se citan apenas cuatro formas de extinción de las obligaciones: *solutio*, *acceptilatio*, *novatio*, *contraria voluntas* (1), con manifiesto abandono del principio racional que debe enlazarlas; con olvido de tantas otras formas ya observadas en el derecho romano. Lo cual ha maravillado á más de un erudito, extrañado de no hallar en esta enumeración la lógica y la precisión habitual en los jurisconsultos clásicos, y le ha inducido á sospechar que los modos de extinción de los derechos inspiraban menos interés que los de adquisición: en efecto, añaden, ni Cayo ni Justiniano se ocupan en sus instituciones del modo como se extingue el derecho de propiedad. Mas quizá la razón de este olvido ha de buscarse mejor en el desarrollo histórico del sistema formulario y en la distinción tan propia de la legislación romana entre modos y modos de extinguir las obligaciones: *ipso iure*, *exceptionis ope*. Las instituciones hablan solamente de los primeros; pero las glosas y los comentarios, ¿no abundan en otros muchos hechos jurídicos que *ope exceptionis* extinguían las obligaciones, como la *confusio*, la *compensatio*, el *interitus rei d'bitae*, el *dies ad quem*, la *praescriptio*? A pesar de esto, la distinción entre una y otra especie de causas extintivas no era muy clara: no se hizo más llana ó indiscutible con el transcurso del tiempo ó con el estudio de los intérpretes. Y tampoco en el derecho moderno han quedado trazas de la diversidad de los efectos que surgían de la división romana, un tratado que pretendiese tomarla como guía, no sólo caería en desprestigio, sino que perdería la esperanza de ser útil á la práctica forense.

II

3. El Código Napoleón y el Código italiano con escasas diferencias entre sí, que no pasan de meras palabras, nos presentan una escala conteniendo nueve modos de extinción: el pago, la novación, la remisión de la deuda, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa debida, la anulación y la rescisión, la condición resolutoria y la prescripción (1). Los escritores nos ponen

(1) *Inst. quibus modis tollitur obligatio* (IIi, 3^o).

(1) Arts. 1236, Cód. civ. it.; 1234, Cód. Nap.

sobre aviso de que, aparte de los mencionados, existen *iure moderno* otros modos de extinguir las obligaciones, especiales y propios, por decirlo así, de esta ó aquella obligación, mientras los enumerados por el Código son comunes á toda clase de obligaciones. Observación en parte muy justa, porque en verdad existen modos de extinción olvidados en la escala del Código; pero inexacta, en cuanto pretende que los enunciados sean los generales, y los omitidos sean por el contrario los especiales para cierta clase de obligaciones. La condición resolutoria, por ejemplo, no se aplica más que á las obligaciones nacidas de determinadas especies de contratos: sin embargo, está contada entre los modos que deberían ser comunes. No podría decirse, tampoco, que los nueve modos mencionados por el legislador no hayan hallado lugar en otros artículos del Código: porque la condición resolutoria y la prescripción están explanadas en capítulos aparte. Mas bien, bajo el epígrafe del capítulo destinado á la extinción de las obligaciones, el legislador ha expuesto los modos más importantes, dejando los restantes bajo las normas de las instituciones jurídicas, á los cuales se unen.

Así, pues, aunque quisiéramos seguir fielmente el orden del Código, haríamos obra imperfecta, viciada por omisiones ante la exposición racional. Por otra parte, no nos alejaremos de él demasiado; ya que remontándonos á las tres causas fundamentales, donde van á parar todos los modos de extinción, será fácil volver á los nueve mencionados en el art. 1236, y añadir uno tras otro los demás que el legislador ha creído poder dejar en silencio en aquel epígrafe, aunque los haya tenido en cuenta en otros lugares del Código civil ó en el Código de Comercio.

4 Efectivamente, el pago de la obligación, es decir, el modo más natural de extinguirla, está colocado por el legislador en el vértice de la escala; ya sea aceptado por el acreedor, ó bien, injustamente rechazado, se convierta en oferta real. La novación y la remisión de la deuda vienen inmediatamente después y constituyen dos especies de acuerdos entre acreedor y deudor, encaminados á la liberación del último: ésta, sustituida á la *acceptilatio* y al pacto *de non petendo*, lo libera en absoluto; aquélla lo exonera condicionalmente del vínculo obligatorio: viene á ser la sustitución de la obligación antigua por otra obligación, y constituye en el fondo un traspaso subjetivo ó una mutación objetiva del crédito. Basta añadir la *datio in solutum*, el convenio en la quiebra, el mutuo disenso en las obligaciones contractuales, para tener completa la serie de las convenciones liberatorias.

Finalmente, ¿qué son las cinco últimas formas incluidas en el artículo 1236, sino otros tantos obstáculos naturales ó legales

contra la acción del acreedor? En verdad, la compensación, la pérdida de la cosa debida, ó hablando en sentido más general, la imposibilidad sobrevénida sin culpa del deudor de efectuar la prestación, hace imposible el cumplimiento de la obligación; como lo hace imposible la confusión, eliminando á una de las dos personas esenciales para el vínculo jurídico. La anulación y la rescisión, más que extinguir una obligación, ponen en evidencia su originaria invalidez; la condición resolutoria, y añadiremos el término *ad quem* y la muerte del acreedor o del deudor en las obligaciones vitalicias, son obstáculos legales contra el ejercicio de la acción nacidos de la naturaleza misma del título origen de la obligación. El desistimiento unilateral en ciertos contratos, el concurso de dos causas lucrativas, la cesión de los bienes del heredero beneficiado, la liquidación de la herencia vacante, la prescripción, he ahí, finalmente, otros obstáculos que se derivan de la ley, porque destruyen también la eficacia civil de la obligación, como la destruye el hecho ilícito del acreedor, cuando tenga por consecuencia la pérdida del crédito.

5. Teóricamente, deberemos comprender también entre los modos de extinguir las obligaciones, la *cesión de los bienes*, ó sea el abandono que el deudor hace de todos sus bienes en favor de sus acreedores, cuando no se encuentra en condiciones de pagar las deudas. Pero si se hablase de cesión voluntaria, derivada de un acuerdo entre deudor y acreedores, constituye evidentemente una parcial remisión de la deuda; y *mutato nomine* se confunde sustancialmente con la remisión. Si se tratase de cesión judicial, es completamente inútil gastar palabras acerca de una institución jurídica que el moderno derecho italiano no reconoce. Verdaderamente, la cesión judicial introducida por el derecho romano como un beneficio para sustraer al deudor de buena fe de las molestias de los acreedores, y especialmente de la cárcel (1), conservada por el Código Napoleón (2), fué de intento omitida por los compiladores del Código italiano. La inutilidad de mantener este beneficio, cuando el apremio personal se reservaba sólo para los casos de dolo probado ó presunto, y los gravísimos inconvenientes á que daba lugar en el procedimiento, fueron las razones que aconsejaron su supresión (3). ¿Cuánto más válidos

(1) Gal. *Inst.*, III, 78; Cod. Theodos. *Tit. qui bonis ex lege Julia cedere possunt* (IV, 20); *L. 4, C. qui bonis cedere possunt* (VII, 71).

(2) Arts. 1265 á 1270, Cód. Nap.

(3) Relación Pisanelli sobre el proyecto ministerial del Código civil (Ettore y Jordano, *La legislazione del Regno d'Italia, ecc.*, III, pág. 326): «Si no que ella produce además muchos inconvenientes que bastarían para eliminarla. Las disposiciones que á ella se refieren son de una seductora sencillez en la ley civil; pero en la de procedi-

y más razonables aparecen semejantes argumentos, después de la ley del 6 de Diciembre de 1877 sobre la abolición del apremio personal?

III

6. Reuniendo, pues, según el orden lógico, los modos de extinguir las obligaciones conocidas por el Código que nos rige bajo las tres categorías en que racionalmente van á parar, hallamos:

a) Modos de extinción que consisten en el cumplimiento de la obligación:

pago,
oferta real.

b) Modos de extinción consistentes en un acuerdo liberatorio:

datio in solutum,
remisión de la deuda,
mutuo disenso en los contratos,
convenio en las quiebras,
novación.

c) Modos de extinción consistentes en un hecho que hace imposible natural ó legalmente la ejecución:

compensación,
confusión,
pérdida de la cosa debida,
anulación ó rescisión,
condición resolutoria,
término *ad quem*,

muerte del acreedor ó del deudor en las obligaciones viticias,

desistimiento unilateral en los contratos en que se tolera,
cesión de los bienes del heredero beneficiado,
liquidación de la herencia vacante,

miento adquieren unas proporciones complicadas. Los bienes son puestos bajo administración; los acreedores deliberan en común; no se sabe si la acción de los acreedores hipotecarios queda entre tanto detenida; la autoridad judicial ordena la venta de los bienes; fija el precio y las condiciones; la venta se promueve sin una oferta precedente que evite el peligro de nuevas subastas; los gastos se acumulan con daño de los acreedores y el deudor; los años pasan sin ningún resultado positivo.» Véanse también, en el mismo sentido, la relación del mismo Pisanelli á la Comisión de la Cámara de los diputados, y la de Vacca á la Comisión del Senado.

concurso de dos causas lucrativas,
prescripción (1).

(1) El Código federal suizo sobre las obligaciones, en los arts. 129 y sigs., reconoce casi las mismas causas de extinción que figuran en nuestro Código. Omite, en cambio, y racionalmente, las acciones de nulidad y de rescisión, como que, rigurosamente hablando, no constituyen modos de extinción: las sustituye, en cambio, con la anulación como contrato resolutivo; generaliza la pérdida de la cosa debida, extendiéndola á toda imposibilidad de ejecución; trata en gran parte del pago y de la oferta de las obligaciones.

El proyecto del Código civil alemán, elevándose á principios siempre más racionales, dejó á un lado también la novación, sustituyéndola por la muerte de una de las partes: consideró después la imposibilidad de ejecución fortuitamente sobrevenida como un medio de liberación; y habló de ella á propósito de los efectos de las obligaciones. Véase Saleilles, *Essai de'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, págs. 36 á 61, y págs. 20, 21, 128, 213.

Por último, el texto definitivo del mismo Código ha dado otro paso en el camino de la sencillez. En la sección III del libro II, destinada á la *Extinción de las relaciones de obligación*, ha reducido á cuatro las *causas de la extinción*, que son la *ejecución*, en la que se comprenden el pago y la *datio in solutum*: el *depósito*, la *compensación* y la *remisión de la deuda*. Han desaparecido las acciones de nulidad y de rescisión, como que no extinguen una obligación existente, sino que tienden á hacer reconocer la inexistencia de una obligación aparente é ineficaz. La prescripción, considerada como un modo de paralizar la acción, halla lugar en el libro I (parte general) con relación á todos los derechos personales y reales (arts. 194-225). La pérdida de la cosa debida, la confusión, son incluidas en la Sección titulada *Contenido de las relaciones obligatorias*, y precisamente en el art. 275, donde se dice que el deudor es liberado por la imposibilidad sobrevenida sin culpa suya de cumplir la obligación. Finalmente, en cuanto á la novación, el texto definitivo ha mantenido el silencio del proyecto, considerándola como institución inútil en el derecho moderno. Los resultados prácticos que en un tiempo se obtenían con la novación, obtiéndose en los modernos usos mediante el transporte del crédito ó de la deuda, ya manteniendo, ya suprimiendo las precedentes excepciones y garantías, á voluntad de las partes.

~~~~~

# PARTE I

## MODOS DE EXTINCIÓN CONSISTENTES EN EL CUMPLIMIENTO

7. Bajo este título se comprenden el pago y la oferta real. No podría comprenderse en él, en rigor de principios, el pago con subrogación; pero la conexión de las materias haría perjudicial una separación, fundada exclusivamente sobre sutilezas de método.

### TÍTULO PRIMERO

#### Del pago.

### CAPÍTULO PRIMERO

#### CARACTERES DEL PAGO

8. La palabra pago se emplea unas veces en sentido amplio y otras en sentido estricto. En el primer sentido, significa la ejecución normal de la obligación, cualquiera que sea el objeto, el dar, el hacer, el no hacer: *eius, quod debetur, uti debetur praestatio* (1); en el segundo, denota exclusivamente el pago pecuniario: el *solvere summan, ó numerare pecuniam* (2).

(1) Cas. Florencia, 13 de Abril de 1906 (*Temí*, 1906, 459); Cas. Roma, 5 de Febrero de 1908 (*Legge*, 1908, 539).

(2) En el derecho romano, la palabra *solutio* tenía también un sentido impropio y un sentido propio. Pero el primero era bastante más amplio que el nuestro, y designaba toda clase de liberaciones (*liberatio, satisfactio*) LL. 47, 176 *princ. D. de verb. sign.* (L. 16); 52, 54, *D. de solutionibus* (XLVI, 3). En sentido propio, no se limitaba al pago pecuniario, sino que significaba el cumplimiento exacto de la obligación y la satisfacción del acreedor. Y esto porque *creditorum appellatione, non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes quibus ex qualibet causa debetur*, y sin embargo, *solvere dicimus eum, qui facit, quod facere promisit*, LL. 11 y 176, *D. de verb. signif.*, L. 16). En este sentido se distinguía de la *satisfactio*, L. 6, § 1, *D. quib. modis pignus vel hypot. solvitur* (XX, 6); L. 13, § 4, *D. de pignor. hypot*; L. 52; *D. de solut.* (XLVI, 3). También, sin embargo, en el lenguaje de los jurisconsultos romanos, el vocablo *solutio* indicaba á menudo la numeración de una suma de dinero, que originariamente se hacía *per aes et libram*, Cic. *de legibus*, II, 20 al final: Tito Livio, IV, 16.



El Código civil italiano no define el pago; pero, por el modo como habla, compréndese que usa la palabra en su sentido amplio. Dice, en efecto, que un pago presupone una deuda, y es repetible lo que ha sido pagado sin ser debido. Ahora bien: estas expresiones del art. 1237 aparecen refiriéndose también á los pagos que no son pecuniarios. Además, en los artículos sucesivos considera explícitamente como pagos, el cumplimiento de las obligaciones de hacer, la consignación de una cosa debida y diferente de una suma de dinero.

Puede decirse lo mismo del art. 683 del Código de Comercio, que declara en estado de quiebra al comerciante que deja de hacer sus pagos (1). Coincidiendo con lo que hemos advertido anteriormente (2), el pago puede considerarse también como un hecho jurídico convencional; porque el art. 1098 de nuestro Código civil define el contrato como un acuerdo de dos ó más personas para constituir, regular ó *resolver* entre sí un vínculo jurídico. Pero, como decimos esta disposición de la última parte es impropia. Sin embargo, no faltan respuestas jurisprudenciales que por eso mismo incluyen el pago entre los medios jurídicos de los que no puede darse la prueba por testigos, sino en los límites establecidos por el art. 1341 del mismo Código (3).

El pago, puede, pues, definirse como el acto mediante el cual el deudor, ú otro por él, extingue la obligación ejecutando la prestación á que el acreedor tiene derecho (4).

9. Los requisitos esenciales del pago, son:

- una obligación precedente, *quae in dando, vel in faciendo consistat*,
- la intención de extinguirla,
- la prestación de lo que se debe,
- la persona que recibe,
- la persona que paga.

(1) Por esto el Código civil alemán, en vez de usar la palabra pago, cuando enuncia el primero de los modos de extinguir las obligaciones, emplea un vocablo que corresponde á nuestras palabras ejecución ó cumplimiento. Véase la rúbrica del tít. I, sección 3.<sup>a</sup> del libro II, arts. 362 y sigs.

(2) Véase el vol. III, núm. 6.

(3) Sobre esta cuestión, que tiene un interés más teórico que práctico, véase Pacifici-Mazzoni, *Ist. ecc. (ed. IV)*, vol. IV, núm. 115 al final, y especialmente la nota a de la pág. 595 del notable anotador Venzi. Cas. Nápoles, 8 de Junio de 1903 (*Legge, Repert.*, 1903, palabra *Pagamento*, núm. 7).

(4) Siliotti, *Del pagamento nel diritto privato italiano*. Este autor define en el § 2 el pago de manera que sustancialmente corresponde á la nuestra. Efectivamente, dice que el pago puede definirse como el acto unilateral con que el deudor, ó un tercero en su lugar, efectuando la prestación á que el acreedor tiene derecho, satisface la obligación, y por tanto, la extingue. Véase también Borsari, *Comm. Cod. civ.*, III, parte II, § 3181.

Nos desembarazaremos pronto de las dos primeras, pues cuanto se refiere á la necesidad de la obligación precedente, fué ya expuesto por nosotros al hablar de las obligaciones naturales y del pago indebido (1); no es necesario añadir que debe ser una obligación de dar ó de hacer, porque en las obligaciones de no hacer no se concibe el pago.

10. Respecto á la intención de pagar, es ya observación hecha que el pago exige, aparte del elemento material de la prestación el intencional; de manera que por el *solvens* sea dado ó hecho *solvendi animo: ut distrahat negotium*, como decían los romanos, *solvendae obligationis animo* (2). Pero sobre la importancia de este requisito hay que entenderse bien; porque sería equivocado creer que su falta autorizase la repetición por parte del deudor. No. Sus efectos se limitan á impedir la liberación del deudor cuando la cosa pagada llegue á perecer en manos del acreedor, antes de haber adquirido su propiedad. Y en verdad, la repetición está siempre excluida por el hecho de faltar una deuda. Sea que el deudor entregue lo que deba, pero sin intención de pagar, si el acreedor lo recibe á título de pago, basta para que el deudor quede liberado y no pueda repetir. Si, por el contrario, tanto el acreedor como el deudor están de acuerdo en que la prestación no sirva para extinguir la deuda, sino para crear una distinta relación jurídica, por ejemplo, un depósito, un comodato, surgirá en el momento de la restitución la necesidad de indagar si el acreedor puede oponer la compensación ó ejercitar la retención. Pero aun cuando el tenor de la nueva convención persuada de que ellos la han renunciado, la cosa será restituida al deudor, no á título de indebido, sino por efecto del nuevo contrato.

Por otra parte, si en esta hipótesis, igual que en la anterior, la cosa perece fortuitamente en manos del acreedor, el deudor no quedará liberado; la cosa perecerá para él, y siendo depositante ó comodante, se verá obligado á hacer un nuevo pago (3). Como consecuencia de un contrato, el pago es un accesorio de la obligación, y en el derecho transitorio se regula con las normas de ésta. Como hecho jurídico que es por sí, toma la norma de las leyes de su tiempo (4).

Si un tercero paga en nombre propio una deuda ajena creyéndola suya, no extingue la deuda y puede ciertamente repe-

(1) Véase el vol. I, núms. 36 y sigs., y el vol. V, núms. 73 y sigs.

(2) Véase el vol. V, núm. 75.

(3) *L. 55, D. de solutionibus* (XLVI, 3). «*Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur.*»

(4) Cas. Roma, 25 de Abril de 1894 (*Legge*, 1894, 2, 595).

tir (1); pero ¿qué decir si con dinero y por mandato del deudor pagó en nombre propio una deuda suya? Según los romanos, no se extinguía el débito hasta que el acreedor hubiese hecho suyo el dinero, consumándolo de buena fe (2). Pero esta decisión, exigida por la sutileza del *ius civile*, fué ya en caso análogo rechazada por Pothier por la reflexión de los inconvenientes prácticos á que conducía, haciendo nacer un círculo vicioso de acciones y regresiones en que el acreedor compulsase al deudor mandante para el pago, ó bien el mandatario infiel pretendiese la repetición del indebido (3). Observación justísima. A la cual nos permitiremos agregar otra más concluyente: que hoy la posesión de los muebles produce en favor de los terceros de buena fe el efecto del título; por lo cual, después de que el acreedor obtuviese la extinción de la deuda de éste, al deudor mandante no le quedaría más que la acción contra el mandatario infiel por el *quid interest*.

Esto dicho, emprendamos el examen de los otros tres requisitos del pago, que son de bastante mayor importancia.

### § 1.

#### *Del objeto del pago considerado en su esencia y en sus modalidades.*

#### ARTICULO I.

#### *En qué debe consistir el pago (4).*

### I

11. REGLAS GENERALES.— *a) Objeto del pago en las obligaciones de dar cosas distintas del dinero.*— Hablando del objeto del

(1) Véase el vol. V, núms. 94 y sigs.; Pothier, *Obl.*, 499; Larombière, 1236, 9.

(2) *L. 17, D. de solutionibus* (XLVI, 3): «Cassius ait: si cui pecuniam dedi, ut eam creditor meo solveret, si suo nomine dederit, neutrum liberari: me, quia non meo nomine data sit; illum, quia alienam dedi it: ceterum mandati eum teneri; sed si creditor eos nummos sine dolo malo consummisset, is, qui suo nomine, eos solvisset, liberatur: ne, si aliter observaretur, creditor in lucro versaretur» Molitor, *ob. cit.*, 974.

(3) Pothier, *Obl.*, 499; cuya doctrina es aceptada por Larombière 1236, 9.

(4) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español.*—*Caracteres del pago:* Cosas que se han de dar en pago.

A) *Derecho histórico.*—*Ley de Partidas.*—*a) Definición de la paga ó cumplimiento.*—Paga tanto quiere decir como pagamento que es fecho á aquél que deve recibir alguna cosa, de manera que finque pagado della ó de lo quel deven fazer (*Ley 1.<sup>a</sup>, Título 14, Partida V*).

b) *Forma de hacer el pago.*—*Obligaciones de dar.*—Pagamento de las deudas debe ser fecho á quéllos que las han de recibir, é deve ser fecho de tales cosas como fueron puestas é prometidas en el pleyto, quando lo hicieron é non de otras, si non

pago, si la cosa debida es un cuerpo cierto y determinado, no está el acreedor en la obligación de recibir cosa distinta de la cosa de-

quisiere aquel á quien fazen la paga. Pero si acaesciese que el deudor non pudiese pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras á bien vista del Judgador (*Ley 3<sup>a</sup>, Título y Partida citados*).

c) *Obligaciones de hacer*.—Otro si dezimos que si el que ouiesse fecho pleyto de fazer alguna cosa é non lo pudiese fazer en la manera que auía prometido, que deue complir de otra guisa el pleyto, según su aluedrio del Judgador del lugar. E deue pecharle el daño é el menoscabo que le vino por razón que non fizo aquella cosa, assi como prometió (*Ley referida del título y Partida mencionado*).

B) *Código civil*.—a) *Pago en las obligaciones de dar cosas indeterminadas*.—Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada ó *genérica*, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior (*art. 1167 del Código civil español*).

b) *Pago en las obligaciones de hacer*.—El deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuese de igual ó mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor (*art. 1166 ídem*).

c) *Pago pecuniario*.—El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata ú oro que tenga curso legal en España. La entrega de pagarés á la orden, ó letras de cambio ú otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido reallizados, ó cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso (*art. 1170 ídem*).

d) *Gastos del pago*.—Los gastos extrajudiciales que ocasione el pago, serán de cuenta del deudor. Respecto de los judiciales decidirá el Tribunal con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil (*art. 1168 ídem*).

C) *Jurisprudencia civil española*.—a) *Pago de costas*.—La derogación en la actualidad de las leyes de Partida y de la Novísima Recopilación, reguladoras de la imposición de costas, no obsta á la facultad de los Tribunales para apreciar la temeridad de los litigantes al efecto de la condena de costas (*Sentencia de 26 de Noviembre de 1897*).

b) *Alcance del art. 1168 del Código civil*.—El artículo citado del Código civil es de mera referencia á la ley de Enjuiciamiento civil, y por esta razón no puede ser infringido en el particular referente á la condena de costas (*Sentencia de 19 de Febrero de 1896*).

c) *Pago de cantidad en metálico*.—Estipulada en una escritura la restitución de determinados bienes dotales apreciados en *valor oro* y subrogado después en este derecho un nuevo acreedor sin que en la escritura de subrogación se pactase *expresamente* que el pago de la cantidad debida se hubiese de hacer en oro, es indiscutible que el acreedor subrogado no adquirió otro derecho que el de reclamar la cosa adquirida en virtud de la expresada subrogación (*Sentencia de 20 de Noviembre de 1907*).

d) *Efectos de la entrega de pagarés, letras y demás documentos mercantiles*.—Infringe el art. 1170 del Código civil la sentencia que estima hecho el pago por la imputación por un comerciante á otro en cuenta corriente de ambos, de un pagaré á cargo de un tercero, endosado por uno al otro de los expresados comerciantes (*Sentencia de 13 de Enero de 1902*).

II. *Derecho hispano-americano*.—*Cosas en que debe consistir el pago*.—*Argentina*.—*De lo que se debe dar en pago*.—a) *Obligaciones de dar*.—El deudor debe entregar al acreedor la misma cosa á cuya entrega se obligó. El acreedor no puede

vida, ni tiene el derecho de pretender una diferente, aunque fue-

ser obligado á recibir una cosa por otra, aunque sea de igual ó mayor valor (*art. 774 del Código civil de la Argentina*).

b) *Obligaciones de hacer*.—El acreedor tampoco podrá ser obligado á recibir en pago la ejecución de otro hecho, que no sea el de la obligación (*art. 775 idem*).

c) *Pago de sumas de dinero*.—Si se debiese suma de dinero con intereses, el pago no se estímará íntegro, sino pagándose todo los intereses con el capital (*art. 778 del Código citado*).

d) *Pago de prestaciones parciales*.—Cuando el pago deba ser hecho en prestaciones parciales y en períodos determinados, el pago hecho por el último período hace presumir el pago de los anteriores, salvo la prueba en contrario (*art. 780 idem*).

*Bolivia*.—*Del pago en general*.—a) *Principios generales*.—Todo pago supone una deuda; lo que se ha pagado indebidamente se puede repetir. No hay lugar á la repetición en las obligaciones naturales que se han ejecutado voluntariamente (*artículo 826 del Código civil de Bolivia*).

b) *Obligaciones de hacer*.—La obligación de hacer no puede desempeñarse por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene un interés en que la cumpla el deudor (*art. 828 idem*).

c) *Obligaciones de dar*.—El acreedor no puede ser obligado á recibir otra cosa que la que se le debe, aunque la que se le ofrezca sea de igual ó mayor valor. El deudor de una especie cierta y determinada, se libra por la entrega de la cosa, con tal que ni él ni las personas de que es responsable, sean culpadas de los deterioros que sobrevengan ó que antes de estos deterioros no haya habido morosidad. Si la deuda es de cosa determinada sólo en especie, el deudor para librarse, no podrá ser obligado á darla en la mejor, pero tampoco podrá ofrecer una mala (*arts. 834, 835 y 836 del Código civil de Bolivia*).

d) *Regla general de pago*.—Toda deuda debe pagarse del modo que se pactó; pero si el deudor no puede pagar según lo estipulado, podrá hacerlo con otras cosas y de diferente modo, mediando la autoridad del juez (*art. 838 idem*).

*Chile, Colombia y Ecuador*.—*Del pago efectivo en general*.

a) *Concepto legal del pago*.—El pago efectivo es la prestación de lo que se debe (*arts. 1568 del Código de Chile, 1626 de Colombia y 1558 del Ecuador*).

b) *Obligaciones de dar*.—Si la deuda es de cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; á menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho ó culpa del deudor, ó de las personas por quienes éste es responsable; ó á menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora y no provengan de un caso fortuito ó que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor (*arts. 1590, 1648 y 1580 respectivamente*).

c) *Obligaciones de hacer*.—El acreedor no podrá ser obligado á recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun á pretexto de ser de igual ó mayor valor la ofrecida (*artículos 1569, 1627 y 1559 respectivamente de los relacionados Códigos*).

d) *Gastos derivados del pago*.—Los gastos que ocasionase el pago serán de cuenta del deudor, sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenase acerca de las costas judiciales (*arts. 1571 de Chile, 1629 de Colombia y 1561 del Ecuador*).

*Guatemala*.—a) *Concepto legal del pago*.—Pago es el cumplimiento de la obligación por el deudor ó por otro á su nombre (*art. 2300 del Código civil de Guatemala*).

b) *Pago en las obligaciones de hacer*.—La obligación de hacer, no puede cumplirse por un tercero, si el acreedor no lo consiente; excepto si fuese indiferente la calidad del ejecutor (*art. 2302 idem*).

c) *Obligaciones de dar*.—No puede obligarse al acreedor á recibir cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual ó mayor que el de la otra, excepto los casos de imposibilidad. Si la cosa fuera cierta, el deudor está obli-

se de valor inferior, ni puede el deudor ofrecer otra, aunque fue-

gado á entregarla en el estado en que se halla, sin ser responsable de los deterioros á no ser que provengan de su culpa. Si la cosa debida sólo está determinada en *especie*, cumplirá el deudor con entregar una que no sea de calidad infima (*arts. 1881, 1905 y 2269 (modificado por el art. 333 del Decreto de Reformas), 2311 y 2312 del Código de Guatemala*).

d) *Gastos del pago*.—Los gastos que ocasionare el pago, serán de cuenta del deudor, sin perjuicio de lo que se haya estipulado con el acreedor (*arts. 2313 del referido Código, modificado por los arts. 334 y 335 del Decreto de Reformas*).

*Honduras*.—Copia literal del derecho español consigna el Código civil de Honduras las mismas disposiciones que el pátrio respecto al pago ó entrega de cosas indeterminadas (*art. 1274*), en las obligaciones de hacer (*art. 1268*), en el pago de las deudas en dinero (*art. 1277*), y últimamente, en el abono de gastos extrajudiciales y costas judiciales (*art. 1275*), asienta, como se ha dicho, la misma doctrina que nuestro nuevo Código.

Análogas disposiciones concordantes incluye el Código civil de *Costa Rica* en sus artículos 770 y 771, en lo que afecta á la entrega de cosas indeterminadas y al pago de las deudas pecuniarias.

*Méjico*.—a) *Definición legal del pago*.—Entiéndese, dice este Código, por pago ó cumplimiento la entrega de la cosa ó cantidad ó la prestación del servicio que se hubiese prometido (*art. 1514*).

b) *Obligaciones de dar*.—El deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aunque fuese de igual ó mayor valor que la debida (*artículo 1515 idem*).

c) *Obligaciones de hacer*.—El pago deberá hacerse del modo que se hubiese pactado y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso ó de disposición de la ley (*art. 1525*).

d) *Gastos del pago*.—Los gastos de la entrega serán de cuenta del deudor, si no se hubiese estipulado otra cosa (*art. 1524 del Código civil de Méjico*).

*Perú*.—a) *Significado legal del pago*.—Inspirándose en el Código de Guatemala, determina el peruano que pago, es el cumplimiento de la obligación por el deudor ó por otro á su nombre (*art. 2215*).

b) *Obligaciones de hacer*.—La obligación de hacer no puede cumplirse por un tercero si el acreedor no lo consiente, excepto si fuese indiferente la calidad del ejecutor (*art. 2217*).

c) *Obligaciones de dar*.—Si está obligado el deudor á entregar especie determinada y hace la entrega contra la prohibición judicial, debe responder, además, por los daños que sufra la especie, no pudiendo obligarse al acreedor á recibir en pago cosa distinta de la que se debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual ó mayor que el de la otra, salvo imposibilidad justificada (*arts. 1815, 1841, 2224 y 2225 del Código civil del Perú*).

No contiene disposición especial expresa acerca del pago de las deudas en dinero, refiriéndose á la materia general de obligaciones en lo que concierne á las impensas relativas al pago.

*Salvador (El)*.—a) *Concepto legal del pago*.—Como los códigos hermanos de Chile, Colombia y Ecuador, define el pago efectivo como la prestación de lo que se debe (*art. 1457 del Código civil de El Salvador*).

b) *Obligaciones generales respecto al pago*.—Como los códigos referidos á los cuales literalmente sigue, establece los mismos deberes del deudor, en la entrega de *cuerp. s* ciertos, abono de detertoros ó memoriales, indemnización de perjuicios, ó en su caso consiguiente rescisión del contrato (*art. 1478 idem*).

c) *Gastos consecuencia del pago*.—Los gastos que ocasionase el pago serán de

se mejor ó de más precio: *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* (1). Pero el deudor se libera entregando la cosa debida en el estado en que se hallare en el momento de la consignación; aunque esté deteriorada si el deterioro no depende de un hecho positivo ó negativo imputable á él ó á las personas de que debe responder, si estuviese en demora antes de los deterioros (2) Para ilustrar este principio debemos remitir al lector á la segunda parte del primer libro, donde demostramos cómo la demora perpetúa la obligación, y en qué casos el cumplimiento puede ser imputable al deudor (3).

cuenta del deudor, sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el Juez ordenase acerca de las costas judiciales (*art. 1460 idem*).

*Uruguay.*—*De la paga en general.*—a) *Significado legal de la paga.*—La paga es el incumplimiento por parte del deudor, de la dación ó hecho que fué objeto de la obligación (*art. 1422 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

b) *Obligaciones de hacer.*—Las obligaciones de este carácter no pueden ser cumplidas por un tercero, contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que sean ejecutadas por el mismo deudor (*art. 1426 idem*).

c) *Obligaciones de dar y pecuniarias.*—La paga para ser legítima debe hacerse de la misma cosa debida y no de otra ni su valor, á no ser de (con) consentimiento del acreedor. De otro modo no está obligado á recibirla. Sin embargo, si el deudor no pudiese hacer la entrega en (de) la misma cosa ó de la manera estipulada, debe cumplirla en otra equivalente á arbitrio del Juez, pagando los daños y perjuicios que por esa razón puedan irrogarse al acreedor.

Toda obligación contraída á pagar en moneda corriente ó nacional ó sin expresar la especie de moneda, se entenderá que es en oro sellado, del valor designado en las leyes vigentes (*art. 1432 idem*).

d) *Gastos de la paga.*—Los gastos que ocasionase la paga son de cuenta del deudor; pero no se comprenden en esta disposición los judiciales que se hubiesen causado, respecto de los cuales el Juez decidirá tenida en cuenta la buena ó mala fe del deudor y con arreglo á las leyes de procedimiento. Si contentándose el deudor con un documento simple de resguardo, el acreedor no supiese firmar, serán de cuenta de éste los gastos para el otorgamiento del resguardo correspondiente (*arts. 663 y 1441 del Código civil del Uruguay*).

*Venezuela.*—a) *Principio general.*—Todo pago supone una deuda; lo que se ha pagado sin deberse está sujeto á repetición (*art. 1207, párrafo 1.º*).

b) *Obligaciones de hacer.*—La obligación de hacer no se puede cumplir por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que sea cumplida por el mismo deudor (*art. 1209*).

c) *Obligaciones de dar.*—El acreedor no puede ser obligado á recibir una cosa distinta de la que le es debida, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual ó aun superior (*art. 1215*).

d) *Gastos de pago.*—Categorícamente y terminantemente y sin expresión de excepciones determina el Código civil de Venezuela, que los gastos del pago son de cuenta del deudor (*art. 1223*).

(1) Véase el núm. 299, nota 1. L. 2, § 1, y L. 3, D. de rebus creditis (XII, 1); L. 50, D. de solution, etc. (XLVI, 3); Art. 1245, Cód. civ. it.; 1243, Cód. Nap.; Larombière, 1243, 2; Toullier, VII, 47; Merlin, *Quest. Payement*, § 1; Gasca, *Compravendita* (II, 837).

(2) L. 5, D. de rebus creditis (XII, 1); L. 8, D. de periculo et commodo, etc. (VIII, 6); Art. 1247, Cód. civ. it.; 1245, Cód. Nap.

(3) Véase el vol. II, núms. 7, 11, 42 y sigs., y 87 y sigs.

12. Si la cosa debida es una especie (*genus*), el deudor no está obligado á dárla de mejor calidad; pero no puede tampoco liberarse pagando con la peor (1). Prudente regla adoptada por el derecho romano en materia de legados (2); pero no en materia de contratos, porque según las leyes 32 al final *D. de conduct. indebiti* (XII, 6) y 52 *D. Mandati* (XXII, 1) estaba permitido al deudor liberarse, aun mediante la prestación de la cosa peor. Nuestro Código ha equiparado contratos y legados, dando á entrambos la misma regla (3). En virtud de la cual se ha podido resolver que el precio de las cosas que han de pagarse puede inferirse de los boletines del comercio, por ser las que aparecen como calidades medias (4).

El aspecto indicado en el art. 1248 no es tan claro que no exija alguna explicación. Cualesquiera que sean las palabras, el artículo quiere referirse á todas las cosas fungibles, cuya contemplación no suele limitarse á las cualidades óptimas ó pésimas de esta ó la otra, entre muchas, sino sobre las características comunes á la mayor parte de las cosas comprendidas en la especie designada (5).

Se ha preguntado si la disposición del referido artículo debe aplicarse solamente á las obligaciones sobre el *genus illimitatum*, por ejemplo, un caballo, un reloj; ó también á las del *genus limitatum*; v. gr., uno entre diez caballos de mi caballeriza, y uno entre cinco relojes de bolsillo que poseo. Pero la opinión más racional y aceptada restringe la disposición al *genus illimitatum*; reputándose verosímil que en el *genus limitatum* el que promete haya querido dejar al acreedor la elección de las pocas cosas deducidas en obligación (6).

Verosímil, decimos, pero no cierto; razón por la cual la máxima doctrinal cede ante la prueba de la voluntad contraria, surgida de las palabras ó de circunstancias de hecho, propias para iluminar la inteligencia del Juez sobre la naturaleza y sobre el objeto de la obligación (7).

Finalmente, si la cosa debida es una cantidad determinada, ó por lo menos determinada según la regla enunciada en el artículo 1417, párrafo Código civil y 60 Código comercial, el deudor

(1) Arts. 1248, Cód. civ. it.; 1246, Cód. Nap.

(2) *LL. 37, 110, D. de leg. I (XXX)*.

(3) Arts. 870 y 871, Cód. civ. it.

(4) Cas. Turin, 7 de Mayo de 1873 (*Ann.*, 1873, 1, 1, 399) en materia de venta de vino.

(5) Demolombe, *Contrats*, IV, 253.

(6) Demolombe, *lug. cit.*, 254.

(7) Larombière, 1246; 3; Demolombe, *lug. cit.*, 255; véase la observación de Laurent, XVII, 558.



debe dar la cantidad pactada, y el acreedor puede rechazar pagos parciales, como veremos mejor á continuación (1). Estas disposiciones se aplican al precio (2).

13. *b) Objeto del pago en las obligaciones de hacer ó de no hacer.*—Respecto á tales obligaciones, en que el deudor debe ejecutar exactamente el acto prometido, cuando no se haya cumplido la obligación de hacer, puede el acreedor, por el art. 1220 del Código civil, ser autorizado para hacerla cumplir por sí mismo, por cuenta del deudor. Esta regla echa por tierra la opinión de quien estima convertible en indemnización de perjuicios toda obligación, *quae in faciendo consistat*. Error, si no se quiere limitar á las prestaciones que, no siendo fungibles, no pueden ejecutarse por distinta persona que el deudor, y por lo tanto, no admiten resarcimiento *en forma específica* (3).

Es, pues, inútil hablar del pago en las obligaciones de no hacer, siendo evidente que el deudor las cumple absteniéndose de hacer lo que no debe hacer.

## II

14. EXCEPCIONES.—*a) Obligaciones facultativas.*—La regla *aliud pro alio invito debitore solvi non potest*, sufre excepción en las obligaciones facultativas. Se desprende, en efecto, de la naturaleza misma de semejantes obligaciones, que el deudor tenga facultad para liberarse, pagando, en vez de la cosa debida, la que esté *in facultate solutionis* (4).

15. *b) Mutuo; venta á prueba.*—La regla de que en las obligaciones de especie el deudor ha de dar cosas de calidad media, no encuentra aplicación en aquellos contratos en que la naturaleza misma de las obligaciones asumidas la hace inconcebible. Así, por ejemplo, en el contrato de mutuo, si bien el mutuuario queda obligado á restituir *genera*, como decían los romanos, ó especie, como decimos nosotros, en cambio está obligado también á restituir las cosas recibidas *en la misma cantidad y calidad*, aunque sean las mejores del género á que pertenezcan (5); y por necesaria contraposición, el mutuante está obligado á reci-

(1) Véanse los núms. 30 y sigs. Gasea, *ob. cit.*, I, 362.

(2) Gasea, *ob. cit.*, I, 420.

(3) Véase el vol. II, núms. 103 y sigs.

(4) Véase el vol. IV, núms. 444 y 445; Demolombe, *lug. cit.*, 247; Larombière, 1244, 2; véase también Duranton, XII, 73 á 77; Aubry et Rau, § 318, nota 3.

(5) Arts. 1828, Cód. civ. It.; art. 1902, Cód. Nap.; L. 2, *pr.*, y L. 3, L. de reb. credit. (XII, 1).

birlas en la misma cantidad y calidad, aun cuando sean las peores de su género. No es lícito, leemos en el texto, devolver vino nuevo por vino añejo; ni se está obligado, añadimos nosotros, á devolver vino añejo por nuevo.

Por último, en las ventas á prueba, no es dado al vendedor liberarse sino entregando las cosas que, comprobadas por el comprador, se reconocen de la calidad pactada (1).

Pero veamos una excepción mucho más importante.

### III

16. *c) Pagos pecuniarios.*—Desde que los hombres, impulsados por la necesidad del tráfico, abandonaron las primitivas y simples permutas, y se decidieron á fabricar monedas, el Dios Mammon (2), arrojado del reino de los cielos, hizose dueño del mundo (3); y la *pecunia*, su forma predilecta, el símbolo real de todas las riquezas (4). Desde aquella época, los pagos pecuniarios, ó como se dice ahora, en metálico, hiciéronse el modo más común de extinguir las obligaciones: no tanto porque la mayor parte de las obligaciones nazcan pecuniarias, como porque se transforman en pecuniarias algunas veces para el cumplimiento. Razón por la cual, el pueblo, que se fija en los hechos y no se cuida de la ciencia, bautiza con el nombre de pagos lo que son prestaciones pecuniarias. Así, en efecto, el estudio de los pagos pecuniarios, que provoca problemas nada fáciles ni llanos, es importantísimo para todos los juristas. Tiene importancia especial para nosotros los italianos que, habiendo vivido diecisiete años bajo el régimen de curso del papel, esperamos saludar en el 12 de Abril de 1883, la vuelta del oro y la plata.

Desde Servio Tulio, que fué entre los romanos el primero que

(1) Arts. 1452, Cód. civ. it.; Larombière, 1246, 5; Pothler, *Vente*, 311; Troplong, *Vente*, 86 y sigs.; Duranton, XVI, 93; Demolombe, *lug. cil.*, 257.

(2) Voz siria, asegura Fantani, que significa el falso númer de las riquezas.

(3) «Beatus, vlr, qui inventus est sine macula; et qui post aurum non ablit, nec speravit in pecunia et thesauris. *Eccl. 31.* Facite vobis amicos de mammona iniquitatis; ut, cum defeceritis, recplant vos in aeterna tabernacula.» *Evang. secundum Lucam*, cap. XVI.

(4)

Chiuso era allor nelle profonde cave  
Nemico ferro, e il più nemico ancora  
Metallo, che seacciò Numi veraci  
Dall' are, e in loco lor Nume si fecee.

Gozzi, *Osservatore. Castello in aria delle ricchezze* — *Sine pecuniis nulla res necessaria fieri potest.* Demost. Olynth. I. *Omnia pecunia effici possunt.* Cicer. en. Verrem.

pensó en acuñar el bronce (*aes*) (1), con la marca de la oveja ó del buey (*pecus*), hasta el uso de los metales preciosos (2), hasta el día en que el cuño, en vez de la cabeza de un animal grabó la efigie de un rey, hasta la invención del papel moneda, hasta el curso forzoso y las convenciones monetarias internacionales, existe un buen espacio de tiempo, fecundo en observaciones y enseñanzas para los economistas. Y la ciencia del derecho, que en esta parte se asocia con la Economía, obtiene de él las nociones más necesarias para la cuestión jurídica. Enseña á distinguir la moneda *real* de la moneda imaginaria ó *de cuenta*: una representada por piezas acuñadas; la otra ficticia, unidad monetaria que sirve para los cálculos, pero no está representada en la acuñación (3). La moneda *metálica* de oro, de plata, de bronce, de níquel ó de vellón, y la moneda *simbólica* ó sea de papel. La moneda *corriente*, que sirve de instrumento normal en los pagos, y la moneda *fraccionaria* ó *menuda* (*appoint*), usada en los pagos pequeños. Enseña después á distinguir en la moneda tres especies de valores completamente distintos.

Valor *nominal*, llamado también *curso legal*, es el valor atribuido á ella por las leyes del Estado en que es acuñada. La lira italiana; el franco belga, suizo ó francés; la esterlina inglesa; el dollar americano; el rublo ruso; el táler prusiano; el florín austriaco; la peseta española; la cruzada portuguesa y las piezas acuñadas múltiplos ó fracciones de dichas unidades monetarias tienen en el propio país y en los que están unidos por convenciones internacionales, un valor determinado y manifiesto por las leyes, ó también por la simple impresión del cuño. Curso legal, que no debe confundirse con el *forzoso*, porque deja, como vere-

(1) Según algunos eruditos, este bronce estaba al principio compuesto de cobre con ligera aleación de estaño ó de plomo. Según otros, los romanos acuñaron monedas de cobre puro y de cobre con cinc. Véanse Savigny. *Obl.*, § 40 (tract. Gerardin, II, pág. 8, notas), donde cita á Klaproth, *Chemische Abhandlungen*, VI, páginas 81-88; Mommsen, *Ueber das Roemische Münzwesen*, pág. 252.

(2) En Roma, la moneda de plata fué introducida en el año 485 de la fundación de la ciudad. Ahora los metales nobles empleados en la acuñación de la moneda son el oro y la plata; con la amenaza de reducirse al oro solamente como tipo legal, por la guerra que declararon á la plata los enemigos del bimetalismo. Acaso por esta razón no tuvo éxito el intento ruso de acuñar también monedas de platino; Savigny, *lug. cit.*, nota 9; Chevallier, *De la monnaie*, chap. 2, págs. 7 y 21.

(3) Era moneda de cuenta el antiguo escudo florentino: después la onza siciliana, la lira de banco genovesa, el florin de Bélgica, el marea de Alemania. Según Gasca, *ob. cit.*, I, núms. 113 y sigs., en el comercio se llama moneda de cuenta aquella con que todas las sumas son expresadas en las transacciones y en las escrituras comerciales: se llama moneda de cambio la que se emplea en la evaluación del cambio con las monedas extranjeras.

mos pronto, abierto el cambio y cierta libertad á los pactos de los contratantes.

Valor *intrínseco*, también llamado *metálico*: se entiende el valor del metal de cada pieza acuñada. Es el precio que puede obtenerse vendiéndolo como mercancía á un platero ó á la casa de la moneda como pasta metálica. Unico valor que queda en las piezas de los sistemas monetarios abolidos, á las piezas desgastadas ó rotas, cuando no pueden ya ser expendidas. Este valor es nulo en la moneda de papel; casi nulo en la de bronce, de níquel ó de vellón, porque los gastos de monetización, grandísimos en comparación con el poco valor del metal innoble, dan á las piezas acuñadas de esa especie un valor legal muy superior al intrínseco.

Finalmente, valor ó curso *comercial*, que algunos llaman *corriente*, y es el atribuído á las monedas extranjeras, privadas de curso legal, ó también á las varias especies de monedas nacionales ó legales en el mercado de las Bolsas y los cambistas. Está indicado por el *agio* que algunas especies de monedas gozan con relación á otras, y varía á medida de su demanda y de la mayor ó menor abundancia de una especie monetaria frente á otra. Quien necesita esterlinas y se presenta en Bolsa para comprarlas con piezas de 5 libras, ha de pagar cierto precio, variable según las fases comerciales. puestas de manifiesto en los listines de la Bolsa. Pues bien: ese precio es el valor comercial de la esterlina. Lo mismo sucede casi siempre en el cambio de la moneda de plata por la de oro, aun siendo de curso legal. Raras veces ocurre que el oro no goce el agio sobre la plata; y aunque un napoleón de oro valga legalmente 20 libras, ó sean 4 piezas de plata de 5 libras cada una, no es posible, sin embargo, en el comercio cambiar monedas de plata en cantidad equivalente al napoleón de oro sin pagar el agio determinado en la jornada (1).

17. Antepuestas estas noticias, tres cuestiones se ofrecen al jurisconsulto. ¿Con qué clase de moneda se paga una deuda pecuniaria? Cuando se paga con una especie de moneda en vez de la pactada ó recibida, ¿qué valor ó curso debe tenerse presente en la igualación? Por último, si del día de la obligación al del pago sobrevinieran variaciones en el valor de las monedas, ¿qué normas deben seguirse?

A la primera pregunta se responde distinguiendo tres especies de obligaciones pecuniarias:

---

(1) Para mayor claridad sobre las indicadas nociones, véanse la citada obra de Chevalier, *De la monnaie*, y Savigny, *Obligat.*, §§ 40 y sigs. (Vol. II, pág. 1-122); Bollaño, algunas notas sobre deudas monetarias (*Giur. it.*, 1893, 97).

obligaciones de suma (*quantitas*), y constituyen la regla en materia civil;

obligaciones de especie amonedada (*nummi*) en que se toma en consideración una especie determinada de piezas acuñadas extranjeras ó nacionales; estas obligaciones son excepcionales en materia civil; pero corrientes en comercio;

obligaciones de cuerpo cierto y determinado (*certum corpus nummorum*), en que se tienen en cuenta ciertas piezas acuñadas que han de consignarse ó restituirse en su misma identidad. Son propias de algunos contratos especiales en que la moneda pierde enteramente el oficio de signo representativo de los valores.

18. Las obligaciones pecuniarias de suma constituyen la regla. Cánón de doctrina antiquísima, confirmado por la razón y consagrado por el Código. De doctrina antiquísima porque fué profesada por los jurisconsultos romanos (1); y si entre los prácticos de tiempos posteriores nacieron dudas, la controversia acabó pronto con el triunfo de la justicia (2). Se comprendió que la deuda de dinero era deuda de suma, de modo que la misma suma estaba igualmente representada por diversas especies de moneda igual.

Pero en la Rota florentina y romana, como en los demás altos Tribunales de Italia, siguióse la teoría de Bartolo, para quien en las obligaciones de dinero la suma era en *obligatione*; las especies de moneda indicadas por casualidad en el título estaban *in facultate solutionis*. (3). Regla conforme con la razón, porque ¿cuál sería el papel de la moneda si hubiera de tenerse en cuenta más la especie amonedada que la suma?

(1) *L. 1 pr. D. de contrah. empt.* (XVIII, 1): «*ea materia forma publica percussa, usum, dominiumque, non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.*» *L. 94, § 1. D. de solut.* (XLVI, 3): «*sive in pecunia non corpora cogit, sed quantitatem.*» *L. 65, § 1, D. de v. o.* (XLV, 1): «*nam stipulanti denarios, eiusdem quantitatis aureos spondendo, obligaris.*»

(2) Sabelli, *Summa*, § *Solutio*, núm. 26: «*An autem pro nummis aureis recepti possit debitor alterius generis nummos, puta argenteos, vel aereos solvere, invito creditore, et praecipue in mutuo, negative ex pluribus motis respondent aliqui.*» *Larrea*, dec. 21, núm. 3; Salgado. *Labyrinth. credit.*, p. 2, cap. 8, núms. 6 sigs.: «*Sed affirmative magis concludunt alii.*» Menoch. cons. 49, n. 38; Fachineus, lib. 2, controvers. 50, Dian. part. 8, tract. 7; resolut. 19 per tot: «*ubi bene probat, et contrariis respondet,* *de quo vide late Anon. Gob., trat. de Moneta*, Quaest. 7 y 8; Maurus, *de solution.*, cap. 26.

(3) Fierli, *Theoricae*, *Theorica Bartoli in Leg. 57, D. de solut. et liberat* (tomo I, pág. 125): «*Quoties igitur stipulatio, vel obligatio directa est in quantitatem certam, et species indicata, cum qua solutio fieri debet, est incerta et in genere, stipulatio et obligatio semper remanet in quantitate, species stat in solutione, sive ut nostri loquuntur, species stat demonstrative non taxative.*» Véanse en las notas las declsiones de la Rota florentina y de la Romana.

Para servir en cualquiera de sus especies de instrumento de cambio y de signo representativo del valor, es precisamente para lo que fué acuñada la moneda; y perdería esa aptitud en cuanto se hubiera de considerar la especie y no la suma. Regla, finalmente, sancionada por el Código en su art. 1821, el cual, traduciendo el correspondiente 1895 del Código Napoleón, establece: «la obligación resultante de un préstamo en dinero es siempre de la misma suma numérica expresada en el contrato».

La disposición se refiere al mutuo, ya que del mutuo han nacido las mayores y más frecuentes controversias; pero todos los doctores modernos enseñan universalmente que la disposición es de índole general porque se informa en principios de natural justicia y es aplicable á toda clase de pagos pecuniarios (1).

De lo cual se deduce que el pago pecuniario se puede hacer en cualquier especie de moneda, con tal que tenga curso legal en el lugar y el día del pago, aun cuando en el título de que nace la obligación se indique una especie determinada: y se puede sustituir una moneda distinta de la recibida ó deducida en convenio sin obligación de pagar agio, aunque en el curso comercial la moneda deducida en el contrato goce de un agio sobre la sustituida. Una venta, por ejemplo, al precio de mil napoleones, no obliga al comprador á pagar con mil napoleones de oro, sino solamente á pagar 20.000 liras con cualquiera especie de moneda, de plata ó papel, con tal que ambas tengan curso legal en el lugar y en el día del pago (2).

19. Pero, ¿cuál es — se preguntará — la moneda que tiene curso legal entre nosotros? Suspendido por la ley de 7 de Abril de 1881 el curso forzoso de los billetes de los Institutos de emisión reunidos en consorcio, volvieron á imperar la ley sobre la unificación monetaria de 24 de Agosto de 1862, la otra complementaria de 21 de Julio de 1866, y la Convención monetaria entre Italia, Francia, Grecia, Suiza y Bélgica de 8 de Noviembre de 1878, renovada en París el 6 de Noviembre de 1885, entre los cuatro primeros Estados, y entre ellos y Bélgica en 31 de Diciembre de 1885, Convención que duró hasta 1.º de Enero de 1891; después de esta fecha se renovó tácitamente de año en año hasta el acuerdo monetario de

(1) Maleville, *Analyse raisonné*, IV, pág. 39; Merlin, *Rép. Monnaie*, § 1, IV, *Prét.*, II, 27; Toullier, VII, 54; Delvincourt, II, pág. 132; Molitor, *ob. cit.*, 797; Massé et Vergé sur Zachariac, § 560, nota 10, 561, nota 12; Larombière, 1246, 7; Troplong, *Vente*, 163, Aubry et Rau, § 318, notas 8 á 11; Demolombe, IV, 258 y sigs. Laurent, XVII, 565; Cas. Nápoles, 9 de Febrero de 1878 (*Foro*, 1878, 1, 1104).

(2) Génova, 19 de Mayo de 1867 (*Annali*, 1867, I, 2, 181); se resolvió que habiéndose contratado un flete en Francia que debía pagarse en Italia, podía ser satisfecho con moneda italiana, á pesar de que la suma estaba expresada en moneda francesa.

15 de Noviembre de 1893, suscribió en París el 15 de Diciembre de 1898, y cuyas ratificaciones fueron cambiadas el 31 de Diciembre del mismo año. Por Protocolo adicional de 15 de Marzo de 1898, el Gobierno italiano, con conocimiento de las otras potencias de la Unión, prohibió la exportación de monedas fraccionarias, ó sean las que no exceden de dos liras. Este Protocolo fué rudo ejecutivo por Real decreto de 19 de Febrero de 1899, número 99. Otra Convención monetaria se estipuló entre Italia y la República de San Marino, aprobada en ley de 11 de Agosto de 1897, á la que acompañaba un Protocolo adicional aprobado por ley de 29 de Julio de 1906.

Convicne advertir que la citada ley de 7 de Abril de 1881 disolvió el consorcio de los Bancos de emisión aboliéndolo; proveyó al curso legal, mas no ya forzoso, del papel moneda, y dispuso que tuvieran curso los billetes ya consorciales de diez y de cinco liras, convertidos en billetes del Estado, según las normas indicadas en el Reglamento, y cambiables en valor metálico por las Tesorerías autorizadas.

Por último, tuvieron también curso legal los billetes de determinado corte de los Institutos de emisión. Este curso legal, ya autorizado por la ley de 30 de Abril de 1874, habría debido cesar en 1883. Pero la escasez del numerario obligó al Gobierno á prorrogar reiteradamente por varias leyes la duración de dicho curso, que según presunción racional, se prolongará todavía por mucho tiempo.

19 bis. Las condiciones poco lisonjeras del Tesoro italiano indujeron, algunos años después, al legislador y al Gobierno á dar un paso atrás. Por Real decreto de 8 de Noviembre de 1893, se suspendió el cambio de billetes del Estado y del Banco en moneda metálica, y se hizo obligatorio el pago de los impuestos de Aduanas en oro ó plata; disposiciones éstas renovadas y confirmadas por la ley sobre Provisiones financieras de 22 de Julio de 1894, acompañada de numerosos anexos, con lo cual fué definitivamente suspendida la obligación de cambiarlos por valor metálico (1); de modo que todos los pagos pueden hacerse, tanto en moneda metálica como en billetes del Estado, sin que el acreedor esté autorizado, no ya á rehusar los tales billetes, sino ni aun á pretender el cambio. Exceptúanse solamente, repetimos, los pagos de los impuestos aduaneros, que deben ser hechos en moneda metálica y en las especies que están determinadas en las

---

(1). Art. 3, Ley de 22 de Julio de 1894, núm. 589, y art. 1 del An. 1 sobre Ordenación de la circulación de papel.

provisiones del Gobierno (1). Fueron también emitidos nuevos billetes de Estado, y se modificó la circulación de los hechos por Institutos de emisión, que son admitidos en los pagos, teniendo curso legal. Finalmente, fué autorizada la fabricación y la emisión de moneda de aleación compuesta de níquel y cobre (2).

(1) Véanse el art. 6 de la citada Ley, y el Real decreto de 19 de Febrero de 1899, núm. 51; Cas. Roma, 7 de Marzo de 1895 (*Legge*, 1895, 1, 361); Cas. Turin 20 de Noviembre de 1891 (*ivi*, 1892, 1, 212); Milán, 1.º de Mayo de 1894, *ivi*, 1891, 2, 595); Cas. Turin, 26 de Abril de 1894 (*ivi*, 1894, 2, 92); 7 de Febrero de 1896 (*ivi*, 1-96, 1, 518).

(2) Aunque no sea misión del juriconsulto decir el título y la fecha del cuño de las monedas de curso legal, creemos útil resumir el Prontuario de las monedas nacionales y extranjeras, pero de curso legal en el Reino, que deben ser recibidas en las Cajas públicas, de acuerdo con la ley sobre unificación monetaria y con las convenciones monetarias con los países de la unión, y con las leyes sucesivas de que hemos dado cuenta. Este Prontuario ha sido establecido por Real decreto de 7 de Marzo de 1907, núm. 149 (Ministerio del Tesoro, *Boletín oficial*, vol. XXV, 1907, pág. 170), del modo siguiente:

*Monedas de oro de 900 por 1.000.*

Monedas de 100, 50, 20, 10, 5 liras: acuñadas en Italia, Bélgica, Francia, Grecia y Suiza.

Monedas de 4 y 8 florines, equivalentes á 10 y 20 liras, acuñadas en el Imperio Austro Húngaro.

Monedas de 20 á 100 francos, acuñadas en el Principado de Mónaco.

Monedas de 20 y 10 dinara, equivalentes á 20 y 10 liras, acuñadas en el Reino de Servia.

Monedas de 5 rublos, de oro (sistema antiguo), y 7 rublos y 50 copetes, también de oro (nuevo sistema), acuñadas en el Imperio de Rusia, llamadas medias imperiales, equivalentes á 10 liras.

Monedas de 20 y 10 francos, equivalentes á 20 y 10 liras, acuñadas por el Gobierno de la Regencia de Túnez.

Monedas de 10 y 20 rei, equivalentes á 10 y 20 liras, acuñadas por el Gobierno rumano.

Monedas de 100, 20 y 10 pesetas, equivalentes á 100, 20 y 10 liras, acuñadas en el Reino de España.

Tienen también curso legal las monedas de oro de cuño Italiano de 80 y 40 liras, y las de 10 y 8 liras de pequeño diámetro fabricadas antes de 1862; no habiéndose dispuesto para ellas la retirada definitiva, como determina el art. 12 de la ley de 24 de Agosto de 1862, núm. 788.

Por otra parte, á medida que tales monedas entran en las Cajas públicas, son retiradas de la circulación y concentradas en la Casa de la Moneda de Roma para rea-  
cuñarlas en medida decimal.

*Monedas de plata de 900 por 1.000.*

Escudos de 5 liras, acuñados con arreglo al sistema métrico decimal á principios del siglo XIX en los antiguos Estados de Italia, en el Reino de Italia, en Bélgica, en Francia, en Suiza, en Grecia, y por cuenta de la República de San Marino.

Están excluidos los escudos pontificios y las monedas borbónicas (Real decreto de 1.º de Octubre de 1855, núm. 3370); también están excluidas las del ex Ducado de



Por efecto, pues, de todas estas disposiciones coordinadas en conjunto, tienen curso obligatorio entre los particulares y no pueden ser rechazados en los pagos como moneda de papel los billetes del Estado y los billetes de los Institutos de emisión de los valores legalmente establecidos; y además, las monedas de oro acuñadas en Italia ó en los países de la Unión, reconocidas por el acuerdo monetario renovado en 1898; en fin, las de plata, en piezas no inferiores á cinco liras. En cuanto á las monedas divisio-

Lucca, por haber sido abolidas absolutamente por el Gobierno del Gran Ducado que le sucedió en 1847.

*Monedas de plata de 895 por 1.000.*

Piezas de 2 y 1 liras, y de 50 céntimos: acuñadas en Bélgica, Francia, Suiza, Grecia, y por cuenta de la República de San Marino.

Las monedas divisionarias de plata de cuño nacional y de la República de San Marino y de los Estados extranjeros que forman parte de la Liga latina, tienen curso obligatorio y han de ser aceptadas sin límite de suma en las Cajas públicas, excepto por las Aduanas, en las cuales, por Real decreto de 19 de Febrero de 1899, núm. 54, su aceptación está limitada á las sumas inferiores á 5 liras.

Entre particulares no pueden ser empleadas para cantidades superiores á 50 liras en cada pago (Ley de 21 de Agosto de 1862, núm. 788, art. 7.º).

En cambio, las piezas de plata de cuño extranjero, mientras tienen curso facultativo entre particulares, deben ser recibidas por las Cajas públicas en cada pago, aun cuenta de Impuestos de Aduanas, hasta 100 liras.

Hay que pararse en que las piezas nacionales deben ser de un año no anterior á 1863, y las de la República de San Marino deben ser de 1898, año de la única acuñación que se hizo.

Las piezas de Bélgica deben ser de año no anterior á 1866; las de Francia, no anteriores á 1864; las de Grecia, no anteriores á 1867, y finalmente, las de Suiza, no anteriores á 1866.

*Monedas de níquel.*

Piezas de 20 y 25 céntimos, de cuño Italiano de las emisiones de 1891 en adelante

*Monedas de bronce.*

Piezas de 10, 5, 2 y 1 céntimos, acuñadas en Italia de 1859 en adelante.

Piezas de 10 y 5 céntimos de la República de San Marino, acuñadas en Milán en 1864, 1869 y 1875, y en Roma en 1893 y 1894, excluidas las acuñadas por Gobiernos provisionales que cesaron.

Cuanto á las monedas metálicas de nueva acuñación, ya entradas en circulación, véase el Real decreto de 7 de Marzo de 1902, núm. 92, que establece sus tipos.

Hasta aquí llega el Prontuario. Como complemento de estas noticias, advertiremos que por Real decreto de inminente publicación se reúnen en un Texto único todas las disposiciones legislativas sobre Instituciones de emisión y sobre la circulación de los billetes de Banco. Por las disposiciones combinadas de los arts. 1, 3, 4, 8 del indicado Texto único, la facultad de emitir billetes de curso legal queda limitada al Banco de Italia, al de Nápoles y al de Sicilia. Los valores de los billetes son de 50, 100, 500 y 1.000 liras. A la fabricación de ellos concurre también el Estado. Los particulares pueden pedir su cambio al Instituto que los emite; pero el Instituto puede cambiarlos por billetes del Estado. El cual—inútil es repetirlo—emite sus billetes de curso legal según las disposiciones que hemos citado poco más arriba.

narias de dos liras en adelante, mientras tienen curso obligatorio las de tipo legal acuñadas en Italia, lo tienen, en cambio, puramente facultativo las de los otros países de la Unión, aunque deban ser recibidas por las Cajas públicas. Cuanto á las monedas de metal inferior, sólo tienen curso las acuñadas en Italia.

Como consecuencia del curso forzoso atribuído indirectamente á los billetes del Estado por el art. 3.º del A. F. en la ley de 22 de Julio de 1894, podrán quizás renacer las cuestiones que otras veces se agitaron respecto de la validez de los pactos de pago en valor metálico ó con agio. De tales cuestiones nos ocupamos á fondo, cuando regía el curso forzoso anteriormente á la ley de 7 de Abril de 1881 (1). Y podremos ahora repetir lo que entonces decíamos. Pero como la cuestión no tiene en la práctica la antigua importancia, nos contentaremos con resumir sucintamente las consecuencias á que llegamos tras un maduro examen, y son:

a) Se reputan válidos los pactos de pago del agio ó en valor metálico estipulados en Italia para tener efecto en el extranjero.

b) Igualmente se estiman eficaces los mismos pactos aun teniendo efecto en Italia en el mutuo de dinero, considerado como especie y no como cantidad.

c) Lo mismo puede decirse del pacto en que fuere estipulada una modificación del contrato ó una resolución de éste en previsión del curso forzoso.

d) También se reputa legítimo y eficaz el pacto de pagar en moneda metálica, ó bien en papel moneda; pero con agio. Ya fué ésta la cláusula en torno de la cual se agudizaron más las disidencias entre los escritores y las sentencias de los Tribunales. Y no ocultaremos que la preponderancia entre las sentencias y las opiniones de los escritores fué contraria á nuestro convencimiento. Es decir, prevalecieron los dictámenes judiciales que tenían por ilegítima y nula dicha clase de pacto. Sin embargo, de lo cual, persistimos en el mismo convencimiento y con mayor motivo después de la citada ley de 1894, confirmado al ver que se ha previsto y regulado el pago del agio, prohibiéndolo únicamente á los Institutos de emisión que no hayan provisto á la constitución de la reserva metálica (2).

(1) Véase el vol. III, núms. 402 á 407 de la 1.ª edición de esta obra, publicada en 1877.

(2) Véase el art. 3 del An. 7 á la cita ley; Génova, 20 de Diciembre de 1894 (*Temigen.*, 1895, 49); Turín, 2 de Abril de 1894 (*Giur. tor.*, 1894, 547); Cas. Turín, 9 de Febrero de 1893 (*ivi.*, 18:3, 663); Milán, 1.º de Mayo de 1894 (*Legge*, 1394, 2, 595); Génova, 23 de Abril de 1894 (*Legge*, 1894, 2, 92); Cas. Turín, 7 de Febrero de 1896 (*Legge*, 1896, 1, 543); Génova, 21 de Enero de 1898, 1, 373); Catania, 18 de Febrero de 1900 (*Giur. catanese*, 1900, 31).

e) Si las partes tienen indicada en el contrato una moneda que no tenga curso legal en el Reino y no se ha expresado el curso de la misma, el deudor puede pagar con moneda italiana en la proporción del cambio convenido ó la de la plaza (1).

f) Finalmente, reconocida la validez de los pactos con agio, un pacto de pago en moneda metálica puede ser interpretado como una estipulación del agio, y por tanto válido cuando no se opongan absolutamente las expresiones usadas por los contratantes.

No será inútil advertir, por incidencia, que la publicación del Real decreto que imponía el pago de los impuestos de importación en valor metálico, dió lugar á la cuestión de la legalidad de la provisión y la obligación del Gobierno á resarcir los daños. Justamente decidió la Casación de Roma rechazando las pretensiones de los que se rebelaban contra la provisión, y calificó los actos relacionados con el curso forzoso ó legal como provisiones de soberanía no censurables ante la autoridad judicial ni productoras de la obligación del resarcimiento (2).

20. Billetes, bronce, níquel, plata, oro, son, pues, en las formas legalmente reconocidas las varias especies de moneda con que pueden de hoy en adelante hacerse los pagos pecuniarios, á elección del deudor.

Pero ¿será lícito pagar sumas grandes con sacos de calderilla? ¿Podrá un inquilino que expende, por ejemplo, sal ó tabaco, y recauda sumas pequeñas, pagar el alquiler de su casa, que son centenares de liras, en céntimos ó en otra moneda de bronce? Todo el mundo conoce la enormidad de esta consecuencia, la cual sería errónea, afortunadamente, ya que en lo relativo al pago en moneda pequeña existen limitaciones en la ley. De ella se dieron cuenta ya los antiguos doctores, quienes se apresuraron á hacernos saber que al deudor no debería nunca serle lícito hacer un pago del cual *damnum passurus esset mutuans, forte nimis minuta reddita moneta* (3). Diéronse cuenta de ella también los legisladores de varios países, y decretaron disposiciones encaminadas á prohibir el uso de la moneda pequeña más allá de una determinada proporción (4). Dióse cuenta de ella el legisla-

(1) Art. 39. Cód. com. Véase también núm. 22; Gasca, *ob. cit.*, I, 418; Vivante, *La moneta straniera nei pagamenti* (*Diritto comm.*, 1898, 161).

(2) Cas. Roma, 7 de Marzo de 1895 (*Foro*, 1895, I, 35, y *Legge*, 1895, I, 361).

(3) Voet, XII, I, 23; *L. 99, D. de solutionibus* XLVI, 3).

(4) Leemos en las *Pandectas*, Arndt's-Serafini, § 205, nota 4, que un decreto de la Dieta de Alemania de 1855 dispuso que en los pagos superiores á 25 florines, nadie estaba obligado á recibir moneda pequeña. Leemos también que la convención monetaria austro-alemana prescribe: «En los pagos de sumas que alcancen á cualquier

ador italiano, y en el art. 2.º de la ley de 24 de Agosto de 1862 sobre unificación del sistema monetario, restringió entre los particulares el uso legal de la moneda divisionaria de plata hasta 50 liras por cada pago; el de la moneda de bronce para las fracciones de lira (1) Tal estado de cosas fué modificado temporalmente por la ley de 30 de Junio 1873, que prorrogó por primera vez el curso de los billetes de los Institutos de emisión, autorizado por la ley de 30 de Abril de 1874. Dispuso este artículo que la moneda de bronce, mientras durase el curso forzoso, podía ser empleada por el Estado en cantidades de 2 liras para cada pago, y ser recibida en las Cajas públicas hasta el 1 por 100 en los pagos. Igualmente autorizó el uso de la misma moneda hasta el 1 por 100 en el pago de sueldos, pensiones y otras anualidades. Cuando fué abolido el curso forzoso volvió á ponerse en vigor la ley de 24 de Agosto de 1862. Hoy debe añadirse la citada disposición del artículo 7.º del Real decreto de 21 de Febrero de 1894, que autoriza el uso de la moneda de níquel hasta 3 liras en cada pago.

¿Tendremos necesidad de advertir que el acreedor no puede estar obligado á recibir monedas falsas ó desgastadas, y que al recibirlas por equivocación puede exigir su cambio porque *reproba pecunia non liberat solventem?* (2). A este propósito, sirve de norma el art. 10 de la citada ley de 24 de Agosto de 1862, refundido en el art. 3.º de la ley de 21 de Julio de 1866, por el cual, las monedas de oro faltas de peso en más de medio por 100, y las de plata de 5 liras faltas en más de la tolerancia fijada por el artículo 1.º de la ley de 1862; é indistintamente todas las faltas de peso, agujereadas, desfiguradas ó desgastadas de modo que no sea posible reconocer la impresión por ninguno de los dos lados, están excluidas de la circulación y son recibidas solamente como metal en las oficinas de cambio de las Casas de la Moneda. Con las cuales disposiciones concuerdan los arts. 2.º y 3.º de la Convención monetaria internacional de 6 de Noviembre de 1865, repetidos en los acuerdos internacionales sucesivos.

---

moneda gruesa, nadie puede estar obligado á recibir moneda pequeña.» En Francia, por ley de 14 de Agosto de 1866, las piezas de 2 francos en adelante no tienen curso legal entre particulares, sino como moneda de fracciones hasta 50 liras en cada pago. La moneda de cobre y de vellón, por decreto de 10 de Agosto de 1810, no puede ser empleada para más de 4,95 liras; Demolombe, IV, 263.

(1) Por moneda divisionaria se entienden las piezas que no pasan de dos liras. Artículo 2 de la citada ley: «Nadie está obligado á recibir en los pagos una suma mayor de 50 liras en monedas divisionarias de plata, las cuales son recibidas sin límite alguno en las Cajas públicas. La moneda de bronce puede ser empleada en los pagos sólo para completar fracciones de lira.»

(2) L. 24, § 1, D. de pignorat. actione (XIII, 7); L. 1, C. de vet. numismat. pot. (XI, 10).

21. La segunda clase de obligaciones pecuniarias, como hemos dicho, es aquella en que *non quantitas, sed genus spectatur*. Para comprender su importancia débese partir de la consideración de que no es cierta, al menos en el modo como es generalmente enunciada, la máxima proclamada harto ligeramente por Pothier y sostenida sin consideración por la doctrina francesa, por la cual se prohibirán los pactos que atribuyan á la moneda un valor diferente del legal (1). Esto es cambiar el curso legal por el forzoso y aun algo peor. En verdad, no se permite hacer convenios dirigidos á atribuir á las monedas un valor nominal distinto del que les da la ley. Pactar, por ejemplo, que las monedas de 5 libras serán recibidas por valor de 5,50. Pero una cosa es este pacto, y otra es la prohibición absoluta de considerar la moneda como mercancía y contratarla por su valor corriente ó comercial; y exigir—que es lo mismo—el pago en especies determinadas, las cuales se consideran no simplemente *in facultate solutionis*, como decían los antiguos, sino *in obligatione*; no como suma, como se dice ahora, sino como mercancía. Tales convenios han sido lícitos en todos los tiempos. Lo fueron *ab antiquo* por las normas mismas de la jurisprudencia romana (2), y por la citada teoría de Bartolo, donde, en limitación de la regla contraria enseñaba: *quoties vero species designata est in re certa, ex qua designatione demonstratur affectio particularis erga rem adiectam, tunc species ipsa in obligatione esse dicitur, seu taxative stet, non demonstrative*. Lo admiten, no sin contracción, los mismos escritores franceses (3).

Por lo demás, toda controversia ha sido cortada por el artículo 1882 de nuestro Código civil, que completando el Código Napoleón, dice literalmente que no se aplica la regla del artículo precedente *cuando se han entregado monedas de oro ó de plata y se haya pactado la restitución en la misma especie y cantidad*. Supongamos efectuado un mutuo en napoleones de 40 francos y pactada la restitución en piezas de idéntico valor; el mutuatario no podrá restituir el equivalente en otra especie de moneda. Por las mencionadas razones puede decirse lo mismo de cualquiera otro contrato; de una venta, por ejemplo, cuyo precio deba pagarse en florines de oro austriacos y no de otro modo, ó

(1) Pothier, *Prét de consommation*, par. I, chap. 3, núm. 37; Larombière, 1249, 7; Aubry et Rau, § 318, texto y nota 12; Massé et Vergé sur Zachariae, § 560, nota 90; Demolombe, IV, 257; Laurent, XVII, 563

(2) *L. 99, D. de solution*. (XLVI, 3): «*Debitorum non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit*».

(3) Fierli, *lug. cit.*, pág. 125 y nota 2. Véase Troplong, *Prét.*, 231; Aubry et Rau, § 318, nota 12; Demolombe, IV, 259; Laurent, XVII, 565.

bien en libras esterlinas efectivas. Finalmente, lo mismo puede decirse de la compra de ciertas monedas de un cuño determinado destinadas á colecciones científicas ó artísticas.

Por los demás, también sería lícito convenir que un mutuo en papel moneda debiera restituirse en plata ó en oro, ó viceversa. Esto sería una especulación sobre el agio, y se le aplicaría las observaciones hechas por nosotros en otra ocasión durante el curso forzoso y repetidas hace poco (1).

22. Cuando por otra parte obligaciones, en que el dinero se considere como mercancía, no pueden derivar más que del pacto, es materia de interpretación el distinguir contrato por contrato si está en *obligación* la suma ó la especie de la moneda.

Tratándose de materias civiles, la regla y la presunción están por la suma. No así en las materias comerciales, donde el uso de ciertas especies de monedas, especialmente extranjeras, puede ser exigido por las necesidades peculiares de la especulación. En efecto, la letra de cambio debe ser pagada con la moneda indicada; es decir, con los especiales valores metálicos ó de papel que se han mencionado (2). Y más generalmente en los contratos comerciales vale la regla que hemos propuesto anteriormente (núm. 19); esto es, si la moneda indicada no tuviera curso legal ó comercial en el Reino, y si el curso no está expresado, el pago puede ser hecho con la moneda del país, según el curso del cambio á la vista en el día del vencimiento y en el lugar del pago; y cuando allí no exista un curso de cambio, según el curso de la plaza más próxima, ó según una proporción convencional.

Por otra parte, la facultad de substitución no parece concedida al deudor, si el contrato lleva la cláusula *efectiva* ú otra equivalente que haga comprender que el acreedor quiso reservarse el derecho de rechazar una moneda distinta de la pactada (3). Por lo demás, las principales particularidades de este asunto son de competencia de los tratados de Derecho mercantil.

23. La última clase de obligaciones pecuniarias es finalmente,

(1) Véase el vol. III, núm. 398, sentencia de Turín, 2 de Abril de 1894 (*Giur. tor.*, 1894, 547).

Por el art. 241 del Cód. civ. alemán, el pago de una deuda fijada en moneda extranjera, puede efectuarse en Alemania con moneda del Imperio; siempre que no se haya estipulado expresamente el pago en moneda extranjera. La convención se hace según el curso del cambio en el tiempo y lugar del pago. Por el art. 215, si la moneda fijada en el contrato no tiene ya curso legal, el pago se hace con la moneda nueva.

(2) Art. 293, Cód. Com.

(3) Art. 39, Cód. Com. Véase además Vivante, [*La moneta straniera nei pagamenti (Diritto comm.*, 98, .60); Bolaffio, *Commento al Codice comm.*, núms. 265, 270, 271]; y algunas notas sobre deudas monetarias (*Giurispr. it.*, 1903, 97); Genova, 26 de Abril de 1894 (*Temí gen.*, 1894, 308, y *Diritto comm.*, XII, 371).

aquella en que cada moneda es tomada *non tamquam summam, sed tamquam corpora*.

Lo cual requiere, ante todo, que sean custodiadas de manera que puedan ser identificadas; por ejemplo, en un depósito ó en un comodato, habiendo sido prestadas *ad ostentationem*. Aun en el hurto, si el robado pudiese reconocerlas. Entiéndase bien que en semejantes casos el objeto del pago no son la suma ni la especie, sino aquellos cuerpos determinados que son objeto de la relación jurídica (1). Y es notable en el depósito que aun cuando el depositario estuviese autorizado para servirse del dinero depositado, ó sea el depósito irregular, deberá restituir las mismas especies de monedas (2).

Por lo tanto, si la obligación es de suma, puede el pago hacerse en cualquier especie de moneda que tenga curso legal ó sustituyendo con otra la indicada en el título, sin tener en cuenta el agio. Si la obligación es de especie amonedada, es necesario pagar con las monedas pactadas, y cuando esto no sea posible, sustituirlas por otras, teniendo en cuenta el agio: esto es, tomar como norma el valor comercial de la moneda. La primera, es regla de las convenciones civiles, salvo pacto contrario, que puede también ser tácito. La segunda, es norma de las convenciones comerciales.

24. Quédanos ver qué regla debe seguirse para las alteraciones sufridas por la moneda entre el nacimiento de la obligación y el día del pago. Antigua, famosa y sutil discusión que, surgida por las advertidas razones sobre el mutuo, ha sido siempre la desesperación de los escritores, y más aún por falta de oportunas distinciones.

«De mutatione monetæ, escribía Voet (3), *inter diem mutui dati ac restitutionis gravis controversia est cui illa noceat, debitorine, an creditori, et num idem, an vero aliud in intrinseca bonitate, aliud in externo valore mutato statuendum sit? multos sane de re ita scripsisse deprehendo, ut post longam dispositionem vix, qui velint, assequaris*». En las antiguas fuentes textuales no se hallan normas precisas, ni debe esto maravillarnos: porque á los romanos, no solamente les faltaban las lecciones de la experiencia sobre las variaciones del sistema monetario, sino que sus ideas económicas sobre el valor comercial de la moneda, puede decirse que eran rudimentarias. No conocían el papel moneda ni tenían las relaciones comerciales necesarias para apreciar la im-

(1) L. 3, § 6, D. de cond. ind. (XII, 6); Molltor, *ob. cit.*, 779; Demolombe, IV, 258.

(2) Arts. 1848, Cód. civ. it.; 1932, Cód. Nap.

(3) *Ob. cit.*, XII, 1, 24.

portancia del valor corriente del dinero. Apenas tres ó cuatro fragmentos tocan de soslayo la cuestión y ofrecen argumento de controversia para los eruditos (1).

Menos claros ciertamente que el texto canónico, donde al valor corriente de la moneda se le ha dado preferencia sobre el valor legal (2).

Ante tanta dificultad y penuria de normas ciertas, los doctores hicieron loables esfuerzos para concretar una regla; y muchos fueron los defensores del valor intrínseco, pretendiendo que debería tenerse presente el de las monedas en el tiempo de la obligación (3). Defensores del valor legal, y, por tanto, propensos á sostener que el deudor debería pagar igualando la suma al valor nominal, sin tener en cuenta los cambios intrínsecos experimentados, fueron otros escritores, quizás menores en número, pero de gran fama é ingenio, entre los cuales no debe olvidarse á Pothier (4). No faltó quien hablase de valor comercial,

(1) *L. 80 pr. D. de solutionib.* (XLVI, 3): «Prout quidque contractum est, ita et solvi debet... veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantumdem solvi debeat.» *L. 144, § 1, D. de r. i.* (L, 17): «In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.» Leonis, *Novellae constit.* Const. LII, al final: «numismatis omne genus (quod quidem formam materiamque non audieram et plenum pondus habeat) sive vetustioris cutuspium Principis, sive recentioris sit, aequaliter et aestimetur, et in Republica tractetur.» *L. 94, § 1, D. de solution.* (XLVI, 3): «sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.» *L. 99, D. solutionibus* (XLVI, 3): Creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit.» *L. 1, D. de contr. empt.* (XVIII, 1): «... electa materia est, cuius publica, ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum, aequalitate quantitatis subveniret.» *L. 1, C. de vet. numis. pet.* (XI, 10): «Solidos veterum principum veneratione formatos, ita tradi, ac suscipi ab eminentibus, et distrahentibus iubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, modo, ut debiti ponderis sint, et speciei probae: scituris universis, qui aliter fecerint, haud leviter in se vindicandum.» *L. 2, C. eod.*: «Pro imminutione, quae in aestimatione solidi forte tractatur, omnium quoque pretia specierum decrescere oportet.»

(2) Cap. 20, X, *de censibus* (III, 39). Se trataba del pago de un antiguo impuesto que ascendía á 3 *dineros papienses*, los cuales, en la época en que fue establecido equivalían á 9 *dineros lucenses*. Habiendo disminuído progresivamente el valor del *denarius lucensis*, el Papa decidió que el impuesto debía pagarse con 3 *dineros papienses*, cuyo valor no había cambiado, ó con tantos *dineros lucenses* como fueran precisos para reunir aquella suma, calculados con arreglo al valor del día.

(3) Al decir de Savigny, *ob. cit.*, § 45 (II, pág. 81), fautores de este sistema, fueron: Carlos Gianrinaldo, *dissert.* 8, *Opere*, tomo 7, Milán, 1875, págs. 272-374; Seger, *Opuscula*, núm. IV, págs. 177, 190; Puchta, *Pandekten*, 4.<sup>a</sup> edición, § 33, y *Vorlesungen*, § 38. Según Troplong, *Prét de consommation*, 234, fueron pariaitarios de él Bartolo, *ad leg. 101, D. de solut.*; Baldo, *ad leg. 24, D. de iure dotium*; Paolo di Castro, *ad leg. 3, D. de reb. creditis*; Fabro, *Rationalis, ad Pandect.* en l. 3, *de reb. cred.*; Vinnio, *Ist.*, lib. 3, tit. 15, núm. 12; Cualcio, en l. 2, § 1, *D. de reb. creditis*, y en l. 59, *de v. o.*

(4) Además de Donello, Dumoulin, y Fachineo, el mismo Troplong cita á Voet, XII, 1, 24; De Luca, *De credito*, diss. 140, núm. 6. Savigny recuerda á Pfeiffer, *Prak-*



y basta recordar al eximio Savigny, que en cada obligación pecuniaria querría este valor como norma regular de pago (1). Opiniones no siempre netamente expresadas, porque están oscurecidas por incertidumbres que á veces no permiten comprender claramente el concepto de los escritores.

Pero volvamos á Pothier. No existen dudas sobre la opinión de éste. Muerto muchos años antes de los desastres económicos á que estuvo sometida la Francia revolucionaria, desconocedor de los peligros derivados de la transformación del sistema monetario, y no adivinador de la tiranía de los asignados, Pothier, ¿qué otra doctrina hubiera podido profesar, sino la del valor legal ó nominal? (2). Y como las enseñanzas de Pothier, máxime en materia de obligaciones, fueron consagradas en el Código Napoleón, esta doctrina, aunque los tiempos difiriesen notablemente de los de Pothier, fué sancionada por el legislador francés. El artículo 1895 del Código Napoleón, después de haber sancionado que la obligación nacida del mutuo de dinero es siempre de suma, añade: *S' il y a eu augmentation ou diminution d' espèces avant l' époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement.* Disposición no equívoca que corta de raíz la discusión adoptando el sistema del valor nominal.

Pero mientras los escritores franceses, equivocando el camino recto, ven aquí una disposición de orden público no susceptible de pacto contrario, nuestro legislador, después de haber repetido aquella regla en el art. 1821, ha ordenado prudentemente en el artículo 1822, que se hace excepción cuando fuere pactada la restitución de monedas de oro ó de plata *en la misma especie y cantidad:* empero si en tal caso *es alterado el valor intrínseco*

---

*tische Ausführungen*, I, núm. VII, §§ 4, 6, 8; Wangerow, *Pand.*, pág. 34; Brandu, *Observ.* de cas. 2, C. 14; al cual según Arndts-Serafini, § 205, nota 5, deben añadirse Hartmann, Karlowa.

(1) Savigny, *ob. cit.*, § 42 (II, pág. 6190); que cita *Betrachtungen über das Recht bei der Bezahlung in veränderten Münzen*, de autor anónimo; §§ 47, 66, 68; Dietz, *Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Fragen, etc.*; Koch, *Forderungen*, I, § 6, 8; y *Lehrbuch*, §§ 456-458; Hufeland, *Ueber die rechtliche Natur de Geldschulden*; Mees, *De vi mutatae monetae in solutionem pecuniae debita*, cap. 5, pág. 35. Además Arndts Serafini, § 205, nota 5, que cita á Guden, Fels, Windscheid.

(2) Pothier, *Prêt de consommation*, p. 1, chap. 3, núms. 86, 87: «Dans la monnaie on ne considère pas les corps et pièces de la monnaie, mais seulement la valeur, que le prince y'a attachée .. Car le prince distribuant sa monnaie aux particuliers pour leur servir de signe de la valeur des choses, elle n'appartient aux particuliers, que sous ce rapport... toute convention doit être rejetée comme contraire au droit public, et à la destination, que le prince a faite de la monnaie.»

*de las monedas, ó éstas no pueden hallarse, ó han sido puestas fuera de curso, se entrega el equivalente al valor intrínseco que las monedas tenían en el tiempo en que fueron prestadas.* Finalmente, en el art. 1848, hablando del depósito de dinero, ordena al depositario, que fué autorizado á hacer uso de él, que lo restituya *en las mismas especies en que fué hecho, tanto en caso de aumento como de disminución* de su valor.

Del conjunto de estas disposiciones nos parece clara la necesidad de distinguir. En las obligaciones de pura suma, es decir, donde la suma está *en obligación* y las especies *in facultate solutionis*, procede la regla del art. 1821. Por fortuna, los progresos económicos hacen actualmente difícil la alteración del valor intrínseco de las monedas; pero si mañana una ley estatuyera que los napoleones de oro de 20 liras debieran recibirse y circular por 25 liras cada uno, quien hubiese de pagar un precio de 1 000 liras estipulado antes de la ley, podría satisfacerlo después con el desembolso de 40 napoleones solamente. Quien hubiese tenido en mutuo 1.000 liras en 50 napoleones, podría restituir 40 de éstos.

Si no se trata de alteración en el valor intrínseco de la moneda, sino de cambio en el sistema monetario, de modo que si las monedas con que fué indicada la suma quedan sin curso, el pago deberá hacerse en la nueva especie de curso legal, igualándolas al valor legal de las especies suprimidas. Quien tuviera, por ejemplo, en mutuo 100 monedas del antiguo cuño toscano, restituirá 560 liras en piezas metálicas ó en billetes que hoy tengan curso legal, porque cada franciscón antiguo equivale legalmente á 5,60 liras italianas.

En las obligaciones de especies amonedadas, la regla es diferente. Alterado el valor intrínseco de las especies *en obligación*, ó salidas de la circulación comercial, ó privadas de curso legal, se paga el equivalente con moneda corriente, pero igualada al valor intrínseco de las anteriores monedas. O lo que es lo mismo: las monedas *en obligatione*, se estiman como pasta metálica, no como moneda, y se paga su equivalente, lo que podría dar por ellas un platero. Volviendo al ejemplo anterior, los franciscones salidos de curso, no se evaluarían en 5,60, sino al inferior precio que pueden tener como aleación metálica no amonedada. Y, para continuar con ejemplos, un precio de 1.000 liras en napoleones de oro *efectivos*, no se pagarían ya con 40 napoleones, aun cuando la ley aumentase á 25 liras el valor de cada uno manteniendo la misma materia, sino que se estimaría el valor de la aleación y se pagaría su equivalente. En rigor, se puede dudar, si en esta parte es justa la nueva regla sancionada por el art. 1822, ó si los

progresos económicos habrían exigido mejor que se atendiese al valor comercial, ó sea al agio ganado ó perdido por la moneda alterada frente de los tipos que permanecieron estacionarios. Pero si la duda puede surgir en la ciencia, suprema intérprete del derecho, no puede ser admitida por el práctico, llamado sólo á aplicar la ley. Y la ley es clara al designar el valor intrínseco.

Por último, queda la regla sobre el depósito irregular. Por el citado art. 1848, el depositario autorizado para servirse de las especies depositadas, restituye las mismas especies sin tener en cuenta las variaciones. Napoleones por napoleones, duros por duros, sueldos por sueldos. Regla que, á nuestro parecer, debe aplicarse en todas las obligaciones que tienen por objeto un *certum corpus nummorum*.

Mas ¿qué diremos si las especies depositadas quedan sin curso y no se encuentran ya? El depósito —por ejemplo— fué en ducados de plata napolitanos; ¿deberá el depositario restituir el equivalente á su valor legal de 4,25 liras ó al menor valor intrínseco? Creemos que al equivalente del valor legal, porque el depósito irregular *habet naturam mutui*; y en el mutuo la regla normal exige la restitución de la suma.

#### IV

25. *d) ACCESORIOS DEL PAGO. Gastos.* — El pago se hace á expensas del deudor (1). Esta regla, expresada así, literalmente, por el Código, parece clara, pero está llena de dificultades en su aplicación. Considerada en razón, significa solamente que el acreedor tiene derecho á conseguir íntegro el objeto de la obligación, sin sufrir el descuento de los gastos necesarios para efectuarlo ó lograr su goce. Mas como el punto más serio está en determinar cuál sea el objeto de la obligación, dicha regla no puede convertirse en máxima de práctica utilidad sin salir de las generalidades y descender á las aplicaciones particulares, examinando, obligación por obligación, el *quid* y el *quantum debeatur*. Comúnmente los escritores la refieren á las obligaciones de dar, y hablan de los gastos de consignación y de finiquito; porque en relación con los mismos es más fácil comprender su importancia y más frecuente discutirla. Quizás en esto pensaron los compiladores que formularon la disposición legislativa. Mas ya que la re-

---

(1) Arts. 1250, Cód. civ. it.; 1233, Cód. Nap.; Borsari, *ob. cit.*, *lug. cit.*, §§ 3<sup>o</sup>00 y siguientes; Pacifici-Mazzoni, *Istit.* IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 117 al final y nota Venzi, *m* en la página 605, donde cita Turin, 31 de Diciembre de 1900 (*Giur. it.*, 1901, I, 2, 235.), y Casación Florencia, 31 de Diciembre de 1903 (*Ann.*, 1903, 565).

gla, escrita como está, tiene carácter general para toda clase de pagos, es preciso, para comprenderla, elevarse bastante más alto y leer en ella un criterio aplicable á todas las obligaciones. Un criterio que dice: determinado el objeto, éste debe ser íntegramente prestado por el deudor, el cual no puede pretender descontar los gastos que le cueste la prestación del mismo.

Ahora bien, precisamente por esto, la regla no provee completamente á la necesidad de la justicia si no se determina el objeto de la obligación, el cual varía, no sólo según la clase de las obligaciones, sino también según el aspecto individual de cada obligación de la misma clase. No es, pues, posible entrar en las aplicaciones, que deben dejarse en parte al estudio de los diferentes contratos y en parte á la interpretación del Juez. Indicaremos solamente los criterios principales de la investigación:

en las obligaciones de hacer,

en las obligaciones de dar,

que servirán, no sólo de guía para los prácticos, sino también de demostración de la verdad de nuestros asertos.

26. Entre las obligaciones de hacer podemos detener la atención en el mandato y el arrendamiento de obra. Pero, ¿quién no sabe que el mandatario cumple el encargo á completas expensas del mandante? Podrá sólo en ciertos casos ser obligado á anticiparlas; nadie dudará, sin embargo, que deba ser reembolsado de ellas (1). He aquí, pues, una disposición exceptuativa que deroga la regla general; por la razón de que en el mandato, si se hallase indudablemente *in obligatione* la prestación de la obra, recaerían todos sus gastos sobre el mandante, ó sea el acreedor.

En la locación de obra hay que ver cuál sea el trabajo prometido. Si un trabajo realizado, será natural que en el precio pactado se comprendan los gastos vivos, de los cuales no podrá, por tanto, exigir reembolso aparte el alquilador. Si por el contrario, se trate de trabajo á *jornal*, es uso, salvo pacto contrario, que los gastos vivos de la prestación se paguen por el arrendatario mientras el alquilador sufre los del consumo de los instrumentos que debe emplear. Finalmente, los gastos de viaje cuando el trabajo se efectúe en lugar lejano, serán de cargo del artífice cuando no se haya pactado lo contrario. Pero todo esto sirve para demostrar la imposibilidad de marchar sobre las generalidades, sin descender al examen del hecho.

27. En las obligaciones de dar sobresalen los gastos de consignación; y aquí nos suministra una norma más precisa el contrato

---

(1) Arts. 1753, Cód. civ. it.; 1999, Cód. Nap.; 360 y sigs., Cód. Com.

de venta, que suele ser considerado como el tipo de las obligaciones de este género.

El art 1467 pone los gastos de la tradición á cargo del vendedor, y los del transporte á cargo del comprador, si no se ha estipulado lo contrario. Es preciso, no obstante, determinar con precisión cuáles son los gastos de la entrega y cuáles los del transporte.

Generalmente están de acuerdo los escritores en poner á cargo del vendedor ó deudor los gastos de medición, de peso, de contabilidad, de trasvase, porque son anteriores é indispensables á la consignación. Los gastos de los sacos, de las cajas, del embalaje y de los medios de transporte, siguientes á la consignación, como los de carga y descarga, las tarifas ferroviarias, flete, seguros, los ponen á cargo del comprador ó acreedor (1). Distinción justísima: mas para apreciarla debidamente hay que distinguir — á nuestro parecer — si la consignación debe hacerse en el lugar donde se encuentre la cosa ó en lugar distinto; porque en este último caso, á diferencia del anterior, serán también de cuenta del vendedor los gastos de embalaje y de transporte ó los de expedición necesarios para llevar la cosa hasta el punto de la entrega, pesando sobre el comprador únicamente los sucesivos que sean precisos para transportarla al domicilio propio ó á otro lugar de su preferencia. Se entiende si no es distinta la intención de las partes explícita ó implícitamente. Puede ser su intención que el acreedor anticipe los gastos del transporte para reembolsarlos; puede también darse que los gastos de los continentes materiales sean de cuenta del vendedor, como en la compra de vino embotellado ó de mercaderías en cajas. Son cuestiones de voluntad.

Y el mismo criterio de distinción servirá de norma para los gastos de Aduanas ú otros impuestos vigentes, porque estarán á cargo del deudor los anteriores á la entrega, y á cargo del acreedor los sucesivos. Pothier enseñaba que quien ha vendido vino está obligado á pagar á las Aduanas el talón necesario para la consignación (2); los modernos, por el contrario, cargan sobre tal comprador todos los derechos fiscales que gravan la cosa en el transporte subsiguiente á la consignación (3). Existe en esto diversidad de principio, ya que Pothier habla de gastos de Aduanas

(1) Larombière, 1248, 1 y 2; Demolombe, IV, 290, 291, 292; Pothier, *Vente*, 44; Troplong, *Vente*, 288; Marcadé, 1247; Toullier, IV, 55, 96; Massé et Vergé sur Zachariae, § 561, nota 15; Gasca, *ob. cit.*, II, 928 y sigs.

(2) Pothier, *Obl.*, 550.

(3) Larombière, 1248; 2; Demolombe, IV, 293; Toullier, IV, 96; Duranton, XII, 106; Troplong, *Vente*, 289.

necesarios para la consignación, mientras los modernos hablan de gastos necesarios para el transporte sucesivo á la consignación.

Por lo demás, sería simplicidad caminar con la única regla generalísima, existiendo una cuestión más de hecho que jurídica en la determinación del verdadero objeto de la obligación, y, por tanto, el alcance de la prestación que pesa sobre el deudor.

No sólo el pacto explícito puede ser diverso y lícito, sino que creemos puede serlo también el implícito, siempre que resulte claramente del tenor del contrato ó de los usos locales.

28. Pero de todos modos, la regla de la venta no es buena más que para los contratos en que la consignación se hace á título oneroso. En el depósito, donde, donde la restitución está sólo en el interés del depositante, los gastos de transporte son de cuenta de éste (1); y creemos que por analogía debe decirse lo mismo de la restitución en el comodato, es decir, que los gastos de transporte estén á cargo del comodatario, en exclusivo interés del cual se ha ultimado el contrato.

En los pagos de dinero, los saquitos necesarios para contener el numerario deben suministrarse por el deudor hasta el lugar del pago; pero desde este lugar en adelante, estando el transporte á cargo del acreedor, la razón manda que los saquitos sean del acreedor. En Francia existen disposiciones especiales para el *passe de sacs*, que derogan esta norma general, sometiendo al deudor á la obligación de suministrar saquitos, los cuales, por otra parte, deberán ser pagados por el acreedor (2). Ninguna disposición semejante rige, que sepamos, en Italia, y hay que atenerse á los pactos ó las costumbres de los lugares, especialmente en los contratos comerciales.

29. Entre los gastos de pago se incluyen los del finiquito y recaen sobre el deudor que lo reclama (3). La cosa está clara. ¿No son gastos hechos en interés suyo solamente? El acreedor no puede razonablemente negar el recibo que se le pide; pero ningún principio de justicia ó de ley le somete á los gastos, ni aun siendo analfabeto y debiendo recurrirse al acta notarial (4). Papel timbrado, gastos de escritura, testimonios, registro ó timbre, todo se paga por el deudor. Pero en Francia vemos decidido que los finiquitos de los acreedores colocado en el juicio de prelación,

(1) Art. 1858, Cód. civ. it.

(2) Se citan por los escritores franceses los decretos de 1.º de Julio de 1809 y 19 de Noviembre de 1852; Demolombe, *lug. cit.*, 292; Aubry et Rau, § 319, nota 17.

(3) Laurent, XVII, 593.

(4) Demolombe, IV, 297; Cas. Palermo, 25 de Julio de 1908 (*Legge*, 1908, 2340). Véase á propósito *Sinossi*, Serie 2.ª, fasc. 203, 206, 226, 231, 255, art. 1250.

con motivo después de expropiación inmobiliaria, están á cargo del adjudicatario (1). Pero es lícito á las partes poner, por medio de pacto, los gastos de la carta de pago á cargo del acreedor.

Podría preguntarse aquí, de pasada, si el deudor, después de haber obtenido el recibo, puede pretender también la restitución del título de crédito; ó si, obtenido, puede reclamar el finiquito, pagando los gastos de éste. Responderemos á la primera parte de la pregunta más adelante (2); á la segunda parte respondemos ahora mismo que el deudor, si tiene un interés cualquiera, aunque sea para la regularidad de la administración, por poseer el finiquito aparte del título, sería un capricho sin razón del acreedor el no querérselo conceder cuando el deudor se ofrece á sufragar los gastos. Para dar la razón al acreedor precisaría privar de algún derecho al deudor. Lo cual parece casi imposible.

## ARTÍCULO II

### *Modo del pago* (3).

#### I

30. a) *El pago debe ser completo.* Es regla sancionada con razón por los artículos 1246, 1260 y 1204 del Código civil: el últi-

(1) Besançon, 17 de Diciembre de 1852 (*Dev.*, 1854, II, 110).

(2) Véase el núm. 132.

(3) DERECHO COMPARADO.—*Modo, tiempo y lugar del pago.*—I. *Derecho español. A) Código civil.—Requisitos generales del pago.*

a) *Condiciónes que ha de reunir el pago.*—No se entenderá pagada una deuda sino cuando *completamente* se hubiese entregado la cosa ó hecho la prestación en que la obligación consistía (*art. 1157 del Código civil español*).

b) *Excepciones á este principio.*—A menos que el contrato *expresamente* lo autorice, no podrá compelerse al acreedor á recibir *parcialmente* las prestaciones en que consista la obligación. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar á que se liquide la segunda (*art. 1169 ídem*).

c) *Lugar del pago.*—El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor (*art. 1171 ídem*).

B. *Jurisprudencia civil española relativa al modo y lugar del pago.*—I. *Reglas doctrinales aplicables al modo de hacerse el pago.*

a) *Cuando se considera pagada una deuda:* 1.º, á tenor del art. 1157 del Código civil no se entiende pagada una deuda, sino cuando se hubiese satisfecho completamente su importe (*Sentencia de 15 de Abril de 1896*); 2.º, es principio consignado en el referido artículo que no se entenderá pagada una deuda, sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa ó hecha la prestación en que la obligación consistía, principio que es perfectamente aplicable á las obligaciones mercantiles. En tal concepto no puede entenderse que paga quien remite en valores declarados una can-

mo de los cuales, ya examinado por nosotros, nos hace saber que

tividad, si ésta no llega realmente á poder del deudor. Esto no obstante aceptada por un acreedor tal firma de pago á el tienen que afectar, por su voluntad, las consecuencias de un extravío, mientras no se acredite la existencia de dolo, culpa ó negligencia por parte del remitente (*Sentencia de 15 de Febrero de 1898*); 3.º, el art. 1157 del Código civil, se refiere exclusivamente al pago de deudas no siendo aplicable al caso de rescisión de un contrato en fraude de acreedores (*Sentencia de 20 de Febrero de 1899*); 4.º, apreciado por el tribunal sentenciador como hecho probado, que el acreedor prevea una liquidación con el deudor recibió de éste la cantidad adeudada, quedando saldada y finiquitada la cuenta existente entre ambos, no puede invocarse válidamente la infracción del art. 1157 del Código civil, en el sentido de considerar su indebida aplicación (*Sentencia de 2 de Noviembre de 1905*).

b) *Excepciones al principio general del pago total.*—El art. 1169 no autoriza, salvo pacto en contrario, á que el acreedor reciba parcialmente la deuda. Siendo la deuda parte líquida, parte ilíquida, puede el acreedor exigir el pago de la primera, sin esperar la liquidación de la segunda. Por esta doctrina, no infringe dicho precepto la sentencia absolutoria de una demanda en que se pretende se condene á los demandados á liquidar cuentas pendientes de la explotación de una mina y á otorgar la escritura de cesión de la misma, fundándose en un contrato en que los demandados, copartícipes de dicha mina con el actor, se comprometieron á cedérsela mediante la entrega de una cantidad en determinado término, si venció éste sin verificar la entrega (*Sentencia de 7 de Octubre de 1896*).

II. *Reglas doctrinales aplicables al lugar del pago.*—1.º *Principios generales.* Sientan la doctrina de que el pago ha de verificarse en el domicilio del deudor, cuando no existe pacto expreso de las partes en los casos de alimentos (*Sentencias de 2 de Diciembre de 1895, 11 de Enero de 1896, 4 de Febrero de 1896 y 25 de Mayo de 1898*) pago del precio de la compraventa (*Sentencias de 14 de Mayo de 1894, 26 de Octubre de 1895, 31 de Octubre de 1896 y 17 de Noviembre de 1898*), abono de daños y perjuicios (*Sentencias de 4 y 6 de Febrero y 24 de Noviembre de 1896, 10 de Febrero, 26 de Mayo de 1897 y 20 de Septiembre de 1899*), entrega de la cosa depositada (*Sentencia de 19 de Agosto de 1895*), domicilio del heredero obligado al pago de legado (*Sentencia de 4 de Enero de 1895*) préstamo mutuo (*Sentencia de 16 de Octubre de 1896 y 19 de Enero y 1.º de Mayo de 1897*) pago de servicios (*Sentencias de 16 de Febrero, 13 de Junio y 9 de Octubre de 1896, 12 de Mayo, 5 de Octubre y 29 de Diciembre de 1897 y 6 de Junio de 1898*) y muchas obras que dadas su generalidad de doctrina y de constante aplicación, en mérito de la brevedad, creemos innecesario consignar.

2.º *Reglas doctrinales especiales.*

a) *Arrendamiento de servicios.*—Cuando no se entabla la demanda en el lugar de su prestación ó cuando no consta lugar determinado, es competente el Juez del domicilio del demandado (*Sentencias de 7 de Julio de 1900 y 30 de Enero y 21 de Septiembre de 1901*).

b) *Acción hipotecaria.*—Para conocer de la demanda contra el fiador hipotecario es competente el Juez del lugar donde radica el inmueble hipotecado (*Sentencia de 11 de Julio de 1900*).

c) *Compraventa.*—No constando el lugar donde se haya de consumar el contrato es Juez competente el del lugar en que exista la cosa al constituirse la obligación, y en su defecto, el del domicilio del deudor (*Sentencias de 23 de Mayo de 1909, 16 de Abril y 28 de Junio de 1901*).

ch) *Otorgamiento de escritura.*—Es competente para conocer de la demanda de otorgamiento de escritura de venta, á falta de designación expresa, el Juez del lugar donde se halle sita la cosa (*Sentencia de 23 de Mayo de 1901*).

d) *Mandato.*—A falta de designación expresa del lugar del pago, es competente



## la obligación divisible debe ejecutarse entre el acreedor y el deudor

para conocer de la demanda sobre reintegro al mandatarlo de los gastos devengados con ocasión del mandato, el Juez del lugar donde el mandato se realice ó donde hubiese de efectuarse (*Sentencias de 17 de Abril y 10 de Septiembre de 1900*).

e) *Indemnización de daños y perjuicios*.—Los daños y perjuicios exigidos por incumplimiento de contrato en el que no cabe suponer lugar convenido para su cumplimiento, basada la reclamación en una acción personal, así como los causados por un tercero sin constar elementos de prueba de la obligación, ni determinación del lugar del pago se deben reclamar ante el Juez del domicilio del demandado (*Sentencias de 29 de Enero y 29 de Noviembre de 1902*).

f) *Reclamación de cantidad*.—Se ha de someter al fuero del demandado: 1.º, la reclamación del pago de precio de unos géneros; 2.º, la reclamación de cantidad procedente de una liquidación en la que no resulta acreditada la determinación del lugar del cumplimiento de la obligación; 3.º, la acción sobre pago de ropas hechas á un hijo del demandado menor de edad, sin que interviniera su padre al constituirse la obligación; 4.º, el pago del resto del precio de una mercancía, no constando la designación del lugar, y 5.º, el pago del importe de letras de cambio, no existiendo principio de prueba acerca del contrato (*Sentencias de 8 de Febrero, 15 de Marzo, 9 de Julio, 17 de Octubre, 21 de Noviembre y 31 de Diciembre de 1902*).

g) *Prestación de servicios*.—La reclamación de honorarios por prestación de servicios, en cuya obligación no exista sumisión, así como los servicios profesionales que se hubiesen prestado en un lugar determinado, máxime cuando se ha pagado en éste parte de la retribución convenida, son reclamables ante el domicilio del demandado (*Sentencias 22 de Enero, 3 de Julio y 3 de Octubre de 1902*).

h) *Cancelación de cargas*.—La acción exigible para la cancelación de cargas de una finca y consiguiente otorgamiento, es de carácter personal, y por lo tanto, á falta de expresa designación, se debe ejercitar en el domicilio del demandado (*Sentencia de 30 de Enero de 1902*).

i) *Acciones de carácter personal, que á falta de determinación expresa se han de interponer en el lugar del domicilio del demandado*: 1.º, la acción personal de un contrato cuya existencia invoca el demandante; 2.º, el reconocimiento del derecho á la mitad de los valores incluidos en una escritura particular; 3.º, la indemnización legal por accidentes del trabajo; 4.º, el pago de mercancías no constando nada convenido sobre su pago, ni si el embarque se hizo por cuenta ó cargo del vendedor ó del comprador; 5.º, el saldo de cuentas por venta de una mercancía almacenada hasta su colocación por negarse el comprador á admitirla (*Sentencias de 22 de Enero, 9 y 16 de Febrero, 4 de Abril y 1.º y 19 de Mayo, 6 y 13 de Julio y 6 de Agosto, 30 de Septiembre, 17 de Octubre y 5 de Diciembre de 1903*).

j) *Interpretación del art. 1171 del Código civil*.—En la reclamación sobre reconocimiento en escritura pública de varias participaciones en unas minas y propiedad de tres acciones de otras y pago de sueldos devengados por el actor como director de ciertos trabajos en ellas, no existiendo convenio respecto al punto de cumplimiento de la obligación, debe prevalecer el fuero del demandado (*Sentencia de 20 de Mayo de 1903*).

k) *Obligaciones de dar*.—*Excepciones al principio*—Si bien la entrega de una cosa determinada debe efectuarse en el lugar donde estuviese constituida al tiempo de estipularse la obligación, es inaplicable esta regla aun siendo determinada la cosa vendida, cuando se hubiese obligado el vendedor á remitir los géneros á un lugar distinto de aquel donde se habían al celebrarse el contrato de venta, *porque entonces la entrega se reputa hecha en el lugar de su destino*, salvo pacto expreso ó tácito en contrario (*Sentencia de 3 de Junio de 1903*).

l) *Entrega de mercancías y abono de daños*.—Apareciendo en el contrato que la entrega de la mercancía vendida había de verificarse á bordo ó en el puerto de la

dor como si fuese indivisible; el art. 1260 pretende que la oferta

residencia del comprador, es competente para conocer del juleio sobre devolución de exceso de precios y daños y perjuicios al Juez del domicilio de dicho comprador, sin que obste la circunstancia de que éste debiera pagar el flete en el puerto, puesto que o hacia á cuenta del vendedor y á rebajar del precio pactado (*Sentencia de 4 de Febrero de 1904*).

m) *Efectos de la declaración de quiebra*.—Las demandas sobre nulidad de pagos hechos con posterioridad á la declaración de quiebra y su incorporación á la masa de la misma por los efectos retroactivos de aquella declaración, se rigen, en cuanto á la competencia, por la ley de Enjuiciamiento civil, y tratándose de acción personal y no habiéndose fijado lugar para la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas, el pago debe realizarse en el domicilio del presunto deudor (*Sentencia de 29 de Febrero de 1904*).

n) *Reembolso del valor de la letra y gastos del protesto*.—Cuando la acción deducida tiene por objeto el reembolso de una letra de cambio protestada por falta de pago, es Juez competente el del domicilio del pagador de la letra, que es donde la obligación debió cumplirse según lo prescrito en los arts. 445 del Código de Comercio y 1171 del Código civil (*Sentencia de 18 de Marzo de 1904*).

ñ) *Obligaciones derivadas de la culpa ó negligencia*.—Si bien las obligaciones de reparar los daños é indemnizar los perjuicios nacidos de la culpa ó de la negligencia, se rigen por los preceptos especiales del Código civil (capítulo II, título XIV, libro IV), entre estos no se encuentra disposición ninguna referente al lugar en que tales obligaciones deben cumplirse, por lo cual se debe de estar á la regla general establecida en el art. 1171 de dicho Código (*Sentencia de 10 de Junio de 1904*).

o) *Pago y entrega de mercaderías*.—El conocimiento de una demanda sobre pago de géneros de comercio comprados en el domicilio del vendedor, pero sin que conste expresamente que se remitieran al del comprador por cuenta y riesgo del mismo, antes bien, deduciéndose lo contrario de la advertencia puesta en la factura: «Suplico que antes de retirar los bultos se compruebe el peso y se revise el embalaje», corresponde al Juez del domicilio del deudor, donde á mayor abundamiento se verificó la entrega real y efectiva de los géneros (*Sentencias de 28 de Enero de 1905, 17 y 31 de Enero y 10 de Noviembre de 1906*).

p) *Pago de servicios profesionales*.—*Lugar de la obligación*.—*Domicilio del deudor*.—*Reglas doctrinales*: 1.<sup>a</sup>, el conocimiento de la demanda sobre pago de servicios profesionales prestados á una sociedad minera en las minas de que era propietaria, corresponde al Juez del lugar donde los servicios se prestaron; porque es doctrina legal deducida de la jurisprudencia que tratándose del pago de servicios, y probada no sólo su existencia, sino también su prestación en un lugar determinado, en este lugar deben ser satisfechos, ya que en élnia que ser cumplida la obligación dadas su naturaleza y circunstancias; 2.<sup>a</sup>, el conocimiento de una reclamación sobre pago de honorarios de Abogado, cuando no consta justificada en manera alguna la prestación de estos servicios, ni, por consiguiente, el punto donde se prestaron, y además, se niega su existencia por el presunto obligado, corresponde al Juez del domicilio del deudor; 3.<sup>a</sup>, la demanda sobre pago de una comisión por gestiones en la compra de una finca urbana, no existiendo principio ninguno de prueba acreditativo del encargo, sino negado éste por el presunto deudor, corresponde el conocimiento al Juez del domicilio de este último; 4.<sup>a</sup>, corresponde al Juez del domicilio del deudor, el conocimiento de una demanda en reclamación de servicios médico-facultativos prestados á un hijo del demandado menor de edad; por tratarse de una acción personal cuyo objeto es que se declare que el padre del menor es legalmente responsable de dichos servicios, los cuales niega el presunto deudor, sin que contra esta negativa exista principio ninguno de prueba; 5.<sup>a</sup>, el conocimiento de una demanda sobre pago de servicios prestados en calidad de mandatario, no existiendo obligación pactada, ni lugar

real comprenda la deuda entera, y el art. 1246 prohíbe clara y re-

señalado para su cumplimiento, corresponde al Juez del domicilio del deudor, porque la supuesta obligación cuyo cumplimiento se reclama, no es de las comprendidas en el artículo 1728 del Código civil (anticipación y provisión de fondos y reembolso de gastos), toda vez que éstas resu tan cumplidas y acerca de las mismas han manifestado su conformidad las partes; 6.<sup>a</sup>, el ejercicio de la acción personal sobre pago de cantidad por la sustitución en el servicio facultativo de una localidad durante cierto tiempo, no constando la celebración de contrato ni el punto en que debió cumplirse la obligación de pago, se debe entablar en el Juzgado del domicilio del presunto deudor (*Sentencias de 7, 11 y 17 de Febrero, 27 y 28 de Abril, 5 y 22 de Mayo y 1.º de Julio, 19 de Agosto, 2 y 9 de Septiembre y 10 de Octubre de 1905*).

g) *Devolución de dádvas amorosas*.—El conocimiento de una demanda por acción personal, al efecto de la resitución de los regalos que mediaron entre el actor y una hija del demandado, con ocasión de las relaciones amorosas sostenidas, corresponde al Juzgado del domicilio del demandado, por tratarse de *entrega de cosa determinada* y existir ésta en dicho lugar al tiempo de nacer la obligación recíproca de devolverse los presentes cruzados entre los novios (*Sentencia de 9 de Mayo de 1905*).

r) *Entrega de cosa cierta y determinada*.—Se reputa como lugar del cumplimiento de la obligación, el punto donde aquella existía al tiempo de ser ésta constituida. En su consecuencia, formulada la demanda para obtener la posesión de cierto terreno deslindado, sito en Vitoria, cuyo precio lo recibió el vendedor en Madrid, al Juez de Vitoria corresponde conocer de la acción ejercitada, por *radicar allí* la cosa que debe ser entregada (*Sentencia de 10 de Junio de 1905*).

rr) *Accidentes del trabajo*.—La acción dirigida contra la sociedad aseguradora que substituyó al patrono en las obligaciones derivadas de la ley de accidentes del trabajo se ha de entablar ante el Juez del domicilio de la Compañía aseguradora, tanto porque ésta se subroga en el lugar del patrono, y aceptada la sustitución por el demandante, debe ajustarse éste á las condiciones en que el seguro fué convenido, y entre estas á la cláusula que determina la sumisión expresa al domicilio de la sociedad, como porque no habiéndose convenido entre el obrero y la Compañía aseguradora sumisión á Juez determinado ni lugar en que la obligación hubiera de cumplirse, debe atenderse al fuero de la persona social deudora de la indemnización (*Sentencias de 1.º de Julio de 1905 y 10 de Marzo de 1906*).

s) *Doctrina general referente al pago de servicios*.—La acción para reclamar el pago de servicios tanto profesionales como asalariados, debe ejercitarse en el lugar del domicilio del deudor, aunque los servicios se hayan prestado por el demandante en otro lugar, porque no es esencial ni preciso que el pago de servicios de dicha índole se hiciera en el lugar donde se prestaron, ni aun en vida del que los recibió, y porque no regulándose específicamente este extremo en el título del Código civil dedicado al contrato de arrendamiento de servicios, debe regir el párrafo 3.º del artículo 1171 (*Sentencia de 23 de Julio de 1906, corroborada por las de 11 de Julio y 13 de Agosto del mismo año*).

t) *Obligaciones de ferrocarriles*.—El pago de los cupones de las obligaciones emitidas por una Compañía ferroviaria, presuppone una acción personal, y no determinándose lugar ninguno en que aquel debiera de efectuarse y si únicamente que el pago de la suscripción por los obligacionistas podrá hacerse en la sucursal de la Compañía en que se hubiese suscrito la obligación, ha de desimarse lugar del pago del cupón el domicilio del deudor, según lo prescrito en el último párrafo del art. 1171 del Código civil (*Sentencia de 7 de Abril de 1906*).

u) *Daños y perjuicios*.—Tanto los provenientes por culpa atribuida á una empresa, incumplimiento de contrato de compraventa de géneros de comercio y rescisión de un contrato de arrendamiento, son acciones de carácter personal, y por lo tanto,

sualmente al deudor obligar al acreedor á recibir en parte el

se han de entablar ante el fuero del domicilio del deudor (*Sentencias de 13 de Agosto, y 10 y 12 de Noviembre de 1906, 11 de Junio, 27 de Septiembre, 1.º y 7 de Octubre de 1907*).

v) *Excepciones á la regla general.*—Si bien á tenor del art. 1171 del Código civil es Juez competente para conocer de los juicios en que se ejercitan acciones personales en reclamación del pago de servicios *el del lugar donde éstos se hubiesen prestado*; esta regla no tiene aplicación en los casos en que la reclamación no se dirija contra la persona á la que se prestó el servicio, sino contra su padre, como obligación derivada de la patria potestad (*Sesión de 12 de Marzo de 1907*).

w) *Gastos extrajudiciales.*—No constando claramente dónde y cómo se ocasionaron los gastos hechos en el cumplimiento de una supuesta comisión, debe regir el fuero del demandado (*Sentencia de 7 de Octubre de 1907*).

x) *Pago de pensiones.*—Constando por pacto expreso ó tácito, en virtud del cual el apoderado de una pensionista venía obligado á entregar el importe de las pensiones en el domicilio de aquella, este domicilio determina la competencia, como lugar del cumplimiento de la obligación reclamada (*Sentencia de 28 de Diciembre de 1907*).

y) *Pago del precio de una cosa.*—Reclamado el pago del precio de una cosa que se dice en la demanda fué facilitada al demandado, si éste niega en absoluto la existencia de la obligación y de la deuda por tanto y no se aduce principio alguno de prueba que pueda fundarse dicha reclamación y sumisión expresa alegada, al menos por lo que toca á dicho demandado, resulta evidente, á tenor de lo prescrito en el artículo 1171 del Código civil, que en el domicilio de éste último, se hará de verificar el pago (*Sentencia de 17 de Mayo de 1909*).

s) *Determinación de la competencia judicial.*—Con arreglo al art. 1171 del Código civil y según lo dispuesto en el 56 y en el 62, regla 1.ª, de la ley procesal, apareciendo en principio reconocido en cartas presentadas por el demandante ser aquel domicilio el lugar donde el comprador había de cumplir la obligación de rescatar y devolver los envases de la mercancía, facturándolos por su cuenta y riesgo, corresponde al Juzgado del mismo el convencimiento del juicio que tiene por objeto el cumplimiento de las obligaciones atribuidas al demandado (*Sentencias de 18 y de 25 de Febrero de 1908*).

II. *Derecho hispano-americano.*—*Disposiciones legales relativas al modo, tiempo y lugar en que se ha de efectuar el pago ó cumplimiento de las obligaciones.*

*Argentina.*—a) *Modo de hacer el pago.*—Establece el Código civil de la Argentina las reglas generales del derecho relativas á las obligaciones de dar, entrega de la misma cosa á que se obligó de hacer (recibir en pago el hecho en que consista en la obligación) las excepciones aplicables á los pagos parciales y á las deudas en parte líquidas é ilíquidas también en parte, en igual forma que el derecho español, el pago de suma de dinero con intereses y el de prestaciones parciales y en períodos determinados, en los cuales el pago hecho por el último período hace presumir el pago de los anteriores, salvo prueba en contrario (*art. 774 al 780 del Código civil argentino*).

b) *Tiempo en que debe hacerse el pago.*—Como principio general establece este Código que el pago debe ser hecho el día del vencimiento de la obligación. No estando determinado el Juez señalará el tiempo en que el deudor deba hacerlo. Si *el acto de la obligación* (contrato), autorizase al deudor para hacer el pago cuando pudiese ó tuviese medios de hacerlo, los Jueces también, á instancia de parte, designarán el tiempo en que se deba efectuar.

Como excepciones á los anteriores principios, dispone este Cuerpo legal que el acreedor puede exigir el pago *antes del plazo* cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible

pago de una deuda aunque sea indivisible. Nótese bien que mien-

contra los deudores solidarios que no hubiesen provocado el concurso, así como también puede el acreedor exigir el pago antes del tiempo prefijado cuando los bienes hipotecados ó pignorados, lo estuviesen también en garantía de otro acreedor, y por el crédito de éste se hiciese remate de ellos en ejecución de *sentencias pasadas* (firmes) en cosa juzgada; últimamente, si el deudor quisiese hacer pagos anticipados y el acreedor los admitiese, no podrá exigirse á éste descuento alguno (*arts. 652, 654 y 784 á 789 idem*).

c) *Lugar en que debe hacerse el pago.*—*Principios generales:* 1.º, el pago debe ser hecho en el lugar designado en la obligación; 2.º, no habiéndose designado y tratándose de un cuerpo cierto y determinado, deberá pagarse donde éste existía al tiempo de contraer esta obligación; 3.º, en cualquier otro caso el lugar del pago será el del domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación; 4.º, si el deudor mudase de domicilio, en los casos en que el lugar de éste fuese el designado para el pago, el acreedor podrá exigirlo, ó en el lugar del primer domicilio, ó en el del nuevo del deudor; 5.º, si el pago consistiese en una suma de dinero, como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, debe ser hecho en el lugar de la tradición de la cosa, no habiendo lugar designado, salvo si el pago fuese á plazos (*arts. 781 á 783 del Código civil de la Argentina*).

*Bolivia.*—a) *Modo del pago.*—Toda deuda debe pagarse del modo que se pactó; pero si el deudor no puede pagar según lo estipulado, podrá hacerlo con otras cosas, y de diferente modo, mediando la autoridad del Juez (*art. 838 del Código civil de Bolivia*).

Como interpretación de este precepto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Bolivia, tiene establecido que el principio legal anterior se refiere tan solo al deudor que no puede pagar en la misma especie y modos á que se obligó (*Gaceta Judicial número 770*).

b) *Lugar del pago.*—El pago debe verificarse en el lugar designado por el convenio; si no se ha señalado lugar y se trata de un cuerpo cierto y determinado, debe darse en el lugar en que al tiempo del contrato existía. Fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el lugar del domicilio del deudor (*art. 837 idem*).

*Chile, Colombia y Ecuador.*—*Cómo y dónde debe hacerse el pago.*—a) *Modo de hacerse el pago.*—El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes (*arts. 1569 del Código civil de Chile, 1627 del de Colombia y 1559 del de El Ecuador*).

b) *Pagos parciales.*—El deudor no puede obligar al acreedor á que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses é indemnizaciones que se deban (*arts. 1591, 1649 y 1581 respectivamente de los Códigos citados*).

c) *Pago de las obligaciones á plazo.*—Si la obligación es de pagar á plazos, se entenderá dividido el pago en partes iguales; á menos que en el contrato se haya determinado la parte ó cuota que haya de pagarse á cada plazo (*arts. 1593, 1651 y 1583 idem*).

d) *Concurrencia de deudas ó créditos.*—Cuando concurren entre unos mismos acreedor y deudor diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente; y, por consiguiente, el deudor de muchos años de una pensión, renta ó cánón, podrá obligar al acreedor á recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros (*arts. 1594, 1652 y 1584 de los antecitados Códigos*).

e) *Dónde debe hacerse el pago.*—*Reglas generales:* 1.ª, el pago debe hacerse en el lugar designado por la convención; 2.ª, si no se ha estipulado lugar para el pago y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación, pero si se trata de otra cosa se hará el pago

tras el correspondiente art. 1244 del Código Napoleón, recordan-

en el domicilio del deudor; 3.<sup>a</sup>, si hubiese mudado de domicilio el acreedor ó el deudor entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa (*arts. 1587 á 1589 de Chile, 1645 á 1647 de Colombia y 1577 á 1579 del Ecuador*).

*Guatemala.*—a) *Cómo se ha de hacer el pago.*—No puede obligarse al acreedor á recibir por partes lo que se le debe, sino que ha de pagársele *la totalidad*, en la cual se comprenden los intereses é indemnizaciones debidas, salvo el caso de convención contraria y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales (*arts. 2310 del Código civil de Guatemala, modificado por el art. 333 del Decreto de Reformas*).

b) *Pago de cosa cierta.*—El deudor de una cosa cierta está obligado á entregarla en el estado en que se halla, sin ser responsable de los deterioros, á no ser que provengan de su culpa (*art. 2311 idem*).

c) *Pago de cosas específicas.*—Si la cosa debida sólo está determinada en especie, cumplirá el deudor con entregar una que no sea de calidad ínfima (*art. 2312 idem*).

d) *Lugar del pago.*—Todo pago se hará en el lugar designado en el contrato: si no se designó y se trata de una cosa cierta, se hará el pago en el lugar en que dicha cosa existía al tiempo de construirse la obligación; pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor. Si éste quiere hacer el pago en otro lugar y conviene al acreedor, se procederá según el convenio (*arts. 2313 del Código civil de Guatemala, modificado por el 334 del Decreto de Reformas*).

*Honduras.*—Sigue la misma doctrina que el Código civil español y repite en sus artículos 1264, 1276 y 1278, las disposiciones que antes hemos examinado de nuestro derecho.

Análogas disposiciones establece el *Código de Costa Rica* (*arts. 770, 771, 775 y 778*), respecto al modo y lugar en que se ha de realizar el pago.

*Méjico.*—*Modo, tiempo y lugar donde debe hacerse el pago.*—a) *Modo de hacer el pago.*—El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso ó de disposición de la ley. Cuando la deuda es de pensiones censuales ó de cualesquiera otras cantidades que deben satisfacerse en períodos determinados, si se acreditaba por escrito el pago de las correspondientes á los tres últimos períodos, se presumen pagadas las anteriores, salvo la prueba en contrario (*arts. 1525 y 1526 del Código civil de Méjico*).

b) *Tiempo del pago.*—El pago se hará en el tiempo designado en el contrato exceptuando aquellos casos en que la ley permita ó prevenga expresamente otra cosa. Si no se hubiese determinado el tiempo en que debe hacerse el pago, se hará éste cuando el acreedor lo exija, siempre que haya transcurrido el que sea *moralmente necesario* para el cumplimiento del contrato. El acreedor no puede exigir el pago que haya dejado á la posibilidad del deudor sino probando ésta (*arts. 1516 á 1518 idem*).

c) *Lugar del pago.*—En todo contrato se designará expresamente el lugar en donde el deudor debe ser requerido para el pago. Si no se designase el lugar, se observará el orden siguiente: 1.<sup>o</sup>, si el objeto de la obligación es un mueble determinado, el pago se hará en el lugar en que el objeto se hallaba al celebrarse el contrato; 2.<sup>o</sup>, en cualquiera otro caso preferirá el domicilio del deudor, sea cual fuere la acción que ejecute, y 3.<sup>o</sup>, á falta de domicilio fijo, preferirá el lugar donde se celebró el contrato, cuando la acción sea personal, y el de la ubicación de los bienes, cuando la acción sea real. Exceptúanse de los casos anteriores, cuando la ley establezca otra cosa (*artículos 1520 y 1521 del Código civil de Méjico*).

*Perú.*—a) *Modo del pago.*—Respecto á las cosas ciertas, está obligado el deudor á entregarla en el estado en que se halla, sin que responda de los deterioros, á menos que provengan de su culpa. En las cosas que sólo estén determinadas por la especie

habrá de entregar una que no sea de calidad inferior (arts. 2227 y 2228 del Código civil del Perú).

b) *Tiempo del pago.*—Con relación á las cosas fungibles, el deudor puede pagar antes del tiempo convenido, sin que obste ningún pacto en contrario. No fijándose término para el pago, se entiende que es el de seis meses. Si se hubiese estipulado que el deudor pagaría cuando tuviese medios de hacerlo, sin designación de plazo, lo fijará el Juez según las circunstancias del deudor (arts. 1810 á 1812 del Código citado).

c) *Lugar del pago.*—Todo pago se hará en el lugar designado en el contrato; si no se designó, se efectuará en el domicilio del deudor. Si éste quiere hacer el pago en otro lugar, y conviene al acreedor, se procederá según el convenio (arts. 1814 y 2229 del Código mencionado).

*Salvador (El).*—Concuerda literalmente este Código civil con los de Chile, Colombia y Ecuador. Para evitar repeticiones ya que la doctrina es la misma, enumeraremos tan sólo los artículos pertinentes á esta materia referente á las condiciones externas del pago de las obligaciones.

a) *Cómo debe hacerse el pago.*—Además de los arts. 1478 á 1482 que asientan las conclusiones á la que se ha de someter la entrega de cuerpos ciertos, pagos parciales, obligaciones á plazos y concurrencia de crédito ó deudas diferentes entre un mismo acreedor y deudor, el art. 1458 del Código de la República de El Salvador, establece el principio general de que el pago se hará bajo todos respectos *en conformidad al tenor de la obligación*, sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.

b) *Lugar del pago.*—Como los Códigos hermanos ya referidos, establece las mismas reglas, bajo el epígrafe de *dónde debe hacerse el pago*, según se hubiese ó no estipulado el lugar para efectuarlo, y en el caso especial de traslado ó mudanza de domicilio del deudor ó del acreedor en el tiempo que medie entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la obligación (arts. 1475 á 1477 del Código civil de la República de El Salvador).

*Uruguay.*—a) *Modo del pago.*—En virtud del principio general de que la paga para ser legítima, debe hacerse de la misma cosa decidida y no de otra ni de su valor, á no ser con el consentimiento del acreedor, éste no puede ser obligado á recibirla, así como tampoco á recibir por partes el pago de una deuda aunque sea divisible, ni aun basta ofrecer todo el capital si devenga intereses. Estos son un accesorio, dice este Código, que el deudor debe pagar con el capital, sin los cuales puede el acreedor negarse á recibirlo (arts. 1432 y 1433).

b) *Excepciones al principio general.*—Los anteriores preceptos no son aplicables al caso en que se trate de diversas deudas, aunque sean todas exigibles. Cuando se trata de alquileres, arrendamientos y aún de réditos, cuando no se trata de reembolsar el capital, se considera como deuda diversa. Si la deuda fuese en parte líquida é ilíquida, en parte podrá exigirse por el acreedor y hacerse por el deudor, el pago de la parte líquida, aun antes de que pueda tener lugar el pago de la que no lo sea. Respecto al pago de prestaciones parciales y en periodos determinados, abono de especie determinada, y de cosas determinadas genéricas establece este Código los principios comunes del derecho (arts. 1434 á 1438 del Código civil citado).

c) *Dónde debe efectuarse la paga.*—La paga debe ejecutarse en el lugar y tiempo señalado en la convención. Si no se hubiese designado, la paga debe hacerse, tratándose de cosa cierta y determinada, en el lugar en que estaba al tiempo de la obligación la cosa que le sirve de objeto. Fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el domicilio que tenga el deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación (artículo 1439 del Código civil de la República Oriental del Uruguay).

*Venezuela.*—a) *Modo de hacer el pago.*—Sigúense las siguientes reglas: 1.<sup>a</sup>, el acreedor no puede ser obligado á recibir una cosa distinta de la que le es debida, aunque el valor de la ofrecida sea igual ó aun superior; 2.<sup>a</sup>, no puede el deudor obligar al acreedor á que acepte *en parte* el cumplimiento de la obligación, cuando el

do las antiguas tolerancias (1), autoriza al Juez para conceder prórrogas en vista de la pobreza del deudor; nada parecido se encuentra en el correspondiente art. 1246 de nuestro Código. Silencio elocuente después de los trabajos preparatorios, que nos convencen, de que nuestro legislador quiere abolir la facultad de conceder no sólo prórrogas, sino también toda otra atenuación del vínculo jurídico. «En las obligaciones con término fijo, decía Pisanelli en la Comisión de la Cámara de los Diputados, se entiende que el deudor está en demora por la sola llegada de la fecha fijada. Esto conduce también á no conceder al Magistrado la facultad de permitir prórrogas para el pago (2).

En este cambio de norma jurídica rendimos alabanzas al legislador italiano, porque el *término de gracia* parte de una falsa suposición. Supone que la condición del acreedor es favorecida injustamente en detrimento de la del deudor; pero en verdad, esta injusticia no existe porque la obligación de la puntualidad es consecuencia de un vínculo jurídico conforme á la ley, tanto que el exacto cumplimiento de la obligación es un derecho del acreedor ó una propiedad suya, por decirlo con frase del día, de la cual no puede ser despojado por capricho del Juez.

Volviendo á la regla, es fácil comprender su razón: *quia saepe et solutio et exactio partium, non minima incomoda habet* (3);

contrato no autorice los pagos parciales; 3.<sup>a</sup>, si la deuda fuese en parte líquida y en parte ilíquida podrá efectuarse el pago de la líquida, si no hubiese pacto en contrario; 4.<sup>a</sup>, si la cosa es *cierta y determinada*, el deudor se libera entregándola en el estado en que se halle, al tiempo de la entrega, con tal que las *deterioraciones* que le hayan sobrevenido no provengan de culpa ó hechos del deudor ó de las personas de que éste sea responsable, y que no se haya consultado en mora antes de haber sobrevenido las deterioraciones, y 5.<sup>a</sup>, si la deuda es de una cosa determinada únicamente en su *especie*, el deudor no está obligado para liberarse de la obligación, á dar una de calidad superior, pero no puede tampoco dar una de la inferior (*artículos 1215 á 1219 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

b) *Lugar del pago*.—El pago debe hacerse en el lugar fijado por el contrato. Si el lugar no se ha fijado y se trata de cosa cierta y determinada, el pago debe hacerse en el lugar en que se encontraba la cosa que forma su objeto en la época del contrato. Salvo estos casos el pago debe hacerse en el domicilio del deudor.

Exceptuáse lo dispuesto respecto á las obligaciones del comprador, el cual deberá pagar el precio en el *día* y en el *lugar* determinados por el contrato de venta y si nada se hubiese establecido, la entrega habrá de realizarse en el lugar y en la época en que debe hacerse la tradición (*arts. 1220 y 1479 del Código citado*).

(1) *L. 21, D. de reb. creditis* (XII, 1): «Quidam existimaverunt, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, et reliqua persequi: neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi. Sed in utraque causa humanius facturus videtur Praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur: eum ad officium eius pertinere, lites dirimere.»

(2) Véase el vol. II, núm. 2.

(3) *L. 3, D. familiae erciscundae* (X, 2); *L. 21, D. de reb. cred.* (XII, 1); *L. 44, § 1, D. de usuris, etc.* (XII, 1); *L. 13, § 8, D. de action. emti, etc.* (XIX, 1). Novel. IV,



de modo que si el Código habla únicamente del deudor, lo mismo debe decirse del acreedor, al cual no se le permite tomar parte del crédito y rehusar, á despecho del deudor, el resto, cuando la deuda haya vencido. Ducño de pedir una parte nada más; pero el deudor tiene el derecho de pagarle el completo (1).

31. Pero, ¿qué se entiende por pago completo? Y ante todo cuando se paga un capital, ¿se deben también los intereses vencidos? La respuesta afirmativa no puede ser dudosa en cuanto á los intereses, los cuales no tienen carácter de prestaciones periódicas con vencimientos distintos, y no se pagan separadamente del capital. Suponiendo, por lo tanto, el pago de un capital vencido, sobre el cual hayan vencido también los intereses, éstos forman parte de la deuda y deben ser pagados juntamente con el capital. Y no solamente los intereses, sino asimismo los gastos. Imagínese, por ejemplo, que el acreedor haya obtenido la condena judicial del deudor moroso: pues bien, comprendidos en el débito irán no solamente los intereses liquidados en la sentencia, no solamente los producidos posteriormente, sino también los gastos, ya sean de los actos moratorios ó protestos, ya sean de los actos rigurosamente judiciales por los cuales el deudor sufre condena. En este propósito concuerdan las doctrinas antigua y moderna (2), obteniéndose un argumento confirmativo del artículo 1260, núm. 3.º del Código civil, que quiere incluso los gastos de la oferta real.

32. Mas para que la regla encuentre aplicación, debe tratarse de una sola deuda. Varias deudas diferentes entre las mismas personas pueden ser extinguidas por otros tantos pagos independientes, aun cuando—nótese bien—fuesen deudas que constaren en un documento sólo y tuviesen el mismo vencimiento, la misma causa, el mismo objeto: verbigracia, tres mutuos distintos, de mil liras cada uno. La voluntad manifestada por las partes de contraer tres mutuos, más bien que uno sólo de 3.000 liras, haría comprender bien la voluntad de crear tres obligaciones indepen-

---

cap. 3. *Solutio particularis non admittitur cum habeat multa incommoda*; Sabelli, *Summa, Solutio*, 23; Maurus, *De solutionibus*, cap. 30 por tot., yerra Laurent, cuando (XVII, 366), halla la razón de la regla en el silencio del deudor, que no ha pactado la facultad de pagar á plazos, porque esta razón valdría únicamente para las obligaciones convencionales, mientras la regla rige también á las otras.

(1) Art. 1204, Cód. civ. it.; 1220, Cód. Nap.; L. 17, § 4, *D. commodati* (XIII, 6; Voet, XLVI, 3, 11 al principio; Sabelli, *lug. cit.*: «ne creditor et debitor ad imparia iudicentur.» Maurus, *lug. cit.*; Borsari, *ob. cit.*, *lug. cit.*, § 3196 y sigs.; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV.ª ed.), vol. IV, 117.

(2) L. 41, § 1, *de usuris*, etc. (XII, 1); Voet, XLVI, 3, 11; Pothier, *Obl.*, 534; Toullier, IV, 67; Aubry et Rau, § 519, nota 2; Massé et Vergé sur Zachariac, § 561, nota 265; Larombière, 1248, 1 y 4; Demolombe, IV, 238; Laurent, XVII, 595.

dientes entre sí, aunque redactadas en el mismo acto. Podría, pues, el mutuuario, obligar al mutuante á recibir el saldo de un mutuo separadamente de los otros dos (1).

33. Son deudas diferentes las prestaciones sucesivas con vencimientos periódicos, sean rentas, alquileres, cánones (2), censos, subyugaciones ú otras anualidades sin pago del capital. Podría entonces el deudor pagar tres anualidades solamente aunque los vencimientos fueran seis (3). Pero no le estaría permitido, haciendo esto, pagar las últimas y dejar pendientes las anteriores. A decir verdad, esta última proposición fué puesta en duda por Duranton, maravillado al ver aminorada la libertad del deudor para pagar la anualidad que le parezca más conveniente, cuando cada una constituye una deuda distinta de las otras (4). Pero se le rpuso con razón que pagar las últimas anualidades, dejando sin satisfacer las precedentes, es de ordinario perjudicial para el acreedor por el peligro de la prescripción ó la pérdida del grado hipotecario, por la pérdida temible del derecho á hacer valer un pacto comisorio, y aunque no fuera por otra cosa, por el desorden que introduciría en las cuentas (5).

34. Pero no basta la unidad de la deuda: es necesaria otra condición para que se aplique el art. 1246. Este se refiere al deudor; veamos, pues, si la misma regla procede en los pagos hechos por el fiador, por el heredero del deudor, por el tercer poseedor.

Y en primer lugar, en cuanto se refiere al fiador, estando éste vinculado con el acreedor por la misma obligación del deudor principal, hay que responder afirmativamente (6). Se exceptúa solamente el concurso de varios fiadores, porque, aun respondiendo cada uno por la deuda entera, cuando no hayan renunciado al beneficio de la división, pueden pagar la parte propia aunque hayan ofrecido el completo (7). Por la misma razón, el fiador que ha ga-

(1) Demolombe, IV, 230; Laurent, XVII, 568.

(2) En el derecho moderno no se conoce regla que, á semejanza de la antigua *L. 4, Cod. de collat. fund. patrimonial, etc.* (XI, 64), autorice, salvo excepcionales disposiciones, á los poseedores de fundos enfiteúticos para pagar parcialmente el cánón anual.

(3) Pothier, *Obl.*, 539, que cita; Dumoulin, *De div. et indiv.*, Pars. II, núm. 44; Massé et Vergé sur Zachariae, § 561, nota 5; Aubry et Rau, § 319, nota 5; Delvincourt, II, pág. 555; Toullier, IV, 69 y 70; Larombière, 1244, 7; Colmet de Santerre, V, 183 bis, 11; Demolombe, IV, 241; Laurent, XVII, 568.

(4) *Ob. cit.*, XII, 206.

(5) Demolombe, IV, 241, *ne rationes eius conturbentur*, y todos los autores citados últimamente.

(6) Arts. 1907, Cód. civ. it.; 2021, Cód. Nap.; Massé et Vergé sur Zachariae, § 561, nota 2; Duranton, XII, 87.

(7) Arts. 1911, 1912, Cód. civ. it.; 2023 2026, Cód. Nap.; Aubry et Rau, § 319, nota 9; Pothier, *Obl.*, 235; Toullier, 72 y 73; Duranton, XII, 87; Laurent, XVII, 569.

rantizado una sola parte del crédito, podrá obligar al acreedor á recibirla; la opinión contraria, profesada por Dumoulin y Toullier es con razón rechazada por la escuela más moderna (1).

En cuanto á los herederos del deudor, basta recordar (2) que regularmente, excepto el caso de obligación indivisible ó de acción hipotecaria, las deudas del difunto se dividen entre los herederos en proporción de las cuotas hereditarias (3), de modo que habiendo varios herederos *pro parte*, cada uno tiene derecho á pagar la sola parte de la deuda que le corresponda. Así, por el artículo 1201 citado, la regla procede también respecto de los herederos *pro parte* de un acreedor único. Pero si la deuda vuelve accidentalmente á reunirse por confusión ó por cesión sobre un sólo heredero, el art. 1246 vuelve á adquirir todo su imperio (4).

Por último, el tercer poseedor, no siendo deudor, no está sometido á la obligación del pago sino por la fuerza de la acción hipotecaria y con las reglas propias de esta acción. Por eso, quien haya de responder de una parte de la deuda personalmente, y además como tercer poseedor, podrá pagar su parte de la deuda y para el remanente proceder al saneamiento ó á la dejación. Por ejemplo: si dos mutuatarios reciben juntos 10.000 liras, y uno sólo da hipoteca por la deuda entera, podrá éste al vencimiento pagar 5 000 liras que representan su cuota y para el resto valerse de la dejación. Lo mismo ha de decirse de varios herederos, uno de los cuales posea el inmueble hipotecado por el difunto. A propósito de esto, remitimos á las observaciones ya hechas en otra parte de nuestros escritos, donde refutamos las opiniones contrarias (5).

## II

### 35. La prohibición del pago parcial sufre excepción:

1.º En las deudas no líquidas en parte. No es raro, en efecto, que en la cuenta de una administración las partes estén de acuerdo en algunas partidas, las cuales constituyen una deuda cierta del administrador, mientras se discute sobre el resto de otras partidas que admitidas aumentarían la deuda. En esta condición de cosas, es lícito al administrador librarse de la deuda indiscutible, ó al Juez de condenarle al pago de ésta, mientras se sigue la discusión sobre las partidas controvertidas. Esta es una máxi-

(1) Larombière, 1241, 16; Duranton, XII, 87.

(2) Véase el vol. I, núms. 198 y sigs., y el vol. VI, núms. 402 y sigs.

(3) Art. 1027, 1029, 1204, Cód. civ. it., 870, 873, 1220, Cód. Nap.

(4) Véase el vol. VI, 404.

(5) Véase el vol. VI, 409.

ma equitativa y racional, conocida también por la doctrina anterior al Código y observada constantemente (1).

36. Sufre excepción:

2.º Frente al pacto en contrario, que puede también ser implícito. Tal, verbigracia, el pacto de pagar á plazos en las épocas establecidas. Pacto no raro en el precio de la venta; pero el comprador conserva la facultad de pagar todos los plazos de una vez, á menos que del pacto mismo resulte la intención de las partes de que se paguen los plazos convenidos solamente en las épocas fijadas (2). Tal el pacto de pagar en lugares distintos ó á personas diferentes (3). Desafiarnos entonces á que se haga un solo pago íntegro. Pero se ha preguntado si habiendo vencido todos los plazos, el deudor moroso puede todavía disfrutar de la división pactada y hacer el pago de algunos plazos solamente. Parécenos que no y difícilmente podemos comprender como semejante respuesta negativa puede modificarse en la interpretación; salvo que se quiera suponer una verdadera renuncia del acreedor al propio derecho (4).

37. Sufre excepción:

3.º Cuando el deudor haya de oponer en compensación un crédito que extinga parcialmente su deuda. Puede pagar únicamente la parte de la deuda no compensada porque el resto se extingue por efecto legal (5).

38. Sufre excepción:

4.º En la quiebra, en el juicio de prelación de créditos como consecuencia de la expropiación coactiva, porque el acreedor queda obligado á recibir las cantidades que se le asignen por el convenio, ó por la liquidación, ó por la graduación, aunque no extingan su crédito. Pero en verdad, más que de excepciones, trátase de salir fuera del campo de la regla: no se habla ciertamente de pago voluntario del deudor, sino de distribución de su activo insuficiente entre los acreedores, según sus derechos (6).

39. Sufre excepción:

5.º En la letra de cambio y en la deuda de impuesto. Hablando

(1) Voet, XLVI, 3, 11: «... nisi pars debiti liquida, pars illiquida sit.» L. 21, D. de reb. cred. (XII, 1); L. 8, D. si pars heredit. petatur (V, 4); Pothier, *Obl.* 501; Massé et Vergé sur Zachariae., § 361, nota 3; Larombière, 1244, 12; Demolombe, IV, 248.

(2) Venecia, 14 de Mayo de 1900 (*Legge*, 1900, II, 346).

(3) Pothier *ob. cit.*, 586; Larombière, 1244, 9; Demolombe, IV, 242, 243, 244; Laurent, XVII, 569.

(4) Véase Larombière, 1244, 6; Demolombe, IV, 244.

(5) Arts. 1286, Cód. civ. it.; 129º, Cód. Nap.; Larombière, 1244, 14; Demolombe, IV, 246; Aubry et Rau, § 319, nota 8; Laurent, XVII, 568 y 569.

(6) Art. 809 y sigs., Cód. de Com.; Arts. 2º90 y sigs., Cód. civ. it.; Larombière, 1244, 14; Demolombe, *lug. cit.*, 249.

de la letra hemos llegado á una importante novedad que el vigente Código de Comercio ha introducido en esta materia. Y en verdad, aunque el anterior Código de Comercio no hubiese previsto la posibilidad del pago parcial, semejante modo de pagar no era obligatorio para el acreedor, sino facultativo. Mas el autorizado ejemplo de la ley cambiaria alemana, que ya en su artículo 38 había convertido en obligación esta facultad, y el interés de los obligados, indujeron á los compiladores del nuevo Código de Comercio á apartarse de la regla del derecho civil y autorizar en ciertos casos el pago parcial, aun á pesar del poseedor. Si en las obligaciones civiles—se dijo—la justicia exige el cumplimiento puntual de la obligación y no se hallan buenas razones para desviarse de esta norma jurídica, cosa muy diferente sucede con la letra de cambio, donde hallándose otros coobligados sobre quienes cae la acción en regreso, una benévola razón de conveniencia pide que se tenga en cuenta también su interés y se prohíba al poseedor rehusar un pago parcial. Quede á su arbitrio proseguir la acción y las vías ejecutivas para el resto, pero no pretenda perjudicar con la negativa á los coobligados deseosos de ver disminuída la deuda á que están ligados por vía de regreso, y aunque estas consideraciones fueron combatidas por algunas Cámaras de Comercio y no pocos Tribunales de apelación y Facultades universitarias, triunfaron y fueron consagradas en el art. 292 del Código de Comercio vigente. Sin embargo, advierte Vivante (1) que la hipótesis prevista por este artículo se refiere solamente al poseedor frente al aceptante ordinario ó por honor á la firma y antes del protesto, estando dictada en interés de los obligados por vía de regreso. No puede, pues, extenderse al caso en que el poseedor proceda por vía de regreso contra el librador y los endosantes. Si el poseedor rechazara el pago parcial ofrecido por el aceptante, perdería la acción de regreso y el derecho á los intereses por la suma rechazada.

Si por otra parte no le es dado al poseedor rehusar el pago parcial, no hay que suponer ciertamente que sean amenguados sus derechos para conseguir el pago entero. Podrá, pues, al mismo tiempo que entrega el recibo parcial, hacer el protesto por el remanente á fin de conservar la acción de regreso; así como proceder por la vía ejecutiva para obtener el saldo completo (2).

Esta disposición relativa al pago parcial de la letra de cambio ó pagaré cambiario, ¿podrá extenderse á otros títulos de crédito?

---

(1) Vivante, *Trattato di diritto commerciale* (3.<sup>a</sup> ed.). Vol. IV, núms. 1178, 1273; Cas. Nápoles, 12 de Enero de 1901 (*Foro it.*, 1901, 1, 350).

(2) Arts. 292, 295, 296, 298, 323, 324, Cód. Com.

Siendo evidentemente disposición especial y de conveniencia, contraria al principio de justicia, *non est producenda ad consequentias*.

Viniendo á la deuda de impuesto, la ley de 20 de Abril de 1871, prohíbe á los recaudadores de los impuestos directos rechazar á los deudores del impuesto cantidades á cuenta, sea en pago de plazos vencidos ó como anticipo de plazos no vencidos. Esta excepción á los principios, repetida en el art. 29 del nuevo texto único de 19 de Junio de 1902, núm. 181, está evidentemente inspirada en consideraciones de conveniencia queriéndose facilitar la exacción y el cobro del dinero para hacer frente á los servicios públicos. Y creemos que por estrechísima analogía legal debe extenderse también á todos los cobros, que en interés de los Cuerpos morales distintos del Estado, se hagan por medio de los recaudadores.

### ARTÍCULO III

#### Tiempo del pago.

##### I

40. *Obligación pura*.—Es cosa ya dicha y repetida que el pago debe hacerse al vencimiento, pero el día de éste corre todo á beneficio del deudor (1), salvo pacto contrario (2). Para saber cuando vence la obligación, es preciso distinguir la *pura* de la *condicional* y de la *á tiempo*.

Pura vence en seguida y el pago puede ser pedido, según la regla propuesta, el día siguiente. Pero en la práctica de los romanos y posteriormente se ha entendido que tal regla no debía aplicarse con rigor desde que *nec creditor, nec debitor debent cum sacco praesentes esse*: precisa usar toda la tolerancia exigida por la naturaleza y la entidad del pago (3). Tolerancia respetada también por las leyes de procedimiento que hacen trans-

(1) *Totus is dies arbitrio solventis tribui debet*, § 2, *Inst. de v. o.* (III, 16); Voet, XLV, 1, 19; véase el vol. IV, núm. 403.

(2) *L. 118*, § 1, *D. de v. o.* (XLV, 1): «Decem hodie dari spondes? Dixi, posse vel eo die pecuniam peti; nec videri praematurus agi non finito stipulationis die; quod in aliis temporibus iuris est.»

(3) *L. 41*, § 1, *D. de v. o.* (XLV, 1): «nisi, si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit pervenire.» *L. 38*, § 15 *cod.: L. 105*, *D. de solution, etc.* (XLVI, 3); «debere statim solvere, cum aliquo scilicet temperamento temporis intelligendum est: nec enim cum sacco adire debet. *L. 186*, *D. de r. i.* (L, 17). Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi potest.» Voet, XLV, 1, 19, y XLVI, 9, 12; Casación Roma, 14 de Abril de 1882 (*Foro*, 1882, 1, 645). Véase el vol. IV, núms. 403 y siguientes.

currir cierto tiempo entre el precepto y la ejecución; tolerancia respetada también por nuestro Código civil, que mientras establece el inmediato cumplimiento de la obligación pura, añade por otra parte, si la naturaleza de la obligación ó el modo en que debe ser cumplida no hace necesario un término, que será establecido por el Juez. El cual, termina el legislador, fijará un plazo conveniente para la ejecución, si esto se dejó á la voluntad del acreedor (1).

Por la primera parte de esta disposición el Código no ha hecho más que sancionar una máxima antiquísima, respetada en todas partes. Por la segunda, en que atribuye al juez la fijación del término, ha introducido sabiamente una nueva regla para resolver las controversias sobre la época del pago, siempre que por la índole de la obligación no puede hacerse en seguida, ni las partes la hayan determinado. Por ejemplo, si en un convenio no se ha precisado el día de la distribución del dividendo pactado.

41. *Obligación condicional ó á término.*—Vence cuando se verifica la condición ó llega el término (2); quedando facultado el deudor para pagar también antes, si por excepción el término no se ha establecido á favor del acreedor (3). Pero aquí debe aplicarse la norma citada hace poco si el término es incierto, ó como decían los antiguos prácticos, si hay morosidad indeterminada. El deudor, por ejemplo, pagará *cuando quiera*: ó bien, *según le convenga y plazca*. Ahora bien, dado que tal obligación sea seria, y como tal debe considerarse cuando haya tenido una correspondencia, el acreedor podrá hacer señalar por el Juez un término al deudor. A propósito de lo cual, conviene saber que según las observancias judiciales introducidas en muchos sitios antes del Código, se concedía al deudor derecho á un decenio. Si llega á morir antes que el acreedor haya hecho señalar el término por el Juez, dicha obligación vence en seguida á cargo del heredero (4).

42. Por lo demás, hemos expuesto en otra ocasión las reglas para computar el término, y por eso bastará recordarlas someramente (5):

En los términos computados por días, no contándose el del vencimiento, no se tiene en cuenta tampoco el *dies a quo* (6);

(1) Art. 1173, Cód. civ. it.

(2) Véase el vol. IV, núms. 375, 401. Arts. 1158, 1174, Cód. civ. it.

(3) Véase el vol. VI, núm. 403. Voet, XLV, 1, 19; Venecia, 17 de Mayo de 1900 (*Legge*, 1900, 2, 316); pero el deudor que paga anticipadamente, no puede deducirse el descuento de la anticipación.

(4) Véase el vol. IV, núm. 392; Turin, 27 de Enero de 1871 (*Legge*, 1871, 1, 368).

(5) Volumen citado, núm. 403 y sigs.

(6) Argumento del art. 43, Cód. proc. civ.

Los meses indeterminados y los años se cuentan, según el calendario, ya que solamente en las prescripciones breves se cuentan siempre de treinta días (1);

Si el deudor se obligó á pagar *en esta semana, ó en este mes, ó en este año*, la obligación vence en el primer día de la semana, del mes ó del año siguiente (2);

En las obligaciones donde se indica sin más la Pascua, el mes de Enero ú otro cualquiera, el vencimiento sobreviene en la Pascua próxima, en Enero más próximo posterior (3);

Finalmente, en las obligaciones donde se dijere *pagaré dentro de algunos días, meses ó años*, sin determinar el número de ellos, deberán transcurrir por lo menos dos días, dos meses ó dos años antes del pago (4).

43 Tales son las reglas generales en cuanto al tiempo del pago; pero todos comprenden que, aparte estas reglas generales hay otras particulares en determinados contratos, sobre las cuales no hemos de detenernos. Al legislador le ha parecido bien dictar otras más especiales en el comercio y particularmente en la letra de cambio ó en el pagaré, creyendo hacer más segura y más fácil la circulación de este importantísimo título. Nos ocuparemos brevemente de ellas, sin penetrar en el campo reservado á los tratadistas de materias comerciales.

De conformidad con las precedentes legislaciones y los usos comerciales, prescribe el nuevo Código que la letra de cambio, y digámoslo de una vez para siempre, el pagaré cambiario, debe ser presentada al pago el día del vencimiento (5). No vale, pues, aquí la regla de que todo el *dies ad quem* recae en beneficio del deudor. Pero la negativa al pago no puede hacerse constar por medio de protesto antes del día siguiente. Y nótese aquí, incidentalmente, cómo el indicado término para hacer el protesto es prorrogado por un día en el nuevo Código, permaneciendo como facultad del acreedor levantar el protesto en el primero ó en el segundo día siguiente el vencimiento (6). Semejante innovación debe atribuirse, como advierte la relación Zanardelli, á la necesidad de poner en armonía las reglas sobre el pago de los

(1) Arts. 2183, Cód. civ. it.; 2260, 2267, Cód. Nap.; Demolombe, V, 647; Laurent, XVII, 192, y todos los autores; Brescia, 21 de Febrero de 1884 (*Foro*, 1884, I, 702) y nota.

(2) Voet, XLV, 1, 19.

(3) Voet, *lug. cit.*

(4) Voet, *lug. cit.*: «quia, ubi numerus non adlicitur, pluralis elocutio duorum numero contenta est.» L. 217, § 1, D. de v. s.; L. 12, D. de testibus; Gomez, *Variar. resolut.*, tom. II, cap. 11, núm. 26.

(5) Art. 288, Cód. de com.

(6) Art. 296, cit. Cód.



efectos cambiarios con las normas que deben regular las *Cámaras de compensación* instituídas por la ley de 7 de Abril de 1881, sobre abolición del curso forzoso y por el decreto de 19 de Mayo del mismo año.

Tales *Cámaras* á semejanza de las *clearing houses* inglesas y de nuestras *Cámaras de pagos públicos*, tienen por principal objeto, aparte el descuento de los billetes pagaderos á la vista ó al portador, facilitar la extinción de los efectos comerciales mediante un giro de liquidaciones y compensaciones. Ahora bien, como tales operaciones se prorrogan hasta horas intempestivas, ha sido necesario prorrogar el término del protesto á todo el día siguiente para dar tiempo á hacer el protesto de las letras pagaderas el día anterior que queden en las *Cámaras* sin descontar ó sin saldar en el giro de las compensaciones.

Si el día del vencimiento es festivo, la letra debe ser pagada el día siguiente (1). La letra *á la vista* vence en el momento de la presentación (2); en la *á cierto tiempo vista*, el vencimiento se determina desde la fecha de la aceptación ó de la presentación acreditada en las formas establecidas por el protesto (3). Los meses para el vencimiento de la letra se computan según el calendario gregoriano: si el vencimiento está fijado para la mitad de un mes, la letra vence el día 15; si para el principio ó para el fin del mes, la letra vence el primero ó el último día del mes (4). En fin, la letra pagadera *para la feria*, vence el último día de feria ó en el mismo día de ella si la feria dura un solo día (5).

Es casi innecesario notar que en la letra el término del pago, es de rigor y no puede el acreedor ser obligado á recibirlo antes del vencimiento (6); ni se admiten prórrogas de gracia ni de favor (7). Disposición acaso supérflua, pues en la vigente legislación no se conocen prórrogas de gracia tampoco para las deudas civiles (8).

Las mismas normas rigen el pago de órdenes á banqueros, sean á la vista ó pagaderas dentro de un término no mayor de diez días desde el de la presentación. El poseedor debe presentarlas dentro de los ocho días siguientes al de la fecha si han de ser pagadas

(1) Art. 288, Cód. de com.

(2) Art. 383, cit. Cód.

(3) Arfs. 284, 289, cit. Cód.

(4) Art. 285, cit. Cód.

(5) Art. 286, cit. Cód.

(6) Art. 291, cit. Cód.

(7) Art. 290, cit. Cód.

(8) Véase el vol. II, núm. 2.

en el mismo lugar del giro; y sino, dentro de los quince días, y el día de la fecha no está comprendido en el término (1).

Entiéndase lo mismo en cuanto á las órdenes sobre mercancías, según las disposiciones de la letra siempre que se determine el tiempo dentro del cual debe hacerse la entrega (2).

Apliquese, finalmente, lo mismo á los billetes de banco fiduciarios, que en cuanto al pago son letras al portador, pagaderas á la vista.

Baste lo dicho para el pago de títulos comerciales, recomendando para el estudio detallado de este asunto las obras que hablan del particular.

## II

44. a) *Oposición al pago.*—*Sus formas.*—Aun cuando el plazo del pago haya llegado, no puede, por otra parte, ser efectuado en perjuicio de un secuestro ó de una oposición. Regla sancionada explícitamente por el legislador (3), y que no ofrece dudas, ni aun tomándola en abstracto. Las dificultades recaen solamente sobre su aplicación, y ésta tiene dos partes: una relacionada con las condiciones necesarias á fin de que el acto de secuestro ó de oposición pueda decirse hecho legalmente; la otra sobre los efectos, para determinar si la prohibición de pagar se extiende también á aquella parte de la deuda que supera al crédito del secuestrante.

En lo perteneciente á la primera inspección, muchas discusiones se sostuvieron sobre la legalidad de las inhibiciones encaaminadas á impedir el pago, por lo cual nuestro legislador, para hacer más sólido el principio fundamental, estimó prudente añadir al art. 1244 una cláusula que no se lee en el Código francés, agregando *en los modos establecidos por la ley*. Por lo demás, la nueva cláusula no basta para resolver todas las dificultades, y la doctrina debe completar y dilucidar el precepto legislativo

45. Y empezando por el embargo, está bien manifiesto que se habla del secuestro conservativo de créditos con respecto de terceros. Ticio, acreedor de Cayo, á su vez acreedor de Sempronio, hace en manos de este último un embargo para conservar sus derechos de crédito contra Cayo; esto basta para que Sempronio no pueda pagar en manos de Cayo, sino en las de Ticio hasta cubrir el crédito de éste. Se trata, pues, de una provisión regulada

---

(1) Arts. 311, 342, Cód. de com.

(2) Arts. 333, 334 y 335, cit. Cód.

(3) Arts. 1244, 976, Cód. civ. it., 1242, Cód. Nap.

en todo por el Código de procedimiento civil, al cual se deben pedir las reglas (1). Él nos dirá que el embargo se concede por el Juez ó el Presidente del Tribunal competente, observadas las formas establecidas por la ley, cuando el crédito sea secuestrable.

Nadie querrá que le informemos sobre los créditos no embarrables. Es de derecho sabido que no lo son los sueldos y las pensiones del Estado, excepto en las deudas al Estado en razón del servicio, ó por alimentos legales, y dentro de ciertos límites (2); las obras debidas á los contratantes de obras públicas (3); las pensiones ó rentas vitalicias á título gratuito, cuando se ha pactado que no sean secuestrables (4); las asignaciones ó pensiones alimenticias, excepto para créditos de la misma naturaleza (5); las cédulas de los títulos de la Deuda pública al portador (6). Pronto veremos si los otros títulos al portador y los á la orden son susceptibles de secuestro (7).

Lo mismo puede decirse del embargo, verdadero secuestro *ad effectum solvendi*, de modo que las reglas del embargo preventivo en éste punto se deben con más razón aplicar al embargo de créditos cerca de terceros (8).

Mas para que el pago sea impedido, ¿basta la confirmación, ó será preciso también que el procedimiento vaya seguido por la sentencia de adjudicación ó de venta? Indudablemente, no; el artículo 1246 no lo exige y creemos que nadie lo haya sostenido nunca. Ciertamente, si el secuestro ha de ser revocado, ó el embargo anulado, se comprende que cesarán sus consecuencias; pero esto no significa que el tercero embargado pueda pagar libremente al deudor embargado en plazo anterior á la revocación ó la anulación. La facultad de pagar falta en el tercero desde la notificación del acto de citación si se trata de embargo (9); y sino, por la del decreto que concede el secuestro.

46. Pero el embargo ó secuestro conservativo son remedios

(1) Arts. 924, 925, 926, 927, 930, 931, 932, 937, Cód. proc. civ.

(2) Véase el vol. VI, núms. 95 y sigs. de esta obra.

(3) Véase nuestra *Dottrina delle persone giuridiche*, II, 513.

(4) Arts. 1800, Cód. civ. it., 1880 Cód. Nap.

(5) Arts. 592 y 930, Cód. proc. civ.

(6) Véase art. 35 de la ley de 10 de Julio de 1861; el art. 2.º de la ley de 29 de Abril de 1877, sobre los cupones de los certificados mixtos; disposiciones resumidas en el Texto Unico de las leyes sobre la Deuda pública.

(7) Véase el núm. 53.

(8) Arts. 611, 612, Cód. proc. civ.; Borsari, *ob. cit.*, *loc. cit.*, §§ 3192 y sigs.; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.) IV, 115 y nota *f* á la pág. 600; Nápoles, 19 de Mayo de 1871 (*Ann.* 1871, I, 2, 570).

(9) Art. 612, Cód. proc. civ.

que la práctica reserva casi exclusivamente para los créditos nominativos entre particulares. Cuando, por el contrario, tratase de impedir el pago de los títulos de crédito á la orden ó al portador, ó deudas al Estado ó á los Institutos públicos de crédito, se recurre antes á la *oposición*, siempre que regas especiales no impidan su ejercicio. Los modernos aplican generalmente el nombre de oposición al acto que en otros tiempos y con vocablo más apropiado se llamaba *inhibición*; lo que quiere decir prohibición hecha al deudor de pagar al que, según el título de crédito, tendrá el derecho de exigir el pago.

Establecida la noción genérica del acto de oposición, es menester determinar cuáles deben ser sus formas para que pueda llamarse legal y tenga la eficacia de impedir el pago; mas la respuesta es demasiado difícil, porque ni el Código civil ó de Comercio, ni el de procedimiento civil, contienen ninguna norma adecuada. Considerando el tema desde un punto de vista generalísimo, podremos recordar una máxima que es hoy firme en jurisprudencia, según la que la invitación (*diffida*) extrajudicial para ejercitar un derecho y el requerimiento, aun hecho por un ujier, no tendría valor alguno y que se requeriría una orden del Juez (1). Tampoco faltan sentencias que aplican la máxima hasta el punto de excluir todo otro medio de impedimento del secuestro: concepto en el cual las palabras acto de oposición significarían intervención de otros acreedores para reconocer el secuestro ya hecho. Así resolvió, efectivamente, el Tribunal de Apelación de Turín respecto de un acto de oposición hecho por cierto Crotti, acreedor de un tal Langer, cerca de la Caja de depósitos y préstamos, donde este último había depositado una suma (2); y así también resolvió más recientemente la Casación de Turín (3). Pero esta regla forense, si tiene indudablemente un lado de verdad, nos parece dura y exagerada para tomarla literalmente. Estamos de acuerdo en que una simple notificación hecha por un

(1) Mertin, *Rép. Saisie-arrêt*, § 2; Piola-Gaselli, en el *Dig. V. Pagamento*, número 56; Cas. Turin, 19 de Abril de 1855 (*Giur. it.*, 1856, 1, 16); Turin, 9 de Mayo de 1873 (*Giur. tor.*, 1873, 388); Florencia, 14 de Octubre de 1873 (*Ann.* 1874, 2, 71); Turin, 30 de Octubre de 1875 (*Giur. tor.* 1875, 3); Cas. Turin, 6 de Febrero de 1882 (*ivi*, 1882, 299); Casale, 2, de Diciembre de 1882 (*Giur. cas.* 1883, 121); Milán, 14 de Septiembre de 1885 (*Legge*, 1885, 2, 515); Turin, 7 de Noviembre de 1885 (*ivi*, 1886, 1, 677); Trani, 17 de Octubre de 1902 (*Riv. giur. Trani*, 1902, 11); Cas. Turin, 29 de Octubre de 1903 (*Giur. tor.* 1903, 505); Milan, 15 de Diciembre de 1903 (*Mon. trib.* 1904, 150; y *Sinossi*, Serie 2.<sup>a</sup>, fasc. 202, pág. 68); Cas. Turin, 31 de Diciembre de 1904 (*Giur. tor.* 1905, 289).

(2) Sentencia de 9 de Mayo de 1873, ya citada. Se ha establecido también que siendo acto ilegal semejante notificación, puede someterse á indemnización de perjuicio Florencia, 13 de Febrero de 1878 (*Ann.* 1878, 2, 46).

(3) Sentencia citada de 6 de Febrero de 1882).

ujier no puede ser bastante para privar al acreedor del derecho de exigir, máxime cuando posea un título ejecutivo ó una sentencia de condena; de otro modo, todos los deudores que no tienen ganas de pagar hallarían un modo facilísimo de eludir el derecho del acreedor, haciéndose requerir por un amigo complaciente con una inhibición cualquiera. Mas no creemos que el acto de inhibición, aunque extrajudicial, pueda siempre ser despreciado por el deudor: ni pensamos que el secuestro sea el único medio de inhibición tolerado por las leyes. Verdaderamente, pretender que el deudor no haya de tener ninguna cuenta de tales inhibitorias, nos parece una exageración peligrosa, especialmente si éstas aparecen hechas con seriedad y seguidas de citación ó pendiente el juicio. Por lo menos, un acto semejante debe poner sobre aviso al deudor é impedirle pagar con facilidad sin enterar de ello al que se opone, cuando la participación sea posible y fácil, con objeto de esclarecer si hay fundada razón de oposición (1).

Y tampoco nos parece exacto asegurar que el secuestro, comprendiendo también en esta palabra el embargo, sea el único modo de inhibición tolerado por la ley. ¿Qué sentido racional tendrían en el art. 1244 las palabras *acto de oposición*, añadidas por el legislador después de haber hablado del secuestro? Es pueril referirlas á la comparecencia de otros acreedores en el secuestro ó el embargo ya hechos; porque en tal condición de cosas, la inhibición no viene de la comparecencia del segundo acreedor, sino que nace del secuestro ó embargo ya hecho por el primero. Y no basta. En los casos de extravío del título, ¿cómo impedir el pago en manos del ladrón ó del que lo halló, cómo sería posible proceder á secuestro ó embargo? No solamente las doctrinas, sino algunas leyes especiales, prevén, como veremos pronto, estos actos de oposición, que nada de común tienen con el secuestro; y aunque no tracen por excepción su procedimiento, creemos que la vía mejor es la de la citación al deudor y al tercero en cuyas manos se sepa ha caído el título, cuyo pago se pretende dejar en suspenso. Ciertamente, la orden del Juez, quien por sentencia prohíba el pago, será la forma más segura; pero aun antes de que se haya dado la orden y durante el juicio, el deudor será requerido á no pagar libremente. Depositará, exigirá caución ó suspenderá el pago hasta la resolución.

47. Por lo demás, la palabra *oposición* del art. 1244, Cód. civ., tiene valor práctico solamente en aquellos casos en que las leyes dan, por razones determinadas, eficacia obligatoria á los requerimientos de los terceros. Así, en los títulos cambiarios, el pago

---

(1) Véase el vol. VI, núm. 286 y la nota.

admite oposición en los casos de pérdida de título y de quiebra del poseedor (1). Y lo mismo creemos debe decirse para todos los títulos formados sobre el tipo de la letra de cambio, porque están regidos por las mismas reglas: verbigracia, la letra y la orden sobre mercancías (2).

48. Tratándose de bonos del Tesoro, está legalmente permitida la oposición en caso de extravío del título, oposición que ha de notificarse al director general del Tesoro ó á las Cámaras de Comercio ó al delegado de Hacienda de la localidad (3). Y más generalmente para los créditos contra el Estado, como mandatos, bonos, órdenes de pago, el acto de oposición y todo otro acto que tenga por objeto impedir ó entretener el pago, están admitidos en caso de extravío y deben notificarse al Director general del Tesoro en la forma de las citaciones (4).

49. Normas especiales rigen la oposición al pago de la Renta pública sobre base de certificados nominales. Tal oposición está admitida únicamente en los casos:

- de pérdida ó extravío de los certificados,
- de controversia en la sucesión,
- de quiebra ó de cesión de bienes (5).

El acto de oposición debe consistir en una demanda dirigida á la Administración en las formas establecidas por la ley especial (6).

50. Otras disposiciones rigen la oposición al retiro de las sumas debidas por las Cajas de depósitos y préstamos. Los secuestros, los embargos, las inhibiciones, deben ser ordenados por la autoridad competente ó notificados regularmente á la Administración de la Caja (7).

51. Y para acabar de una vez la enunciación de los títulos pagaderos por las Cajas públicas, existen también disposiciones especiales respecto de los créditos de suministros, provisiones, contratos (8); disposiciones sobre cuyo esclarecimiento no podemos entretenernos para no divagar sobre este tema.

(1) Art. 298, Cód. de Com.

(2) Arts. 341 y 333 del Código citado.

(3) Arts. 589 y sigs. Reglamento de 4 de Mayo de 1885 para la aplicación de la ley sobre la contabilidad del Estado, 17 de Febrero de 1981. Véase nuestra *Doctrina delle persone giuridiche*, II, 206 y sigs. III, 217.

(4) Arts. 512 y sig. del decreto citado y art. 60 de la ley misma sobre la Contabilidad del Estado.

(5) Arts. 30, 32, ley de 10 de Julio de 1861; arts. 1, 3, ley de 24 de Diciembre de 1908. disposiciones resumidas en el Texto Único citado poco antes.

(6) Arts. 2, 3, cit. ley de 24 de Diciembre de 1908, resumida como queda dicho.

(7) Art. 131, R. D. de 8 de Octubre de 1870 sobre la Caja de depósitos y préstamos.

(8) Art. 61, ley de 17 de Febrero de 1884 sobre la contabilidad del Estado; 9, ley 20 de Marzo de 1865. All. E, y 351, 355 ley 20 de Marzo de 1865. All. F.

52. Hablando después de los certificados de crédito propios de los dos Bancos de Nápoles y de Sicilia, bastará recordar las discrepancias de jurisprudencia á que han dado lugar (1).

Acerca de los títulos de crédito territorial hallamos sancionado que, en caso de pérdida de títulos nominales, puede producirse oposición con las normas marcadas por el reglamento; mas está, por el contrario, prohibido el secuestro de los títulos, los intereses, los créditos en cuenta corriente, y está igualmente prohibido retrasar con oposición el pago de intereses, anualidades, compensaciones, derechos de hacienda y reembolso de capitales debidos al Instituto que ha hecho las operaciones de crédito territorial (2).

53. Pero ¿qué juicio formaremos sobre los títulos al portador? Lo dijimos: el legislador, temiendo que cualquier acto de oposición les desacreditase, no ha querido conceder ningún remedio y menos excepciones especiales para impedir su pago (3). Pero añadimos que no por eso queda el propietario robado desprovisto de toda clase de medios para proteger su propio interés, y ya recordamos algunos de ellos.

Viniendo ahora á distintas consideraciones, el desco del legislador de no desacreditar los títulos al portador, poniendo obstáculos al libre tráfico de los mismos, debe referirse á los títulos al portador propios. De éstos solamente es de los que una alta razón de conveniencia económica y social exige la libre circulación, para decirlo con las palabras más usuales; tanto más cuanto que la facultad de la oposición sería también poco actuable por el gran número de los que se emiten por los Institutos públicos; exigiría registros larguísimos donde anotar los actos de oposición y obligaría á hacer investigaciones penosas é inseguras á quien quisiera adquirir esos títulos. Pero esta condición de cosas no es común á los títulos al portador *impropios* ó de *legitimación*, verbi gracia, á las libretas de las Cajas de Ahorros, porque los estatutos de las Cajas, así llamados, tienen casi siempre recono-

(1) Véase el vol. VI, núm. 233, con las decisiones citadas, y la notable monografía del profesor Aiello en *Filangieri*, VII, págs. 611, 712, donde combate la sentencia de la Casación florentina que admitió el derecho de oposición en el caso de hurto ó de extravío no estimándolo contrario á los principios generales del derecho y á las leyes del Banco de Nápoles.

(2) Arts. 9, 19 y 8, ley de 22 de Febrero de 1885. Aunque la ordenación del crédito territorial haya sido modificada con varias provisiones posteriores, no parece que haya cambios substanciales en los principios enunciados. Véase el vol. VI, número 178 bis.

(3) Véase el vol. VI, núm. 286, ley de 14 de Julio de 1887, núm. 4713, serie 3.<sup>a</sup>, y 9 de Abril de 1908, núm. 174, reunidas en Texto Unico por Real decreto de 27 de Mayo de 1909, núm. 437.

cido el derecho de oposición en favor del poseedor de una libreta perdida ó robada (1), y las citadas leyes de 14 de Julio de 1837, número 4715, y 9 de Abril de 1908, núm. 174, sobre pérdida de títulos de depósito bancario, además de la de 15 de Julio de 1888, número 5546, sobre regularización de las Cajas de Ahorros, han permitido y regulado este derecho de oposición (2).

Tampoco es común á las órdenes á banqueros, á las cartas de porte, á las pólizas de cargo y á las de seguro marítimo, porque el Código de Comercio autoriza en ciertos casos la oposición á su pago (3). La cual podrá ejercitarse bajo las formas del secuestro siempre que el objeto de la prestación sea un cuerpo cierto y determinado. Por ejemplo, la consignación de las mercancías indicadas en la carta de porte ó en la póliza de cargo, podrá ser impedida por el expedidor que tenga razones para temer acerca de la solvencia del destinatario, mediante un secuestro en la Aduana de llegada. Este secuestro impedirá la entrega de la mercancía á quien se presente con la póliza de cargo ó con la carta de porte, aunque esté extendida al portador; al menos hasta que éste no pruebe haber adquirido la póliza ó la carta de buena fe. Y nótese aquí que la carta ó la póliza *en porte debido ó asignado*, según el uso comercial, obligando al conductor á no consignar la mercancía sino contra el pago del precio y del flete, constituye una especie de oposición á la libre consignación si el destinatario no está dispuesto á pagar.

Y no basta; porque el secuestro judicial será practicable cuando se trate de títulos al portador, pagaderos en dinero, sobre cuya propiedad surja discusión. Ticio, por ejemplo, dice haberlos dado en depósito á Cayo, el cual, por el contrario, sostiene que son suyos. Ahora bien, el secuestro judicial de esos títulos será medida oportuna para impedir que sean enajenados ó presentados al cobro.

Por lo demás; aun fuera de estos casos, y cuando se trate de títulos para los cuales se ha concedido oposición legal, el propietario robado ó que ha perdido títulos al portador, podrá citar á juicio al supuesto ladrón ó á quien los ha encontrado, juntamente con el deudor, y oponerse á su pago. Sin embargo, tal oposición no privará á un tercero que haya adquirido de buena fe los títulos de manos del ladrón, del derecho á presentarlos y exigir su valor; pero servirá cuando menos para hacer prudente al deudor y concederle la facultad de pedir que el presentador justifique su buena fe.

(1) Véase el vol. VI, núm. 253 bis y 286.

(2) Véase *Dottrina delle persone giuridiche*, V, 264 y sig.

(3) Arts. 341, 408, 413, 557, 631, Cód. de com. y vol. VI, núm. 286.



Por último, no deben olvidarse las disposiciones relativas al derecho de oposición en los casos de extravío de los certificados de inscripciones mixtas en el libro de la Deuda pública. Estos certificados son nominales en cuanto al capital, pero llevan unida una serie de cédulas semestrales, ó dicho de otro modo, de *cupones* pagaderos al portador.

Ahora bien: la ley y el reglamento marcan reglas sobre el modo en que debe presentarse y publicarse la oposición, á semejanza de lo que se hace para los certificados puramente nominales. Reglas sobre las que no podemos detenernos para no salirnos de nuestro camino (1).

54. Para no omitir nada, hay que recordar que un secuestro, un embargo, ó una oposición serían ineficaces, si fueran hechos después de haberse notificado al tercero el acto de cesión que despojó al deudor embargado ó secuestrado de la propiedad del título (2).

55. *b) Efectos del secuestro, del embargo ó de la oposición al pago.*—El pago no puede ser hecho con validez prescindiendo de la inhibición (2). Para entender bien la importancia de esta regla, sencillísima en apariencia, hay que examinarla de distinto modo respecto de las personas y respecto del crédito.

La inhibición sirve solamente á quien la ha hecho ó se ha adherido á ella formalmente antes del pago. Es improductiva para los demás interesados que permanecieron inactivos. *No es válido*, dice el art. 1244, hablando del pago, *respecto á los acreedores secuestrantes ú oponentes*. Y con razón, reflexionando bien, porque el secuestrante ó el que hace oposición, no tiene mandato alguno de los otros acreedores del común deudor, en perjuicio del cual se ha hecho el secuestro ó la oposición; ni se puede presumir en él la intención de obrar en interés de éstos, que las más veces desconoce y cuyo concurso tiene interés en evitar. Esto no es ciertamente un principio sobre el cual puedan existir dudas.

(1) Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.*, *loc. cit.*, donde en la nota *F* el ilustre Abogado Venzi, hablando de la eficacia inhibitoria atribuida por leyes especiales á los requerimientos de los terceros en relación con determinadas categorías de créditos, resume así el argumento. Esto, aparte de los especiales procedimientos de amortización de los títulos á la orden y de algunas especies de títulos al portador, como son los títulos de depósito bancario y las libretas de las Cajas de Ahorros disciplinadas por el Código de comercio y otras leyes, sucede con el pago de la renta de la Deuda pública, al portador, y de las cédulas al portador de los certificados nominales de las rentas mismas, de los Bonos del Tesoro, y en cuanto á créditos con el Estado, mandatos, bonos, órdenes de pago, etc., de las cantidades debidas á las Cajas de Depósitos y Préstamos; de créditos con el Estado por suministros, provisiones y contratados.

(2) Véase el vol. VI, núms. 143 y sigs.; Larombière, 1242. 8.

(3) El art. 976 Cód. civ. it., aplica esta regla también al heredero beneficiado.

Mas he aquí al tercero al que fué notificado el secuestro ó la oposición, que, sin embargo, paga á un acreedor directo, despreciando el impedimento; y he aquí, después del pago, á otros secuestrantes ú oponentes que se presentan ignorando el pago efectuado; este tardío despertar, ¿asegurará también á éstos la suerte de hacer declarar no válido el pago y obligar al deudor á pagar segunda vez en manos de ellos?

La respuesta presenta una cuestión bastante discutida y semejante á otra ya resuelta por nosotros acerca del efecto de la cesión notificada después del embargo, y seguida de otro embargo. Pretenden muchos que el efecto del embargo, del secuestro, de la oposición, aproveche también á los posteriores, secuestrantes, embargantes ú oponentes, sea por la necesidad de no crear privilegios en perjuicio de los primeros, sea porque el crédito salido, por decirlo así, del patrimonio del secuestrado, no está ya *in bonis* de él, sino que fué una prenda común á todos sus acreedores (1).

Nada más erróneo, respondemos nosotros. No sólo faltan disposiciones imperativas que atribuyan al embargo, al secuestro, á la oposición, la virtud de despojar de su crédito al secuestrado ó embargado, sino que ocurre todo lo contrario.

Del embargo se ha dicho claramente que somete al tercero á todas las obligaciones del secuestratario judicial (2). El secuestro, al que se puede equiparar el acto de oposición, no es más que una medida de simple conservación, ineficaz para destruir los derechos de propiedad ó de crédito del secuestrado (3). Ciertamente paraliza estos derechos frente al embargante, el secuestrante ó el oponente, pero no frente á los acreedores que no comparecieron, en interés de los cuales nada se hizo todavía. Pretender, pues, que los oponentes, secuestrantes ó embargantes posteriores al pago, que nada encuentran para embargar ó secuestrar, puedan aprovechar las oposiciones á los secuestros anteriores, es alejarse de los principios más sólidos del derecho. Y aunque semejante desviación se afirme estar justificada para no

(1) Además de los escritores ya citados en el tema análogo de la cesión, vol. VI núm. 124, pueden consultarse sobre este asunto: Marcadé, 20, 1690; Mourlon, *Revue de droit français*, 1848, pág. 161; Duvergier, *Vente*, 201 y sig.; Villequez, *Revue historique de droit français*, 1862, pág. 454; Barilliet, *Revue pratique*, 1862, t. XIII, pág. 49; Ham, *Revue critique*, IV, pág. 337; Viel, *ibidem*, 6862, pág. 113; Merser *Revue pratique*, 1867, t. XXIII, pág. 336 y sigs.; Hoyvet, *Revue pratique*, 1871, página 177 y sig.; Dalloz, *Réc. alphab. Saisie-arrêt*, 48 y sigs.; Larombière, 1242, 13, 14, 15; Demolombe, IV, 204 y sig.; Gilbert, *Code annoté*, 1690, 76, citado por Massé et Vergé, § 559, nota 11; Laurent, XVII, 554.

(2) Art. 612, Cód. proc. civ.

(3) Art. 1876, Cód. civ., 1962, Cód. Nap.; véase vol. II, núm. 185 y sigs.

crear derechos de preferencia entre los acreedores de un mismo deudor, nosotros hemos ya hecho notar el error de este razonamiento. No se trata de preferencia ni de privilegio, sino de hacer recaer sobre quienes despertaron demasiado tarde las consecuencias de su inactividad. *Iura scripta sunt vigilantibus*, regla afirmada por nosotros cuando hablamos de los efectos de una cesión posterior al embargo, pero anterior á otros embargos (1); y si entonces guardamos silencio sobre el secuestro, este silencio dependió de la reflexión de que discutiéndose principalmente el derecho á concurrir sobre el precio, el embargo era la sola forma jurídica de que resultaba oportuno ocuparse; pero lo mismo debe decirse del secuestro conservativo y del acto de oposición, que igualmente no son obstáculo para la cesión ni para el válido pago sucesivo, sino respecto de los oponentes, secuestrantes ó embargantes anteriores, nunca respecto de los posteriores. Entonces se trataba de la eficacia de la cesión frente á los acreedores siguientes; aquí se trata del efecto del pago. Pero el principio es el mismo (2), y si hemos insistido en la demostración, lo hemos hecho porque la doctrina contraria es defendida por respetables autores y predilecta de la jurisprudencia francesa.

Tampoco queremos callar que uno de los más recientes escritores que se han ocupado de la cuestión, es Laurent, y—permításenos decirlo—su doctrina nos parece singular. En efecto: después de haber reconocido que el embargo debe servir sólo á los acreedores que se han presentado á tiempo, admite al concurso sobre las sumas embargadas no á los acreedores anteriores al pago, sino (obsérvese la equivocación) á los anteriores á la sentencia de asignación que obró la transmisión del crédito del patrimonio del embargado al del embargante (3). Es muy cierto que la sentencia de adjudicación es la que produce el traslado, pero aquí no se trata de transmisión, sino de extinción del crédito. Se estudia si el pago de la deuda embargada, hecho por el tercero después del embargo al acreedor, en cuyo daño lué efectuada, pero antes de la sentencia de adjudicación, puede ser discutido por los acreedores que en el día del pago se hubieron presentado. Poco nos importa saber si el embargo no hizo salir el crédito del patrimonio del embargado, sino si para este efecto se precisaba la sentencia de adjudicación, si antes de esta sentencia

---

(1) Véase vol. VI, núm. 124.

(2) Demolombe, IV, 206 y sig.; Hoyvet, *loc. cit.*; Aubry et Rau, § 317, nota 50; Duranton, XII, 65; Marcadé, 1212, 2; Larombière, 1242, 13; Colmet de Santerre, V, 181 bis, IV y V. Sin embargo en la doctrina de algunos de los citados autores y especialmente de los últimos, existe tal confusión que impide comprender con exactitud su concepto.

(3) Laurent, XVII, 554.

había sido hecho el pago en sus manos, haciendo faltar en todo ó en parte, la materia del embargo, es decir, el crédito ya embargado. Reserve pues, el ilustre autor sus observaciones para otro punto, y concluya con nosotros que los acreedores oponentes, secuestrantes ó embargantes posteriores al pago, no pueden discutirlo ni pretender que el tercero pague una segunda vez.

56. Respecto al segundo punto, toda la importancia estriba en pensar si la falta de disposición del crédito subsiguiente al acto de impedimento, es total ó parcial. Para entendernos, el artículo 1244, dispone que los acreedores secuestrantes ú oponentes pueden obligar al deudor á pagar de nuevo *en lo que se refiere á sus derechos*: ahora bien; suponiendo tales derechos inferiores al crédito secuestrado, nace la necesidad de saber si la falta de disposición recae también sobre la parte del crédito sobrante. Semejante cuestión se presenta fácilmente en el tema del secuestro conservativo ó del embargo, donde la suma del crédito debe determinarse por el acreedor demandante. Ticio, acreedor por 100 000 libras, contra Sempronio, secuestra en manos de Mevio una deuda de éste, para con el mismo Sempronio, que asciende á 200.000 libras; siendo manifiesto el sobrante de 100.000 libras; Mevio, si el secuestro tiene solamente efecto hasta cubrir el crédito del secuestrante, podrá pagar sin peligro libras 100 000. Y si, por el contrario, el secuestro es total, Mevio no podrá, á pesar del sobrante, pagar ni un céntimo. La duda no tendrá importancia, en verdad, mientras no se presenten otros acreedores, y Ticio no experimente ningún perjuicio con este pago. Mas si por ventura sobrevienen otros, ¿quién no ve el daño de Ticio? Los sucesivos acreedores, por haber comparecido antes del pago serán llamados á concurso sobre la suma de libras 100.000, que quedan en manos de Mevio, é impedirán á Ticio primer secuestrante, obtener el pago completo, que habría podido conseguir si Mevio no hubiese creído lícito pagar la mitad del crédito secuestrado. He ahí, pues, la importancia de la cuestión.

Ha sido, y todavía es opinión de algunos, que el efecto de la inhibición debe limitarse á la suma por que se hace. ¿A qué investigar en el secuestro y en el embargo—dicen—la indicación de la suma sino para limitar sus efectos? ¿Pará qué impedir al deudor liberarse y al acreedor conseguir lo sobrante de la suma necesaria para satisfacer al inhibente? (1). Pero una ponderación más seria de la cosa, nos persuadirá pronto de la inanidad de estas observaciones. Efectivamente, el art. 1244 no distingue. El pago

---

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, § 5:9 texto y nota 11; Mersier, *Revue pratique*, XXIII, pág. 536; y las decisiones citadas por Demolombe, IV, 212, 213, 214.

hecho, no obstante el secuestro ó acto de oposición, es atacado de invalidez respecto al secuestrante y al oponente. Luego en locución tan indistinta y absoluta queda comprendido todo el crédito secuestrado; todos los pagos parciales ó totales son declarados nulos. Tampoco entre la normas que en el Código de procedimiento civil rigen el secuestro ó el embargo se encuentra diversidad de principios, porque el secuestratario judicial no puede, en daño del secuestrante, disponer de una parte de la cosa ó de la suma objeto de la inhibición (1). No es, pues, exacto negar el daño que puede experimentar el inhibente por el pago parcial; porque ya hemos dicho que si se presentan otros acreedores, es forzoso dividir con ellos el residuo (2).

57. Se ha querido también apelar á las razones de equidad y considerar el daño del deudor, imposibilitado para quitarse el peso de una deuda grande, mientras el secuestrante tendrá derecho á una décima apenas de la suma secuestrada; el daño del acreedor imposibilitado de cobrar su importante crédito en gracia al secuestro que se le ha hecho por una deuda de poca monta. Pero para uno y otro mal hay preparado un remedio. Haga el deudor la oferta real é invite á su acreedor directo á quitar de en medio el secuestro ó la oposición satisfaciendo los derechos del inhibente. En el caso de rehusar, recurra á la oferta real y al depósito ya que el derecho á realizar tales actos de garantía no está aminorado por los secuestros ó las oposiciones (3). Por su parte, el acreedor haga condenar al deudor á pagar en manos del secuestrante, hasta cubrir lo debido, ó á hacer el depósito en las Cajas públicas para librarse del peligro de la futura insolvencia de aquél (4). La jurisprudencia, cuidadosa de proteger los intereses del acreedor, ha dado un paso más; y ha imaginado el expediente de autorizar por orden del Juez al acreedor para retirar lo sobrante de las sumas á que ascienda el crédito por que se hizo el secuestro; solamente las otras quedan en depósito hasta conocerse las pretensiones del oponente, en exclusivo provecho de éste, sin concurso de otros acreedores. En este expediente podrá lamentarse la sutileza del derecho, porque las sumas depositadas, no estando todavía atribuidas al oponente ó secuestrante,

---

(1) Arts. 1876, Cód. civ., 603, 611, núm. 3, 612, Cód. proc. civ. Véase en confirmación un artículo en el *Monitore dei pretori*, 1880, pág. 180.

(2) Duranton, XII, 65 bis; Marcadé; 1242, 2; Colmet de Santerre, V, 181 bis, IV y V; Larombière, 1242, 13; Aubry et Rau, § 317, nota 20; Duvergier, *Vente*, 202; Demolombe, IV, 213.

(3) Demolombe, IV, 219.

(4) Demolombe, IV, 220; Larombière, 1242, 5 y 6; Nápoles, 4 de Abril de 1870 (*Ann.* 1870, 2, 429).

permanecen en el patrimonio del deudor y deberían beneficiar á todos sus acreedores. Però no se quejen éstos, que así como no habrían podido, por falta de oposición en tiempo oportuno, lamentarse del pago que el tercero secuestrado hubiera hecho al oponente, mucho menos pueden dolerse de aquella provisión de justicia, porque *quod tibi prodest et mihi non nocet, non est denegandum* (1).

58 Para terminar nuestras observaciones réstanos recordar que el pago hecho en perjuicio de la inhibición somete al deudor á pagar la segunda vez en beneficio de los acreedores inhibentes. *Estos*, dice el art. 1244, *pueden obligarle á pagar de nuevo en cuanto se refiere á sus derechos*. Dos cosas se ponen de manifiesto: *a)* no puede obligarse al deudor á un nuevo pago sino en cuanto subsistan los derechos de los acreedores oponentes; *b)* por el exceso sobre los créditos de éstos, queda afirmado el pago ya hecho (2). Se trata, para decirlo de otro modo, de una especie de resarcimiento de daños á que se expone el deudor que violó sus deberes de secuestratario; de manera que el art. 1244 no hace en este punto más que completar las disposiciones del procedimiento y los principios generales del derecho (3).

Por lo demás, el deudor obligado á pagar segunda vez á los acreedores oponentes, goza, por textual expresión del artículo, de un recurso contra su acreedor, porque si así no fuera, éste se lucraría injustamente en daño del deudor. Mas cuando, por el contrario, el embargo, el acto de oposición ó el secuestro sea revocado, anulado ó extinguido por cualquier razón, cesa indudablemente el impedimento que era su efecto, y el deudor puede válidamente pagar á su acreedor directo.

Larombière (4) ha querido examinar si el tercero embargado puede pagar válidamente en manos del embargante ó del oponente. Pero dejando el desarrollo de la cuestión para lugar más oportuno, parécenos fácil advertir que el tercero pagará bien por orden de justicia proferida en el legítimo juicio contradictorio del embargo; pagará bien así espontáneamente si no hay otros oponentes ó secuestrantes y si el deudor embargado presta su consentimiento, de otro modo pagará por su cuenta y riesgo haciéndose subrogar en los derechos del acreedor sustituido, defendiéndose contra los otros oponentes ó contra su acreedor directo.

(1) Demolombe, IV, 222 y siguientes.

(2) Laurent, XVII, 550.

(3) Arts. 608, 611, núms. 3, 612, Cód. proc. civ.

(4) *Ob. cit.*, 1242, 12 y slg.

## ARTÍCULO IV

*Lugar del pago.*

## I

59. OBSERVACIONES PRELIMINARES. — En la exposición de las reglas sobre el lugar del pago, debemos tener en cuenta: primero, la hipótesis de que el lugar esté determinado en el título; segundo, la hipótesis de que falte la determinación del lugar del pago (1).

¿Será el primero la regla y el segundo la excepción, como quiere Larombière y aparece en el orden de las disposiciones contenidas en el Código? ¿Será, por el contrario, regla el segundo y excepción el primero, como piensa Demolombe, y se presta mejor á poner de manifiesto la diferencia entre las legislaciones modernas y las antiguas? Es cuestión que nunca saldrá de los escaños de la Academia; y nosotros dejándola á quien tenga deseos de profundizarla, y cuidadosos de no alejarnos mucho del orden del Código, empezamos con él por el caso en que el título determina el lugar del pago (2).

Pero anteponemos que mientras la investigación sirve para determinar dónde puede liberarse el deudor, puede servir también en interés del acreedor, para establecer donde tenga derecho á exigir; porque siendo dos derechos correlativos, deben ser considerados en la misma medida. Entiéndase bien, cuando se trate de la misma obligación; porque si las obligaciones fueren distintas, aunque nacidas del mismo contrato, cada una tendrá su lugar de pago. Por ejemplo, en la compraventa, puede ser uno el lugar de la tradición y otro el del pago del precio (3).

Pero aquí es necesario distinguir bien, por amor á la claridad, el derecho de pretender el pago del derecho de citar al deudor ó bien el lugar del pago de la competencia del tribunal que debe pronunciar la condena. En verdad son dos cosas: porque la circunstancia de que el pago deba hacerse en un lugar determinado no autoriza la citación del deudor ante el Tribunal de aquel lugar si no concurren las otras condiciones exigidas por la ley para establecer la competencia, es decir, el domicilio, y en defecto, la residencia del demandado ó la naturaleza comercial de la obli-

(1) Arts. 1249, Cód. civ. it., 1247, Cód. Náp.

(2) Bien advirtió el Tribunal de apelación de Venecia, que el lugar del pago, como la persona á quien debe hacerse, no son elementos naturales y esenciales del vínculo jurisdiccional. Venecia, 16 de Julio de 1890 (*Temis veneta*, 1890, 558).

(3) Arts. 1508, 1507, Cód. civ. it., 1651, 1650, Cód. Náp.

gación (1). En todos los otros casos, donde el lugar del pago no se confunda con el fuero del deudor, será citado allí para efectuar el pago en el lugar establecido ó pague el *quid interest*, según las normas ya expuestas por nosotros en lugar oportuno (2). En el procedimiento romano se daba á tal fin la *actio de eo quod certo loco dari oportet*, si el negocio era *stricti iuris* (3). Desaparecida desde hace mucho tiempo la diferencia entre las acciones *stricti iuris* y las *bonae fidei*, la petición de pago puede hoy ser propuesta directamente como base de la obligación de que nace ante el fuero del demandado, aun cuando el pago deba hacerse en otra parte. Se cita aquí para que pague allá ó preste el *quid interest*. Y así diciendo corregimos una equivocación en que caen muchos cuando enseñan que no está en uso entre nosotros la *actio de eo quod certo loco*, haciendo suponer que el demandado no puede ser citado fuera del lugar fijado para el pago (4). Error: la *actio de eo quod certo loco* no está ya en uso porque no es necesaria; pero sus efectos se obtienen hoy con los derechos conferidos por toda obligación al acreedor para citar -volvamos á repetirlo- al deudor moroso al fuero de su domicilio para que pague lo que debe en el lugar establecido, ó preste la indemnización de perjuicios en el lugar mismo donde fué demandado.

Tampoco precisa confundir la elección del lugar del pago con la elección del domicilio para los efectos del procedimiento. Son dos cosas diferentes. La elección del lugar del pago determina solamente el lugar donde será cumplida la obligación, mas no determina la competencia para juzgar. Por el contrario, la elección del domicilio regula la competencia; pero no es la norma con que se pueda determinar el lugar del pago. Para que esto ocurriera, la elección del domicilio debería ser hecha expresamente para todos los efectos (5).

## II

60. a) *Lugar determinado por el título.*—Nadie, salvo acuerdo del acreedor y el deudor, tiene derecho á cambiarlo, excepto cuando resultase con toda evidencia que el cambio no significa

(1) Arts. 90, 91, Cód. proc. civ.

(2) Véase el vol. II, núms. 59 y 121.

(3) Véanse en cuanto se refiere á la teoría romana, Leoni, *Solutionis locus* (estudios jurídicos dedicados á F. Schupfer, *Diritto romano*, pág. 87; Bocca, 1898; Windescheid, *Pand.* trad. Fadda y Bensa, II, § 282 y nota; Molitor, *ob. cit.*, núms. 308 y sig.; Massol, *Du lieu du paiement et du lieu de la compétence, ecc.* Paris, 1882

(4) Larombière, 1247; Demolombe, IV, 271; Pothier, *Obl.*, 238.

(5) Venecia, 25 de Noviembre de 1902 (*Temi*, 1903, 29).



el menor daño para el uno ó el otro (1). Nuestro legislador confirma la regla en el principio del art. 1249, pero en vez de hablar de *título* en general, menciona solamente el *contrato*. Se alejaría de la verdad quien supusiera que dicha regla no es inaplicable á las obligaciones que se derivan de cualquiera otra fuente jurídica: verbigracia de la ley, del hecho ilícito ó del cuasi contrato. Tan restringida locución depende de haber copiado el art. 1247 del Código Napoleón, donde casi todas las reglas relativas á las obligaciones en general se hallan reunidas en el título dedicado á las obligaciones convencionales; pero la regla no es propia solamente de los contratos; pertenece racionalmente á toda clase de obligaciones (2).

La determinación puede ser expresa ó tácita; contemporánea ó sucesiva al título, siempre que sea consentida por las dos partes (3). Se ha preguntado, si los lugares fijados son dos, cómo deberá efectuarse el pago. Y tomando norma en la sabiduría romana, se ha respondido que mitad en un lugar y mitad en otro cuando la designación sea acumulativa; por ejemplo, me pagaréis 10.000 liras en Milán y en Turín (4); en el lugar que escoja el deudor, cuando la designación de los dos lugares sea alternativa y la acción no conferida al acreedor (5).

61. Pero supóngase que el lugar designado para el pago fué la residencia del acreedor. ¿Podrá éste, variándola, pretender que la obligación sea cumplida en la nueva, aun con sensible molestia para el deudor? Ticio estaba en Liorna cuando estipuló que el precio del fundo vendido le fuese pagado en su casa. Antes del vencimiento va á establecerse en San Francisco de California; ¿podrá razonablemente pretender que el comprador le pague el precio allá, asumiendo los gastos y los peligros de un pago tan

(1) Sabelli, *Summa, Solutio*, núm. 28.

(2) Savigny; *Obl.* § 49; trad. Gerardin et Jozon, pág. 147, vol. II; Maynz, *ob. cit.*, §§ 9 y 10; Molitor, *ob. cit.*, §§ 307 308.

(3) Larombière, 1247, 2.

(4) *L. 2, § 4, De eo quod certo loco, etc.* (XIII, 4): «Si quis ita stipulatur, Ephesi, et Capuae, hoc ait, ut Ephesi partem, et partem Capuae petat.» Maynz, *ob. cit.*, § 9, nota 2; Molitor, *ob. cit.*, 310; Larombière, 1247, 8.

(5) *L. 2, § 2 eod.*: «Si quis Ephesi decem, aut Capuae hominem dari stipulatus experiat, non debet, detracto altero loco, experiri; ne auferat loci utilitatem reo», y § 3: «... et generaliter definit Scaevola, pettorem electionem habere, ubi petat; reum, ubi solvat; scilicet ante pettionem.» Maynz y Molitor, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*; Borsari, *ob. cit.*, *loc. cit.*, §§ 3198, 3199; Ricci, *ob. cit.*, VI, 258, Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.) vol. IV, 117; Turín, 7 de Diciembre de 1868 (*Giur. tor.* VI, 79).

La obligación asumida por el deudor de hacer el pago en el domicilio del acreedor, cesa cuando sea sustituido el acreedor por otro que tiene domicilio en otra población. Entonces el deudor no cae en demora si el nuevo acreedor no ha pedido el pago en el domicilio del deudor. Cas. Florencia, 7 de Junio de 1909 (*Legge*, 1910, 134).

lejano? Los escritores responden negativamente. Les repugna que pueda imponerse al deudor un gravamen tan sensible; y piensan que el comprador (siguiendo en nuestro ejemplo) tiene derecho á obligar á Ticio á elegir un domicilio en Liorna antes de partir, á fin de poder cumplirse allí el pago del precio debido (1). Y tienen razón, cuando se trate de obligaciones contractuales, porque las estipulaciones se interpretan por lo regular en favor más del promitente que del estipulante: de modo que sería deber de Ticio, al hacer el pacto, advertir al comprador que pensaba alejarse de Liorna para ir á América. Pero cuando se trate de un cambio de domicilio ó de residencia que no produzca molestia sensible al deudor, por ejemplo en la misma ciudad ó en lugar de fácil acceso (2) el deudor no tendría razón en negarse á hacer el pago en la nueva residencia.

Todo esto en el caso de que la indicación del lugar fuese hecha genéricamente, diciendo *en el domicilio del acreedor*, sin otra explicación; porque si en el título se indicase el lugar específico: por ejemplo, *en Roma, calle del Corso Humberto I*, ó bien, *en Palermo, calle de Macqueda*, no parece dudoso que á pesar del cambio de domicilio del acreedor, tendría el deudor derecho á pagar en el lugar designado.

Si el acreedor muere y deja herederos que tengan distintos domicilios, el pago deberá hacerse, no obstante, en el lugar determinado por el contrato, aun cuando fuere el antiguo domicilio del difunto. Excepto si los herederos habitasen la misma población, de modo que al deudor le fuese indiferente acudir á uno ú otro domicilio (3).

Si el acreedor, en casa del cual se pactó que debería hacerse el pago, transfiere á otros sus derechos y el deudor, presente en el contrato, dice que continuará el pago como antes, se entiende que acepta el pagar en el domicilio del nuevo acreedor (4). El silencio por sí sólo no bastaría.

62. La determinación puede ser tácita.

1.º Es así cuando la prestación sea esencialmente *local*, de manera que siendo efectuada en otro lugar no sería ya aquélla.

(1) Larombière, 1248, 7; Pothier, *Obl.* 549; Demolombe, IV, 273; Laurent, XVII, 5-9.

(2) Pothier, *Obl.* 513; Gand, 28 avril 1846 (*Pasicrisie belge*, 1850, pág. 96). Este principio está perfectamente declarado en el art. 85 del Código Suizo, que, por otra parte, en el art. 81, pone en regla el domicilio del acreedor, como lugar para el pago de los débitos pecuniarios.

(3) Véase Palermo, 9 de Febrero de 1903 (*Foro sic.* 1903, 173), esta sentencia sostiene, por el contrario, que entra en la regla del art. 1249 Cód. civ., por la cual cada heredero pagaría en el propio domicilio. Por nuestra parte, no sabemos aprobar esta máxima.

(4) Tutin, 25 de Mayo de 1877 (*Giur. tor.* 1877, 516).

Trabajar como cerrajero en la fundición de Oretea, ó en la cantera Orlando; construir una casa en vuestras tierras de Bagheria ó de Sorrento; pagar las 15.000 liras adjudicadas al Hospital de los Inocentes de Florencia, para liberar el fundo enfiteútico del Valdarno: esas son prestaciones que deben forzosamente cumplirse en un lugar, porque si se hicieran en otra parte no estarían conformes con el pacto. A esa categoría pertenecen todas las que se refieren á prestaciones de un *facere* sobre un inmueble (1), ó de entregar accesorios de un inmueble, por ejemplo, la cosecha de las aceitunas existentes en el fundo, ó los árboles que se hallan en el mismo (2). Pero no á la tradición de los inmuebles, digan lo que quieran los escritores, pues siendo ésta simbólica, se efectúa por la entrega de los títulos ó de las llaves, que puede ser hecha perfectamente en el domicilio del deudor (3).

2.º Es tacita la determinación del lugar si la obligación tiene por objeto la consignación del cuerpo cierto y determinado, la cual debe hacerse adonde éste se encontraba cuando nació la obligación (4). Aquí es la ley la que habla, en armonía con las reglas sobre la tradición y con los principios del derecho romano (5); y nadie podría tacharla de injusta, siendo natural presunción que las partes reputen deber hacerse la consignación donde se halla la cosa. Es admisible, por otro lado, el pacto contrario, tratándose de regla que no tiene carácter de orden público.

Tal pacto puede también ser tácito y derivado de las costumbres locales para que no resulte equívoco (6). Supongamos que Ticio, yendo al país de Cayo con su caballo y el carruaje, le venda el uno y el otro, no ignorando Cayo que debé utilizarlos para volver á su casa: se entendería que la consignación, es decir, el pago debería hacerse en el país del vendedor (7).

¿Podrá decirse lo mismo de la obligación de pagar el precio? No, según el principio establecido poco hace, de que el ser correlativas dos obligaciones no implica que deban cumplirse en el

(1) Savigny, *Obl.* § 99, *loc. cit.* pág. 123; Molitor, *ob. cit.* 308; véase Laurent, XVII, 590.

(2) Demolombe, IV, 279.

(3) Arts. 1164 Cód. civ. it., 1605, Cód. Náp.

(4) Arts. 1249 Cód. civ. it., 1247 Cód. Náp.

(5) Arts. 1468 Cód. civ. it., 1609 Cód. Náp. *L. 11, § 1, D. ad exhibendum* (X, 4; *L. 22, D. de reb. cred.* (XII, 1); *L. 11, § 1, D. de act. emti, etc.* (XIX, 1); *L. 38, D. de iudiciis* (V, 1): «quod légatur, siquidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est» *L. 47, § 1, D. de legatis* (XXX).

(6) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, 125 (*Loché*, VI, pág. 169); Pothier, 548; Colmet de Santerre, V, 186 bis; Demolombe, VI, 2, 6, 278; Laurent, XVII, 590 al final; Génova, 21 de Junio de 1881 (*Eco Genovese*, 1881, 1, 333).

(7) Demolombe, *loc. cit.*, 278.

mismo lugar. Si el contrato calla y la venta se hace *non habita fide de pretio*, debiéndose pagar éste en el acto de la consignación, la ley presume inteligencia de las partes para que se pague en el mismo lugar donde está la cosa y se haga la tradición de ella (1); pero si por el contrario, se concedió un término al comprador, el pago del precio queda independiente de la consignación y racionalmente se debe hacer, según la regla general, en el domicilio del comprador (2)

Por otra parte, también la regla de consignar el cuerpo cierto donde se encontraba en el tiempo de la obligación, tiene excepciones por la distinta naturaleza de los contratos, ya que volvemos á repetirlo, está sometida á la voluntad de las partes. El depósito se restituye en el lugar establecido por el contrato, ó en el lugar donde se halla la cosa depositada en el momento de la restitución: de modo que si el depositario cambia, por ejemplo, de domicilio, la restitución deberá hacerse en el último, donde *sine dolo* haya transportado la cosa (3).

El comodato debe restituirse ordinariamente en el domicilio del comodante, si no se estableció lo contrario. Estamos, en verdad, ante un contrato á beneficio del comodatario, que debe prestarse á hacer cuanto puede y reclama la equidad, á fin de que no se haga más gravosa la condición del comodante. «Pero — añade Pothier (4) — si después del préstamo, el comodante hubiese transferido su residencia á lugares muy lejanos, el comodatario no está obligado á restituirla la cosa prestada sino en el lugar donde el comodante tenía su residencia en el tiempo del préstamo, siempre que en tal lugar fuere precisamente donde él entendió obligarse á restituirla. El traslado de la residencia del comodante es un hecho ajeno á él y que no debe obligarle, para la restitución de la cosa prestada, á más de lo que haya entendido obligarse.»

En rigor, no teniendo el mutuo por objeto cuerpos ciertos y determinados, sino cosas fungibles, no entraría en el argumento. Sin embargo, haremos notar incidentalmente que sobre esto se ha discutido el lugar de la restitución. Voet opinó por el del con-

(1) Arts. 1508, Cód. civ. it.; 1651, Cód. Nap.

(2) Toullier, IV, 99; Duranton, XII, 98; Larombière, 1247, 9; Demolombe, IV, 281; Florencia, 2 de Julio de 1883 (*Annali*, 1883, 11, 417). En la plaza de Liorna es costumbre que en los contratos en genero pagable al contado, el pago se haga en el domicilio del Jeuror. Lucca, 30 de Noviembre de 1893 (*Diritto commerciale*, XII, 350).

(3) Art. 1859, Cód. civ. it.; 1943, Cód. Nap., L. 12, § 1, D. de depositi (XVII, 1); Pothier, *Dépôt*, 57; Troplong, *Dépôt*, 168; Duranton, XVIII, 67; Larombière, 1247, 9; Demolombe, IV, 286.

(4) *Contrats de bienfaisance, Prêt à usage*, 36

trato (1); Pothier distinguió el mutuo de dinero y el de género, y adoptó la opinión de Voet únicamente para el segundo, mientras opinó que la restitución del dinero prestado debería hacerse en el domicilio del mutuuario (2). Los autores modernos siguen la opinión de Pothier y la refuerzan con la disposición legal que exige la evaluación de las cosas prestadas cuando no pueden restituirse de la misma calidad, respecto al lugar *en que* fué hecho el préstamo (3).

3.º Es tácita, finalmente, respecto á la persona cuando sea acreedora una Administración pública, no estando conforme con los reglamentos de las oficinas públicas el mandar á pagar al domicilio de sus deudores, los cuales, por otra parte, tienen fácil medio para presentarse en las Cajas públicas destinadas por la ley á hacer los pagos (4). Cuando, por el contrario, se ha resuelto oportunamente que las Administraciones del Estado y de los Municipios se liberen del pago siguiendo las normas de la ley de Contabilidad, es decir, librando la orden de pago por la tesorería competente, dando aviso de ello al acreedor y procediendo, según sea necesario, á la oferta real de la orden de pago (5).

### III

63. *b) Lugar no determinado por el título.* — Aquí entra la regla, hoy exactísima en nuestro derecho, de que el pago debe ser hecho en el domicilio del deudor. Bajo la legislación romana y la jurisprudencia anterior al Código francés, grandes eran las incertidumbres acerca del lugar del pago no determinado por el título; no tanto por el silencio de las leyes, como porque no siendo siempre bien entendido el principio que debía regir la práctica, los escritores y las resoluciones judiciales caían con frecuencia en monstruosas contradicciones. Decíase, en verdad, que el pago debería hacerse en el lugar oportuno, y generalmente en el domicilio del deudor, porque era el lugar en que podía pedirse (*ubi petitur*); pero eran infinitas las limitaciones ó las aprecia-

(1) Ad Pandectas, XII, i, 19: «Reddendum autem mutuum eo loco, quo datum est, nisi locus alius restitutioni destinatus sit.»

(2) *Du prêt de consommation*, núms. 43, 46.

(3) Arts. 1828, Cód. civ. it.; 1903, Cód. Náp.

(4) Cas. Nápoles, 7 de Noviembre de 1872 (*Legge*, 1874, 1, 84); Cas. Palermo, 11 de Marzo de 1873 (*ivi*, 1873, 1, 878); Cas. Roma, 13 de Agosto de 1890 (*Foro it.*, 1890, 1, 576); véase nuestra *Dottrina delle persone giuridiche*, II, 207.

(5) Véase 213 y IV, 175; Cas. Nápoles, 25 de Abril de 1879 (*Bollettino*, 1880, II) y 13 de Julio de 1877 (*Legge*, 1878, 1, 193); Cas. Roma, 21 de Julio de 1899 (*Legge*, 1899, 2, 473).

ciones que sufría esta regla, tanto, que no faltaba quien hallase una cuestión de hecho (1). Para evitar estos peligros, el legislador francés pensó bien al fijar la regla de que el pago se hace en el domicilio del deudor.

Y nuestro legislador sigue el loable ejemplo (2). Exceptúa, en verdad, la obligación del vendedor, estableciendo que, con arreglo al art. 1508, el precio debe pagarse en el lugar de la tradición; pero ya hemos tenido en cuenta esta excepción, demostrando no ser otra cosa que una presunta designación convencional (3).

Es sobre nuestra regla donde halla fundamento la moderna distinción entre las deudas buscables (*quérables*) y las deudas llevables (*portables*) de que hablamos á propósito de demora. Es por efecto de esta regla por lo que, no estando designado el lugar del pago, debe el acreedor, si quiere constituir en demora al deudor, presentarse en el domicilio del mismo, poco más ó menos como hace el poseedor de una letra cuando se hace el protesto. Todo lo contrario de cuanto sucede en las deudas pagables en el domicilio del acreedor, en las cuales la demora se verifica cuando han vencido y el deudor no se ha presentado con el dinero en casa del acreedor. Lo que, por otro lado, nótese bien, no significa ya que el acreedor, aun en las deudas buscables, no pueda pedir judicialmente la condena del deudor sin haberse presentado antes á buscar el pago. Puede hacerlo, pero no tiene derecho á tratar al deudor como moroso, y por tanto, prevalerse de las caducidades y pedir los intereses desde el día del vencimiento. El deudor puede responder: «Venid á mi casa; estoy pronto á pagaros, y lo estaba el mismo día en que vencía la deuda» (4). No podría, en cambio, invocar ese principio para resistir á la citación, negando injustamente cualquier obligación de pagar (5).

(1) Maynz, *Obl.*, §§ 9 y 10; Dumoulin, *De usuris*, quaest. IX; Pothier, *lug. cit.*, 549, Savigny, *Obl.* (pág. 126, *lug. cit.*); Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 369.

(2) Artículo citado 1249, Cód. civ. it.; Cód. Nap.; Cas. Palermo, 24 de Enero de 1893 (*Foro Sic.*, 1893, 5).

(3) Véase el núm. 62.

(4) Cas. Turín, 13 de Septiembre de 1880 (*Gazz. Proc.*, XVI, 322); Casale, 17 de Abril de 1883 (*Giur. casal.*, 1883, 204); Cas. Nápoles, 18 de Julio de 1887 (*Legge*, 1889, 1, 376); Venecia, 23 de Agosto de 1895 (1895, 2, 699); Cas. Turín, 26 de Septiembre de 1906 (*Giur. tor.*, 1906, 1072).

(5) Véase Catanzaro, 27 de Enero de 1889 (*Foro Rep.* 1889, voz *Pagamento*, núm. 49); Cas. Turín, 21 de Marzo de 1889 (*Ann.*, 1889, I, 240); Génova, 27 de Junio de 1890 (*Temi gen.*, 1890, 1, 576); Cas. Turín, 15 de Abril de 1898 (*Giur. tor.*, 1898, 746); Cas. Florencia, 25 de Junio de 1900 (*Legge*, 1900, 2, 382). Esta decisión dice no ser aplicable la regla si tanto el deudor como el acreedor habitan el mismo edificio. Véanse también Cas. Nápoles, 27 de Julio de 1907 (*Gazz. Proc.*, XXXIV, 422); 24 de Agosto de 1907 (*Trib. giud.*, 1907, 382); Cas. Turín, 10 de Julio de 1906 (*Giur. tor.*, 1906, 1072); Roma, 30 de Diciembre de 1905 (*Palazzo di giust.*, 1906, 56); Cas. Florencia, 7 de

Quede esto dicho como por incidencia. Ahora, volviendo á nuestro camino, bajo el imperio de la nueva regla, queda tan simple y clara la condición del acreedor como la del deudor. No puede el primero pretender el pago sino en el domicilio del deudor (*forum domicilii*) aunque acreedor y deudor habiten *eodem loco* (1), salvo que hubiesen elegido ambos un domicilio especial en el contrato, caso en el que podría ser citado en el domicilio elegido para que pagase, en lugar del domicilio personal, entendiéndose si la elección del domicilio no fuese hecha también para el pago. El deudor, pues, si el acreedor no viene en su busca, tiene facultad para hacer la oferta, y el depósito en el domicilio de éste, renunciando al beneficio del lugar, siempre que no prefiera esperar que el acreedor venga á buscarle. Tampoco es obstáculo para el derecho del deudor la observación de Demolombe (2) de que en la citada regla se deba leer no tanto una facultad del deudor como un derecho del acreedor, el cual puede no aceptar el pago en lugar distinto al domicilio del deudor. Será muy cierto, pero en el sentido de que el deudor no puede acudir para liberarse, á gusto suyo, al lugar del contrato ó á otro donde accidentalmente se halle el acreedor no moroso todavía para recibir; pero no es cierto en el otro sentido de que, vencida la obligación, esté prohibido al deudor constituir en demora al acreedor y liberarse con la oferta real ó con el depósito, que se hace cuando no existe convenio especial sobre el lugar del pago, en la persona ó la casa del acreedor (3).

64. El Código no nos ha hecho saber cuál sea el domicilio del deudor: si el del nacimiento de la obligación ó el del día del pago; pero casi todos los escritores están de acuerdo en que debe acudirse al domicilio *tempore faciendae solutionis*. Y con razón, á nuestro modo de pensar, porque si la ley hubiese querido fijar el domicilio que tenía el deudor *tempore contractae obligationis*, no se habría contentado con decir que el pago debe hacerse en el

---

Mayo de 1906, 725; Cas. Turín, 18 de Mayo de 1906; (*Giur. tor.*, 1906, 1044). De la obligación de presentarse en el domicilio del deudor en las deudas trasladables, el acreedor queda exonerado cuando ya sepa que el deudor no puede ó no quiere pagar, resultando esto de su contumacia ó de las excepciones presentadas en juicio sin ofrecer el pago. Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (4.ª ed.), vol. IV, nota Venzi I, pág. 605: donde cita Cas. Nápoles, 9 de Junio de 1893 (*Legge*, 1893, 2, 519); Cas. Roma, 23 de Mayo de 1894 (*Foro it.*, 1894, 1, 577); id. 19 de Noviembre de 1895 (*ivi*, 1896, 1, 415); Cas. Turín, 15 de Abril de 1898 (*Giur. tor.*, 1898, 746); Venecia, 27 de Mayo de 1902 (*Temi*, 1902, 626); Nápoles, 12 de Mayo de 1902 (*Mon. Giur.*, 1902, 180); Contra Cas. Nápoles, 9 de Septiembre de 1903 (*Dir. e Giur.*, XIX, 491); Véase también *Sinossi*, Serie 2.ª, fasc. 232, 235, 248 260, 264, art. 1249.

(1) Turín, 23 de Abril de 1872 (*Giur. tor.*, X, 484).

(2) *Ob. cit.*, IV, 268.

(3) Arts. 1260, núm. 6, Cód. civ. it.; 1258, núm. 6, Cód. Nap.

domicilio del deudor; habría explicado claramente que se trataba del domicilio del tiempo en que surgió la obligación. Por el contrario, con su modo de hablar, el legislador ha considerado el lugar donde el deudor se halle cuando paga (1). No obstante, deberá el acreedor advertir al deudor del cambio de domicilio, pues de lo contrario, el deudor, ignorante de todo, podría presentarse en el domicilio antiguo, y no hallando en él al acreedor, hacer la oferta real y el depósito de la suma debida.

65. Pero nace discusión sobre si habiendo sobrevenido un cambio de domicilio imprevisto y gravoso para el acreedor, tiene éste derecho á pretender del deudor la elección de otros lugares más favorables para él, ó por lo menos una compensación adecuada al daño á que se halle expuesto para efectuar el pago en lugar apartadísimo. Tomando otro ejemplo, Francisco estipula con Juan una renta vitalicia; le paga 20.000 liras y se hace prometer que Juan, á su vez, pagará á él, Francisco durante su vida, 100 liras al mes. El contrato se hace en Liorna, donde se hallan ambos contratantes; y sin decirse nada respecto al pago de las prestaciones mensuales, se entiende, por la regla enunciada, que se harán en Liorna, en casa del deudor Juan. Pero éste, un año después del contrato, se une con una joven de Nueva Orleans, é inducido por ésta, traslada (quién hubiera podido preverlo), á Nueva Orleans su domicilio. ¿Estará, pues, obligado el incauto Francisco á presentarse todos los meses en la Luisiana, en el nuevo domicilio de su deudor, á 9.000 millas ultramar para exigir su prestación, ó podrá pretender que Juan clija en Liorna un lugar para el pago de los futuros vencimientos?

No faltan escritores que opinan que el pago se debe hacer en el lugar del contrato. Sus razones son éstas. No debe depender de la voluntad de una sola de las partes el cambiar las condiciones del contrato, haciéndolo más gravoso para la otra parte. Si hubiera sido designado como lugar del pago el domicilio del acreedor, no sería facultad suya el cambiarlo en daño del deudor. La razón y la justicia exigen que las partes se traten igualmente y no puede permitirse al deudor hacer lo que no sería lícito al acreedor (2).

Otros piensan lo contrario. Argumentan sobre el origen de la

---

(1) Larombière, 1247, 8; Demolombe, IV, 269 y sig.; Massé et Vergé sur Zachariae, § 561, nota 13; Marcadé, 1247; Aubry et Rau, § 319, nota 15; Laurent, XV:1, 59.; Lucca, 13 de Octubre de 1882 (*Legge*, 1882, 2, 7-8; Venecia, 23 de Agosto de 1890 (*Legge*, 18:5, 2, 699); *contra* Duranton, XI, 101; Génova, 21 de Febrero de 1896 (*Temis gen.*, 1896, 142). El Código civil alemán, en el art. 269, establece como lugar del pago el domicilio del deudor en la época en que nació la obligación.

(2) Duranton, XII, 101.



disposición, que dicen fundada sobre la máxima de razón común por la cual el deudor paga *ubi petitur*; el lugar donde puede ser demandado el deudor es, por regla general, su domicilio actual. Añaden que no puede argumentarse con el caso del pago pactado en el domicilio del acreedor, al caso en que el pago debe hacerse en el del deudor; porque en el primero, la obligación es consecuencia de un pacto que debe ser interpretado según la probable intención de las partes; en el segundo, es consecuencia de una norma jurídica constante, por la cual el deudor paga en el lugar donde se encuentra cuando *dies venit*. No admiten, pues, estos escritores, que el acreedor pueda escapar á la consecuencia de esta regla, ni tampoco el derecho á la reparación; salvo, si los términos del contrato son tales que autorizan á pensar que las partes hayan entendido quitar al deudor el derecho á cambiar de domicilio en perjuicio del acreedor (1).

Por último, hay también algunos escritores que consideran exageradas las dos doctrinas opuestas; y colocándose en el término medio conceden al acreedor el derecho de hacer asignar á su deudor un lugar conveniente para el pago, ó por lo menos hacerlo condenar á prestar la indemnización de perjuicios, siempre que el cambio de domicilio hecho por el deudor constituya una pérdida sensible é imprevista para el acreedor (2).

Por nuestra parte, prestamos atención á las razones de esta tercera escuela, porque tratándose de obligación nacida de contrato, parece natural que esté en la intención de las partes prohibir cualquier cambio de domicilio que haga casi imposible la exacción ó hiciera perder su utilidad al acreedor

Todo esto se entiende en el caso de que el domicilio del deudor no esté expresamente mencionado en el contrato como lugar de pago: porque concurriendo tal explícita mención se aplicarían las reglas dictadas sobre el pago pactado en el domicilio del acreedor.

Si por ventura se trata de obligaciones nacidas de fuentes diversas, hay que reflexionar que no tiene el acreedor la posibilidad de prevenirse desde el principio, pactando el lugar del pago; pero si la regla del art. 1249 es una consideración benévola de la ley respecto al deudor, no es preciso que el favor redunde en daño intolerable del acreedor.

Lo mismo puede decirse en el caso de muerte del deudor que deje varios herederos. Regularmente, el pago se hará en el do-

(1) Toullier, IV, 373; Marcadé, 1247, 11; Mourton, *Rép. écrites*, 706; Laurent, XVII, 29; Demolombe, IV, 269, 270.

(2) Larombière, 1247, 8; Aubry et Rau, § 319, nota 15; Ricci, *ob. cit.*, VI, 258.

micilio de cada uno de ellos por su parte. Poco importa si esto agrava la condición del acreedor, porque la división de la deuda es consecuencia legal de la pluralidad de los herederos, de modo que cada una de las obligaciones divididas tiene su lugar de pago en el domicilio del deudor. Excepto si los domicilios estuviesen tan alejados que hicieran imposible al acreedor el conseguir su crédito, pues sería justo concederle en tal caso el derecho de hacer determinar por el Juez un lugar para el pago.

(6. Por lo demás, el deudor puede renunciar al derecho de pagar en su casa si en ello no va daño contra el acreedor (1); pero se pregunta si la renuncia podrá reconocerse en el hecho de haber llevado otros vencimientos á casa del acreedor. Se trata, verbi gracia, de alquileres: de Enero á Mayo, el inquilino complaciente ha ido á pagar á casa del propietario. ¿Podrá éste pretender, á pesar del arrepentimiento del inquilino, que le siga llevando á casa los alquileres de los meses siguientes? No, respondén á una voz todos los escritores, porque las renunciaciones no se deducen más que de hechos, los cuales están en absoluta contradicción con el derecho que se quisiera conservar; ahora bien ¿dónde está la contradicción entre el derecho del arrendatario á pagar en su domicilio los alquileres que van á vencer, y el hecho de haber llevado algunas mensualidades á casa del propietario? (2).

67. Tales son las reglas generales. Valen tanto para las obligaciones civiles como para las comerciales, cuando no existen disposiciones especiales. Sobre este punto será oportuno recordar que en las letras, si no se indica el lugar del pago, vale la residencia expresada junto al nombre del librador; en los pagarés ó valores cambiarios, el lugar de la emisión (3).

## § 2.

### *A quién debe hacerse el pago.*

68. Quien paga mal, pago dos veces (4). Importantísima es, por lo tanto, la teoría que nos enseña á quien debe ser hecho el pago.

(1) Sabelli, *Summa, Solutio*, núm. 28.

(2) Demolombe, IV, 271; Larombière, 1247, 8; Turin, 19 de Marzo de 1875 (*Giur. tor.*, 1875, 444), y 14 de Abril de 1871 (1871, 421); Génova, 28 de Noviembre de 1879 (*Giur. it., etc.*, 1880, 1, 169); véanse también Laurent, XVII, 593, y Turin, 2 de Febrero de 1883 (*Giur. tor.*, 1883, 317); Pacifici-Mazzoni, *ob. cit., lug. cit.*; Vivante, *Il contratto di assicurazione*, I, 126; Piola-Caselli, en el *Digesto, voz Pagamento*, núm. 62; Turin, 2 de Febrero de 1883 (*Giur. tor.*, 1883, 317); 7 de Diciembre de 1894 (*ivi*, 1895, 213); Génova, 2 de Abril de 1900 (*Temi gen.*, 1900, 458); Milán, 25 de Octubre de 1904 (*Mon. trib. Mil.*, 1905, 285).

(3) Art. 253, Cód. Com. Véase el núm. 62.

(4) Trani, 30 de Diciembre de 1902 (*Foro Puglie*, 1903, 17).

Se paga bien al acreedor capaz de recibir, ó á quien le represente en debida regla; por excepción, el pago resulta á veces válido por el concurso de circunstancias sobrevenidas aun hecho al acreedor incapaz ó á quien no le representaba. Esas son las tres proposiciones generales en que se compendia toda la teoría.

## ARTICULO I

### *Del pago hecho personalmente al acreedor (1).*

#### I

69. El pago puede hacerse al acreedor en persona; y creemos que nadie tendrá necesidad de ser informado acerca de que bajo

(1) DERECHO COMPARADO.—*A quién se debe pagar.*—I. *Derecho español.*—A. *Código civil.*—*Disposiciones legales relativas á quiénes se debe efectuar el pago.*

a) *Principio general.*—El pago deberá hacerse á la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación, ó á otra autorizada para recibirlo en su nombre (*artículo 1162 del Código civil*).

b) *Convalidación del pago mal hecho.*—El pago hecho á una persona incapacitada para administrar sus bienes, será válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad. También será válido el pago hecho á un tercero en cuanto se hubiese convertido en utilidad del acreedor. El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, librará al deudor (*arts. 1163 y 1164 idem*).

c) *Invalidación del pago.*—No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda (*art. 1165 del Código civil*).

B. *Jurisprudencia civil española*—Personas á quiénes puede pagarse.

a) *Pago indebido.—Responsabilidad del Banco de España.*—Según previene el artículo 1162 del Código civil, que reproduce los antiguos preceptos legales, el pago extingue las obligaciones *sólo cuando se hace á las personas* en cuyo favor estuviere constituidas ó á las autorizadas para recibirlo. De esto se sigue que la entrega de lo adeudado hecha á un tercero siquiera se haga por mero error y de buena fe, no libera al deudor de su obligación de pagar ni perjudica al acreedor en su derecho á cobrar. Por lo tanto, si por la imposibilidad de recuperar lo indebidamente pagado, resultasen perjuicios irreparables, *recaen éstos sobre el deudor engañado*, como único responsable de sus propios actos, á no mediar sobre este punto pacto en contrario ó culpabilidad de parte del acreedor que origine responsabilidades al mismo imputables.

Esto supuesto, y consistiendo la obligación contraída por el Banco de España con sus acreedores por cuenta corriente, según su mismo reglamento reconoce (*art. 226*), en satisfacer con cargo á los fondos que tengan en dicha cuenta los talones al portador y mandatos de transferencia que expidan legalmente, ó sean autorizados con su firma, es manifiesto que el pago hecho sobre cualquiera de esos documentos autorizados con firma falsificada no libera al Banco de España de su deuda para con el verdadero acreedor, porque el pago se hizo á quien *no estaba autorizado* para recibirlo, sin que pueda alegarse que el Banco quede obligado á tener por *legítimo* y *no indebido* el pago que hiciesen los mismos empleados bajo el concepto erróneo de que el acreedor tuviese fondos bastantes para cubrir sus libramientos (*Sentencia de 28 de Febrero de 1896*).

b) *Error sustancial en el pago.*—Comete error de hecho y de derecho en la apre-

el nombre de acreedor se designa al que aparece, en el tiempo del pago, investido con el derecho de crédito, ó sea propietario del

realización de las pruebas la sentencia afirmativa de haberse verificado un pago para solventar una deuda, si la cantidad procedía de adelanto hecho por el acreedor para la realización de expropiaciones, mientras que el recibo que se presenta como justificativo del pago es de cantidad mayor, á cuenta de obras ejecutadas y con dinero procedente de entidad distinta del acreedor (*Sentencia de 9 de Febrero de 1898*).

c) *Generalidad de las disposiciones referentes al pago*—Las disposiciones del título I, libro IV del Código civil son aplicables por *regla general* á los demás títulos y capítulos del mismo libro que tratan especial y separadamente de *cada obligación* y por este motivo son extensivas al contrato de depósito.

En su consecuencia de dar al art. 1161 la interpretación de que el pago hecho de *buena fe* al tenedor de un documento, liberaría *siempre* al deudor, se borraría la principal diferencia entre los documentos nominativos y al portador, desapareciendo á su vez, la más eficaz garantía establecida por el derecho positivo á favor de los primeros. Por lo tanto, la persona que obtiene la *devolución de un depósito* de efectos públicos bajo el falso concepto de mandatario del acreedor verdadero ó sea falsificando la firma de éste en los resguardos del depósito, es mero *detentador* del documento y no *poseedor* del crédito ó de la cualidad de depositante, cual exige la ley, y la sentencia condenando al Banco depositario á la devolución de los efectos depositados ó su importe, no infringe el art. 1162 del Código civil (*Sentencia de 6 de Diciembre de 1895*).

d) *Validez del pago hecho á persona autorizada para exigir la obligación en nombre del acreedor*.—Infringe el art. 1162 del Código civil la sentencia que condena á un establecimiento de crédito á la devolución de efectos públicos depositados en el mismo, retirados por el *apoderado legal* del depositante, falsificando la forma de éste en los resguardos (*Sentencia de 1.º de Mayo de 1900*).

e) *Pago de honorarios de letrado y derechos de Procurador*.—No se quebranta el art. 1162 por la entrega de una cantidad debida á quien en definitiva ha de percibirla, aunque no conste directamente como acreedor, puesto que según el último párrafo del art. 1163, dicha entrega debe reputarse en utilidad del que figura como acreedor, en cuanto le libera de hacer á su vez la entrega.

En este caso se encuentra al abono por un litigante condenado en costas de los honorarios del letrado y derechos del procurador de la parte contraria, representada por una sindicatura, hecha directamente á aquéllos en vez de ésta (*Sentencia de 5 de Diciembre de 1900*).

f) *Pago por cesión de créditos*.—En virtud del art. 1162, el pago deberá hacerse á la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación. No adolece, por lo tanto, de vicio alguno el juicio seguido por un acreedor contra su deudor, aunque el primero hubiera cedido su crédito á un tercero después de incoado el juicio sin hacerse lo saber al segundo (*Sentencia de 28 de Marzo de 1901*).

g) *Abono de alimentos á un menor*.—No pueden considerarse como pago de créditos las cantidades entregadas por un tutor á su pupila para la alimentación de ésta y por mandato del Consejo de familia, así como tampoco constituyen estas entregas los pagos hechos á un menor á que se refiere el art. 1163 del Código civil, cantidades que en todo caso serían abonables al tutor por haberse convertido en utilidad de la sometida á tutela (*Sentencia de 3 de Octubre de 1902*).

h) *Pago efectuado al deudor después de verificada la retención de la deuda*.—Según el art. 1165 del Código civil no es válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda; y una vez reconocido por el tribunal *a quo* que un Ayuntamiento después de requerido judicialmente sobre retención de cierto crédito en favor de su legítimo dueño, como causahabiente del acreedor, entregó su importe sin mandato ni requerimiento judicial á

crédito, según el lenguaje usual. Poco importa si él no es el acreedor originario; le basta ser el acreedor actual.

quienes presentaron un testimonio de declaración de herederos hecho á favor por otro Juzgado, es visto que hizo un *pago no válido*, y que no puede acogerse al beneficio que concede el art. 1164 del referido Código al que paga de buena fe á que está en posesión del crédito (*Sentencia de 12 de Diciembre de 1904*).

*i) Pago indebido del Banco de España.—Talonos de cuenta corriente.*—Aun cuando, dada la naturaleza del documento constituido por un talón de cuenta corriente y condiciones de garantía establecidas en los Estatutos del Banco, pudiera en algún caso concreto ser más ó menos discutible la responsabilidad de dicho establecimiento, cuando resultara que al pago indebido había precedido el *más exquisito Código* de la firma y rúbrica que le autorizaba con la indubitada del interesado, obrante en el correspondiente registro, si aparecía tan perfecta en todos sus extremos la falsificación que no era posible *racionalmente* comprobar ésta sin examen pericial *especialmente inteligente*, como no es ésto lo que aparece en el caso del presente recurso, ni por los términos de la sentencia recurrida, ni por el resultado de la prueba pericial, que señala *diferencias notorias*, entre la rúbrica legítima y la falsificada, *es manifiesta la responsabilidad del Banco al hacer el pago indebido de que se trata*, sin que al declararlo así la Sala sentenciadora, haya cometido las infracciones que se le atribuyen en los motivos del recurso: 1.º, porque según los términos del contrato de cuenta corriente, al Banco incumbía la obligación de cerciorarse de la legitimidad del talón presentado, no sólo por el medio de cotejo de firmas, sino por cualquiera otro que estimase procedente en casos de duda, constituyendo esto la garantía del cuentacorrentista; 2.º, porque no se ha justificado que este último cometiera acto alguno de omisión ó negligencia que haya facilitado el fraude; 3.º, porque, según lo expuesto, no basta que el Banco se confiara en la persona que hizo la presentación del talón falso, no teniendo, como no tenía, la representación del cuentacorrentista; 4.º, porque la interpretación que el recurrente da al art. 6º de los Estatutos es contradictoria de la obligación esencial que le incumbe de no hacer pago sino al verdadero acreedor, representado por la legitimidad del talón, y 5.º, porque careciendo de esta circunstancia el talón pagado en los términos que quedan expuestos, no se puede atribuirle al carácter de suceso imprevisto ó inevitable, ni afirmarse con razón que el contrato deje de cumplirse de buena fe al exigir la responsabilidad al Banco (*Sentencia de 4 de Diciembre de 1906*).

II. *Derecho hispano.—A quién se debe hacer el pago.*

*Argentina.—a) El pago debe hacerse:* 1.º, á la persona á cuyo favor estuviese constituida la obligación, si no hubiese cedido el crédito, ó si su legítimo representante, cuando lo hubiese constituido para recibir el pago ó cuando el acreedor tuviese la administración de sus bienes; 2.º, á cualquiera de los acreedores, si la obligación fuese indivisible ó solidaria, si el deudor no estuviese demandado por alguno de ellos; 3.º, á cada uno de los coacreedores, según la cuota que les corresponda, si la obligación fuese divisible y no solidaria; 4.º, si el acreedor ó coacreedor hubiese fallecido, á sus legítimos sucesores por título universal, ó á los herederos, según la cuota que á cada uno perteneciere, no siendo la obligación indivisible; 5.º, á los cesionarios ó subrogados, legal ó convencionalmente; 6.º, al que presentase el título del crédito, si éste fuese de pagarés al portador, salvo el caso de hurto ó de graves sospechas de no pertenecer el título al portador, y 7.º, al tercero indicado para poder hacerse el pago, aunque lo resista el acreedor, y aunque á éste se le hubiese pagado una parte de la deuda (*art. 765 del Código de la Argentina*).

*b) Validez del pago:* 1.º, el pago hecho al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda; 2.º, el hecho á un tercero que no tuviese poder para recibirlo, *es válido en cuanto se hubiese convertido en utilidad del acreedor y en el todo si el acreedor lo ratifi-*

## El heredero del acreedor originario, hasta el límite de su cuo

*case*; 3.º, cuando por el pago deba transferirse la propiedad de la cosa es preciso para su validez, que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad de enajenarla. Si el pago fuese de una suma de dinero ó de otra cosa que se consume por el uso, no puede ser repetido contra el acreedor que la haya consumido de buena fe (*artículos 766, 767 y 772 idem*).

c) *Invalidación del pago*: 1.º, el pago no puede hacerse á persona impedida de administrar sus bienes, y sólo será válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad; 2.º, si el acreedor capaz de contraer la obligación se hubiese hecho incapaz de recibir el pago, el deudor que sabiendo la incapacidad sobreviniente se lo hubiese hecho no extingue la obligación; 3.º, si la deuda estuviese pignorada ó embargada judicialmente, el pago hecho al acreedor no será válido. En este caso la nulidad del pago aprovechará solamente á los acreedores ejecutantes ó demandantes, ó á los que hubiesen constituido la prenda, á quienes el deudor estará obligado á pagar de nuevo, salvo su derecho á repetir contra el acreedor á quien pagó, y 4.º, el pago hecho por el deudor insolvente en fraude de otros acreedores es de ningún valor (*art. 768 á 771 del Código precipitado*).

d) *Principio general*.—Lo dispuesto sobre las personas que no pueden hacer pagos es aplicable á las que no pueden recibirlos (*art. 773 del Código civil de la Argentina*.)

*Bolivia*.—a) *A quien se debe pagar*.—El pago debe hacerse al acreedor ó á su apoderado, ó al que esté autorizado por el Juez ó por la ley (*art. 830 del Código civil de Bolivia*).

b) *Validez del pago*.—El pago hecho al que no tiene poder del acreedor será válido si éste lo ratifica ó se aprovecha de él, asimismo, el pago hecho de buena fe á quien está en posesión del crédito es válido aunque después la posesión sea vencida en juicio (*art. 830, párrafo 2.º y 381 idem*).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Bolivia, tiene establecido que estar en posesión de un crédito, no es tener el título en que consta, á menos de que se trate de un título al portador, sino pasar por ser el verdadero acreedor, y tener las apariencias de la calidad de tal, no siéndolo, siñ embargo, en realidad (*Gaceta judicial, número 770*).

c) *Nulidad del pago*.—Es nulo el pago hecho al acreedor incapaz de recibirlo, á menos que el deudor pruebe que la cosa pagada se ha convertido en utilidad del acreedor. El pago hecho por el deudor al acreedor en perjuicio de un tercero ó habiendo oposición, es nulo con respecto á los opositores y al deudor, y pueden éstos obligarte, según su derecho á pagar de nuevo, salvo en este caso único, su recurso contra el acreedor (*arts. 832 y 833 del Código citado*).

*Chile, Colombia y Ecuador*.—a) *A quién debe hacerse el pago*.—Para que el pago sea válido debe hacerse ó al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun á título singular) ó á la persona que la ley ó el Juez autorice á recibir por él, ó á la persona diputada por el acreedor para el cobro. El pago hecho de buena fe á la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía (*artículos 1576 del Código de Chile, 1634 de Colombia y 1566 del Ecuador*)

b) *Ratificación ó convalidación del pago*.—El pago hecho á una persona diversa de las anteriormente expresadas es válido, si el acreedor lo ratifica de un modo expreso ó tácito, pudiendo legítimamente hacerlo, ó si el que ha recibido el pago sucede en crédito como heredero del acreedor ó bajo otro título cualquiera. Cuando el pago hecho á persona incompetente es ratificado por el acreedor, se mirará como válido desde el principio (*arts. 1527, 1635 y 1567 de los respectivos Códigos citados*).

c) *Naturaleza del pago*.—Es nulo el pago hecho al acreedor: 1.º, cuando éste no

ta; el cesionario ó el adjudicatario reconocido en el título nomina-

tiene la administración de sus bienes; salvo en cuanto se probase que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, una vez que este provecho se justifique; 2.º, si por el Juez se ha embargado la deuda ó mandado retener su pago; 3.º, si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores á cuyo favor se ha abierto concurso (*arts. 1578, 1636 y 1568 respectivamente de los Códigos expresados*).

Dentro del título XIV relativo á los modos de extinguirse las obligaciones, y en el párrafo 3.º, bajo el epígrafe de á quién debe hacerse el pago enumeran estos Códigos con prolijidad las personas que pueden recibir legítimamente (tutores, curadores, albaceas, los maridos, los padres de familia, los recaudadores fiscales, etc.), la manera de confiarse la diputación (mandato), la capacidad para poder ser diputado para el cobro, la extensión y límites del poder, y los casos de incapacidad é inhabilidad de la persona diputada, disposiciones todas de capacidad general civil, que creemos estar relevados de consignar (*arts. 1579 á 1586 del Código de Chile; 1637 á 1644 de Colombia, y 1569 á 1576 del Ecuador*).

*Guatemala.*—a) *Requisitos del pago válido.*—No extingue la obligación: 1.º, el pago que no se haga al acreedor ó á su apoderado, ó al que designe el Juez ó la ley, á no ser que hecho el pago á persona *no autorizada*, el acreedor lo ratifique ó se aproveche de él; 2.º, el pago hecho á los menores, locos, fatuos, sin autorización de sus tutores ó guardadores. Esto, no obstante, si se prueba que lo pagado se invirtió en alimentar ó medicinar á los menores, locos ó fatuos, aunque sea su ausencia de los guardadores, concluye la obligación en la parte invertida en esos objetos; 3.º, tampoco extingue su obligación el deudor que paga á su acreedor después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique (*arts. 2305, 2307 y 2308 del Código civil de Guatemala, modificado el segundo de los artículos citados por el 332 del Decreto de Reformas*).

b) *Pago válido: Excepción al principio general.*—Extingue la obligación el pago hecho á persona que está en posesión de cobrar, aunque después se le quite la posesión (*art. 2306 idem*).

*Honduras.*—Copia literal del Código civil español, reproduce los preceptos de éste en cuanto se refiere á las personas á quienes se debe hacer el pago (*art. 1269*); pago verificado á un incapaz (*art. 1270*); el hecho de buena fe al que estuviese en posesión del crédito (*art. 1271*), y nulidad del pago en los casos de retención judicial (*artículo 1272*).

Análogas disposiciones contiene el de *Costa Rica en sus arts. 766 y 767*.

*Méjico*—*Personas á quienes debe ser hecho el pago.*

a) *Principio general.*—El pago debe hacerse al mismo acreedor ó á su legítimo representante (*art. 1537 del Código civil de Méjico*).

b) *Nulidad del pago.*—1.º, el pago hecho á un tercero no extingue la obligación; 2.º, el realizado al acreedor por el deudor después que se le haya ordenado judicialmente la retención de la deuda; 3.º, el que se hiciera en fraude y con perjuicio de los acreedores, en los casos dispuestos en el Código (*arts. 1540, 1542 y 1543 idem*).

c) *Convalidación del pago.*—El pago hecho sin los requisitos legales á una persona impedida de administrar sus bienes, sólo es válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad, así como también el pago á un tercero extinguirá la obligación, si así se hubiere estipulado ó consentido por el acreedor y en los casos en que la ley lo determine expresamente (*arts. 1539 y 1541 del Código civil de Méjico*).

*Perú.*—Sigue en la exposición de estos principios legales al Código de Guatemala. Como en éste el del Perú determina que el pago que no se haga al acreedor ó á su apoderado, ó al designado legal ó judicialmente no extingue la obligación, á menos que el acreedor lo ratifique ó se aproveche de él (*art. 2220*). Establece las mismas prohibiciones legales y excepciones, en los casos de que el pago se hiciese á menores, locos, fatuos ó pródigos declarados, sin conocimiento de sus guardadores (*art. 2222*).

tivo; el endosado en el título á la orden; y el poseedor en cual-

reconoce extinguida la obligación cuando ésta se cumpla á favor de persona que se halle en posesión del crédito, aunque después la pérdida ó se declare que no pagó debidamente (*art. 2221*), y últimamente al unísono con el de Guatemala consigna el principio general de la invalidación del pago el que paga á su acreedor después de estar notificada judicialmente para que no lo verifique (*art. 2223 del Código civil del Perú*).

*Salvador (El).*—Bajo el mismo plan y con la misma letra que los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador, á los que nos referimos, y en el cap. 3.º, tit. XIV de su libro IV, expresa las circunstancias que han de concurrir en las personas á quienes debe hacerse el pago, validez del mismo en cuanto se refiere al concepto legal de acreedor ó su representante (*art. 1464*), validez del pago indebido en virtud de la ratificación expresa ó tácita del acreedor (*art. 1465*), diversos casos de nulidad del pago (*art. 1466*), y enumeración legal de las personas que legítimamente pueden recibir, requisitos esenciales del poder para el ejercicio de la *diputación* (mandato), capacidad para ser *diputado* (mandatario), límites del poder y facultades de la persona designada por ambos contratantes para recibir, y últimamente como en los Códigos hermanos ya referidos, terminante expresa que la persona diputada para recibir se hace inhábil por la demencia ó la interdicción, y, en general, por todas las causas que hacen expirar el mandato (*arts. 1467 al 1474 del Código civil de la República de El Salvador*).

*Uruguay.*—a) *A quién puede hacerse la paga.*—Puede hacerse la paga, no sólo al acreedor, bajo cuyo nombre—sigue diciendo este Código—se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun á título singular, sino también á la persona que lo represente en virtud de un mandato emanado del acreedor mismo ó de autorización de la justicia ó de la ley (*art. 1427 del Código civil del Uruguay*).

b) *Validez del pago.*—La paga hecha de buena fe al que estaba en posesión del crédito es válida, aunque el poseedor sufra después evicción, como por ejemplo, si el heredero tenido por sucesor legítimo y sin contradicción fuese después vencido en juicio. Se considera en posesión al que presenta el título de crédito, si éste es de un pagaré al portador; salvo el caso de hurto ó graves sospechas de no pertenecer al portador (*art. 1429 idem*).

c) *Invalidación del pago.*—La paga hecha por el deudor, á pesar de un embargo ó retención judicial, no es válida respecto de los acreedores ejecutantes ó demandantes. Pueden éstos, según la naturaleza de sus derechos, obligarle á pagar de nuevo, salvo en este caso, su recurso contra el acreedor á quien habrá pagado (*art. 1431 idem*).

d) *Convalidación del pago mal hecho.*—La paga hecha á persona incompetente es válida, si el acreedor la ratifica ó se aprovecha de ella. El pago hecho á una persona incapaz de administrar sus bienes no es válida, sino en cuanto se pruebe que la suma pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo á lo dispuesto en el capítulo de este Código, respecto á la anulación (*arts. 1427, párrafo 2.º, y 1431 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

*Venezuela.*—a) *Principio general.*—El pago debe hacerse al acreedor, ó á una persona autorizada para recibirlo, por el acreedor, por la autoridad judicial ó por la ley (*arts. 1211 del Código de Venezuela*).

b) *Validez del pago.*—El pago hecho de buena fe, al que estuviese en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor haya sufrido después evicción (*art. 1212 idem*).

c) *Confirmación y ratificación del pago.*—El pago hecho al que no estaba autorizado para recibirlo por el acreedor, es válido, cuando éste lo ratifica ó se ha aprovechado de él. El pago hecho al acreedor no es válido, si éste era incapaz de recibirlo, á menos que el deudor pruebe que la cosa pagada se ha convertido en utilidad del acreedor (*arts. 1211, párrafo 2.º, y 1213 de idem*).



quiera especie de cédulas al portador: éstas serán sin duda las personas á quien puede hacerse bien el pago (1).

70. Justa es la regla. No está, sin embargo, exenta de excepción, pues la misma ley nos advierte que el acreedor debe ser capaz de recibirlo (2). La razón es que la aceptación del pago produce la enajenación del crédito y no puede, pues, hacerse válidamente por quien no tenga la potestad de enajenar; entiéndase además, que muchas enajenaciones caen entre los actos de administración, como en seguida veremos (3). La citada disposición es de gran importancia práctica cuando el pago consiste en dar, porque si el deudor quiere ser liberado pronto debe informarse bien acerca de la condición jurídica de su acreedor; y cuando éste no sea capaz, pagar en manos del tutor, del padre, de quien le represente; ó cuando menos procurarse las autorizaciones necesarias. Como quien estipula debe estar seguro sobre la capacidad de aquel con quien contrata, así quien paga debe asegurarse bien de la capacidad y de la facultad del acreedor ó de la persona que se presente en su nombre; no siendo el pago más que una especie de contrato liberatorio (4), el deudor debe cumplir las condiciones exigidas en interés del acreedor (5). En la duda no debe hacer la entrega, sino después de una oferta regular, para no caer en el riesgo de pagar dos veces.

71. Pero, ¿cuáles son las personas incapaces de recibir un pago? Generalmente se dice, demasiado ligeramente, que el cobro es acto de administración, y por tanto son incapaces de cobrar válidamente las personas que no tienen la administración de sus propios bienes. La proposición, según nosotros, es inexacta, porque hay acciones que constituyen actos de administración para quien las recibe, como por ejemplo, el cobro de los intereses en las deudas, en los vencimientos; hay otras muchas que son

---

d) *Nulidad del pago*.—El pago hecho por el deudor á su acreedor, no obstante embargo de la deuda ó acto de oposición en las formas establecidas por la ley, no es válido respecto de los acreedores en cuyo favor se ordenó el embargo ó de los oponentes; esto en lo que les toca, pueden obligarlo á pagar de nuevo, salvo en este caso únicamente su recurso contra el acreedor (*art. 1214 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) Laurent, XVII, 513.

(2) Arts. 1243, Cód. civ. it.; 1241, Cód. Nap.

(3) § 2, Inst., *Quibus alienare licet vel non* (II, 8): «Nunc admonendi sumus neque pupillum, neque pupillam rem ullam sine tutoris auctoritate alienare posse; ... ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas, alioquin non liberabitur».

(4) Art. 1908, Cód. civ. it.

(5) Arts. 1097, Cód. civ. it.; Larombière, 1241, 1; Laurent, XVII, 520; Cas. Turín, 14 de Marzo de 1872 (*Ann.*, VI, 1, 1, 208); quien paga al heredero, debe informarse de las disposiciones contenidas en el testamento.

verdaderos actos de enajenación del crédito. Tal el cobro de un capital, máxime si no tuviera vencimiento cierto, sino pendiente de la resolución del acreedor. El pago, pues, no podría hacerse válidamente no sólo al acreedor que no tuviere la administración de los bienes, sino tampoco al que, teniéndola, estuviere falto de condiciones para realizar actos que excedieran de dicha facultad. En esta situación se encuentran:

la mujer casada, que no puede cobrar capitales sin la autorización del marido (1);

el menor emancipado, inhábil para retirar los capitales sin estar autorizado por el curador (2);

el inhabilitado, puesto por la ley en la misma condición de no poder realizar actos fuera de la administración, sin la asistencia del curador (3).

Cuando se trate de pagos que han de enumerarse entre los actos de administración, categoría en que se comprende también la restitución del depósito (4), el pago no podrá ser recibido por aquellas personas que no tienen libre la administración de sus propios bienes. Es decir, los menores (5), los sujetos á interdicción (6), los quebrados (7), la mujer casada en cuanto se refiere á la dote, salvo conveniencias contrarias (8), y los bienes en común (9). Cuanto al Estado, personificado en las administraciones públicas, y generalmente en los Cuerpos morales reconocidos, hay que tener en cuenta las leyes y disposiciones especiales sobre la contabilidad del Estado y sobre la constitución de dichos entes, para ver cuál es el funcionario público encargado de recibir el pago. No nos es posible entrar en particularidades que deben constituir el objeto de otros estudios especiales.

## ARTICULO II

### *Del pago hecho al representante del acreedor.*

#### I

72. Dicho que el pago debe hacerse al acreedor, el citado artículo añade: ó á persona autorizada para recibirlo por el acree-

(1) Arts. 134, Cód. civ. it.; 217, Cód. Nap.

(2) Arts. 318, Cód. civ. it.; 482, Cód. Nap.

(3) Arts. 339, Cód. civ. it.; 499, Cód. Nap.

(4) Arts. 1856, Cód. civ. it., 1910, Cód. Nap.

(5) Arts. 224, 240 y sigs., Cód. civ. it.; 339, 388, Cód. Nap.

(6) Arts. 210, 324, Cód. civ. it.; 388, 489, Cód. Nap.

(7) Art. 699, Cód. de Com.

(8) Arts. 1399, Cód. civ. it.; 1550, Cód. Nap.

(9) Art. 1438, Cód. civ. it.

dor mismo, por la autoridad judicial ó por la ley (7). He ahí tres clases de representantes: convencionales; judiciales, legales.

73. a) *Representantes convencionales*. — Son el mandatario especial (*ad hoc, ad exigendum*) y el mandatario general (*ad negotia*). En manos del uno y del otro está bien hecho el pago, porque *vero procuratori recte solvitur* (1); pero del segundo podría en verdad dudar si tiene la facultad de recibir los pagos de los capitales, porque no son actos de administración. En verdad, aunque antiguamente se distinguiera el mandato general simple del mandato general *cum libera*, y en este último estuviera comprendida la facultad de enajenar, semejante doctrina, después de la guerra que le hicieron Vinnio y Donello (2), no fué seguida en el derecho moderno porque los Códigos francés é italiano establecieron sin limitación que el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para lo demás, precisábase un mandato expreso, ó mejor dicho, especial (3). No obstante, es sentir universal de los escritores modernos que el mandatario general tiene facultad de recibir indistintamente todos los pagos debidos al mandante, y dar el oportuno recibo á los deudores (4).

Nosotros dudamos de la exactitud de esta máxima. Que el mandatario general pueda válidamente finiquitar también los pagos de los capitales que llegan al vencimiento, lo consentimos, porque se trata en sustancia de actos necesarios y se puede decir que conservativos. Pero nos parece exageración llevar las cosas hasta el punto de que el mandatario general pueda retirar capitales útilmente empleados y exigirlos válidamente. Para nosotros, quien deba pagarlos hará muy bien enterando de ello al mandante; y le excusaremos de la omisión en el solo caso de que tal cautela sea imposible ó excesivamente dificultosa.

Por lo demás, el pago sería válido aun cuando el mandatario no tuviere capacidad para recibir, siempre que estuviere privado

(1) Arts. 1241, Cód. civ. it.; 1285, Cód. Nap.; Borsari, *ob. cit., lug. cit.*, § 3:88 y siguientes; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV<sup>a</sup> ed., vol. IV, 115).

(2) *L. 12 pr. D. de solut.* (XLVI, 3: «Verum accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est». *L. 34, § 3 eod.*: «... nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.» *L. 180, D. de r. i.* (*L.*, 17; *L. 4, C. de solutionibus* (XI, 39).

(3) Vinnii, *Selectae, etc.*, lib. I, quaest. 9; Donello, *Comm.*, lib. IV, cap. 18; Troplong, *Mandat*, 176; Domenget, *ivi*, 170.

(4) Arts. 1741, Cód. civ. it.; 1988, Cód. Nap.

(5) Demolombe, IV, 143; Domenget, *ob. cit.*, 171; Troplong, *ob. cit.*, 287; Pothier, 513; Toullier, IV, 20; Duranton, XII, 47; Aubry y Rau, § 317, nota 4; Massé et Vergé sur Zachariae, § 559, nota 1; Laurent, XVII, 523.

de ella el mandante. Y es razonable, porque el mandante debe atribuir á sí mismo las consecuencias de una elección poco feliz (1), cualesquiera que sean sus derechos para con el mandatario.

74. Verdadero mandatario para exigir es el *adiectus solutionis causa*. En verdad, una sola diferencia distingue al mandato conferido por el acreedor por documento separado del título de la obligación, del mandato conferido al *adiectus* en el contrato. El nombramiento del *adiectus*, hecho como está en el título constitutivo de la deuda, se reputa de interés común para las dos partes contratantes; por tanto, el deudor paga bien al *adiectus*, no obstante la revocación ó la muerte del acreedor (2). Sobre la utilidad práctica del *adiectus* discuten los doctos. Grandísima en un tiempo, especialmente en los negocios comerciales, donde abrió el camino á los títulos al portador, apenas es hoy usada en los actuales contratos (3).

Discuten aún si á pesar del derecho del deudor á pagar en manos de la persona indicada en el contrato, podría el acreedor pretender el pago directamente en sus manos alegando, por ejemplo, cualquier cambio en su condición personal que ponga en peligro el crédito. Pero es opinión más extendida que en semejantes casos, el deudor, si no tiene ningún interés particular que oponer al acreedor ó no puede destruir sus sospechas, debe abstenerse de pagar en manos de la persona indicada en el contrato (4).

Hay entre los modernos quien piensa que muerta la persona indicada para el pago, ó convertida en incapaz, el deudor puede

(1) *L. 11, D. de solutionibus, etc.* (XLVI, 3): «Si stipulatus fuero mihi, aut pupillo dare; promissor sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberabitur a me». Larombière, 1239, 4 y 24; Demolombe, IV, 136; Molitor, *ob. cit.*, 968; Laurent, XVII, 522; *L. 23, D. de minoribus* (IV, 4); véase arts. 1743, Cód. civ. it.; 1990, Cód. Nap.

(2) *L. 12, § 3, y L. 57, § 1, D. de solutionibus*. (XLVI, 3); *L. 141, D. de v. o.* (XLV, 1); Pothier, 480 y sigs.; Molitor, *ob. cit.*, 970; Larombière, 1239, 9; Demolombe, IV, 159, 160; Toullier, IV, 24; Duranton, XII, 53; Aubry et Rau, § 317, nota 10; Laurent, XVII, 52; Cas. Nápoles, 31 de Agosto de 1877 (*Gazz. Proc.*, XIII, 279).

(3) Sobre la antigua importancia del *adiectus*, son notabilísimos los tratados de Stracca y de Rudelinus, *de adiecto*: además de Genua, *de Scriptura privata*. Sobre las discusiones sostenidas por los eruditos acerca de la moderna importancia de esta institución, véanse los autores citados por Arndts-Serafini, vol. II (3.<sup>a</sup> edición), § 261, nota 2; Windscheid, *Pand.*, § 342, 5.º; Dernburg, *Pand.*, II, § 55. Por el contrario, la jurisprudencia y muchos escritores modernos se inclina á tener como cuestión de hecho el resolver si alguno tiene ó no tiene la calidad de *adiectus solutionis causa*. Y el Código civil alemán ha dejado en absoluto de hablar de ello considerándolo una interpretación de contrato.

(4) *L. 38 pr., L. 95, § 6, D. de solut.* (XLVI, 3); *L. 56, § 2, D. de v. o.* (XLV, 1); Arndts-Serafini, *lug. cit.*; Pothier, *Obl.*, 525; Larombière, *lug. cit.*; Demolombe, IV, 161.

liberarse pagando en manos del heredero ó del tutor de la misma, si se hizo la indicación en interés del deudor ó de un tercero (1). Los antiguos pensaban todo lo contrario (2). Luego esta variedad de opiniones demuestra que no se puede marchar con regla cierta y constante, porque las decisiones dependen de las circunstancias especiales de los hechos, que ponen en claro el objeto de las partes y sobre los cuales es imposible discurrir de otro modo en teoría. Por eso nunca será excesiva la prudencia del deudor.

Es casi inútil decir que la indicación de la persona para recibir el pago puede hacerse de manera que deje al deudor la elección de dar cosa distinta y efectuar el pago en tiempos ó lugares diversos (3). Puede, por el contrario, ser alternativa en favor del acreedor: *mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?* (4). En ambos casos, la voluntad de los contratantes deberá ser respetada.

Pero ¿qué diremos si siendo, por el contrario, atribuida la opción al deudor, éste ha pagado un primer vencimiento á Antonio? ¿Podrá pagar el segundo á Pablo? Los romanos respondían que sí, y no se encuentra entre los modernos quien sostenga la negativa (5).

75. Todo esto se ha dicho del mandato expreso. Pero el mandato de exigir puede ser también tácito. No se duda de esto por los escritores franceses, á pesar del silencio de su Código (6); y con mayor razón no podemos dudarlos nosotros, porque el artículo 1758 del Código italiano reconoce sin limitaciones la validez del mandato tácito. Ni valdría objetar con el art. 1741, el cual, si exige el mandato especial para los actos ajenos á la administración, entre los cuales pueden incluirse los pagos de los capitales, no pide que el mandato especial sea explícito. La palabra *expreso* está allí para significar que en el mandato general la facultad de enajenar debería ser explícita para que estuviese comprendida. Cualquiera otro sentido que se atribuyese á la disposición, chocaría contra los principios universalmente observados y seguidos en todos los tiempos.

(1) Demolombe, IV, 162; Toullier, IV, 26.

(2) Voet, XLVI, 3, 2.

(3) *L. 34, § 2; L. 98; § 4, D. de solut.* (XLVI, 3); Pothier, *Obl.*, 517 y sigs.; Demolombe, IV, 163.

(4) *L. 118, § 2, D. de v. o.* (XLV, 1).

(5) *L. 71, princ. D. de solutionibus, etc.* (XLVI, 3); *reliquum promissor recte Titio dabit*: Demolombe, IV, 164.

(6) Pothier, *Obl.*, 613; Toullier, IV, 20; Duranton, XII, 49 y sigs.; Massé et Vergé sur Zachariae, § 359, nota 1; Larombière, 1239, 4, 5; Troplong, *Mandat*, 287; Demolombe, 4, 144; Laurent, XVII, 528.

Pero en la determinación del concepto legal del mandato tácito de exigir, han nacido graves discusiones entre los escritores, algunas de las cuales han sido ahora apaciguadas por normas jurídicas aprobadas, otras permanecen todavía inciertas y abandonadas á las dudas de los juzgadores. Ante todo, no puede darse indicio más cierto y más claro del mandato de exigir; que la posesión del recibo ó del título finiquitado. *Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esse* (1); pero también se paga bien á los dependientes de tiendas, encargados, asociados que se presentan provistos del recibo del vendedor, uel editor (2). En segundo lugar, el mandato de cobrar puede resultar de la costumbre; de modo que los escribientes de los Notarios, de los ujieres, los encargados de los negociantes que suelen habitualmente recibir las sumas entregadas ó depositadas en la oficina de su principal, liberan al deudor que paga en sus manos (3).

70. Se ha preguntado si el encargo conferido al ujier ó al procurador legal de hacer una citación ú otro acto judicial, acompañado de la entrega del título de crédito, contiene mandato tácito de cobrar. La doctrina antigua negaba al *procurator ad litem* ó *ad lites* el derecho de cobrar el crédito litigioso, razón por la cual, el pago hecho en manos del procurador legal ó del ujier encargado de la citación no liberaba al deudor hasta que no era ratificado y entregado en manos del acreedor (4). La misma regla prevalece con razón entre los modernos, no existiendo, á decir verdad, ningún nexo lógico entre la facultad de citar ó defender y la de cobrar (5).

Muy otra debe ser, á nuestro modo de pensar, la opinión que ha de seguirse respecto del ujier encargado de proceder á la ejecución y provisto del título ejecutivo. También sobre esto se sostuvieron discusiones y no faltaron partidarios de la negativa (6);

(1) *L. 180, D. de reg. iur.* (L, 17); Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV<sup>a</sup>, ed.), vol. IV, número 115, y nota *d* á pág. 599 de Venzi. El § 370 del Cód. civ. alemán lo declara explícitamente.

(2) Larombière, 1239, 8; Liége, 4 de Junio de 1814 (*Pas. Belge*, 1814, pág. 90); Venecia, 13 de Septiembre de 1906 (*Teml*, 1906, 765), y 18 de Abril de 1907 (*ivi*, 517).

(3) Aubry et Rau, § 317, nota 8; decisiones antes citadas.

(4) *L. 13, D. de pactis* (II, 14); *L. 86, D. de solut.* (XLVI, 3); Voet, XLVI, 3, 3; Trib. Cosenza, 8 de Marzo de 1876 (*Giur. calabrese*, 1876, 44).

(5) Molitor, *ob. cit.*, 964; Larombière, 1239, 12; Demolombe, IV, 145; Duranton, XII, 50; Laurent, XVII, 529, 530; Massé et Vergé sur Zachariae, § 559, nota 1; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 115; Cas. Turin, 22 de Marzo de 1882 (*Giur. tor.*, 1882, 333); y 29 de Diciembre de 1877 (*ivi*, 1878, 216); Cas. Nápoles, 6 de Mayo de 1877 (*Annali*, VII, I, 1, 338).

(6) Voet, *lug. cil.*: «Quia verum est, mandato executionis faciendae inclusum non esse solutionis accipiendae mandatum». Palermo, 5 de Noviembre de 1877 (*Annali*, 1878, 3, 149).

pero en la práctica moderna prevalece, salvo pocas excepciones, la máxima de que el pago hecho en manos del ujier ejecutor, libera al deudor (1). Queda por saber cuánto dura este mandato de exigir, punto sobre el cual siempre existen no pocas controversias (2). Creemos poder resolverlas limitando la duración del mandato al acto de la ejecución, porque es entonces solamente cuando el deudor, si quiere liberarse de la ejecución, se halla en la necesidad de pagar al ujier; de modo que debe presumirse que el acreedor, no ignorando tal estado de cosas, ha permitido al ujier recibir el pago. En efecto, el art. 580 del Código de procedimiento civil, declara suspendida la ejecución si el deudor deposita en manos del oficial que hace el embargo la suma entera por la que éste procede y el importe de los gastos. Y con esto provee al interés del deudor, que aun no aceptando que debe, quiere detener la ejecución. Pero si el deudor no quiere oponer excepciones y prefiere pagar, ¿cómo no convencerse de que el ujier embargante, que tiene investidura para recibir el depósito, debe también tener aptitud para recibir el pago y liberar al deudor sin necesidad de indagar si el ujier entregará fielmente la suma en manos del acreedor? (3). De acuerdo con este principio, el art. 54 del Real decreto de 10 de Julio de 1902, núm. 296, que aprueba el reglamento para la ley sobre el cobro de los impuestos directos, autoriza al ordenanza que procede á la ejecución para cobrar y dar recibos.

Pero es también corolario de estas premisas el que no tenga el ujier investidura para exigir antes ni después de la ejecución, ó para decirlo más claro, del embargo. No cuando notifica al deudor el requerimiento ó el título ejecutivo, porque haciendo esto le asigna un tiempo para pagar, del cual puede servirse el deudor yendo á entregar la suma en manos del acreedor ó teniéndola preparada si éste se presenta; ni por el contrario, nos parecería suficiente que en el requerimiento se usase la consabida fórmula *de pagar al instante ó á mi, ujier*, porque tal afirmación no equivale al mandato del acreedor. Tampoco después del em-

---

(1) Pothier, 518; Duranton, XII, 50; Troplong, *Mandat*, 819; Larombière, 1239, 13; Molitor, *ob. cit.*, 964; Demolombe, IV, 145; Aubry et Rau, § 317, nota 6; Massé et Vergé sur Zachariae, § 550, nota 1; Laurent, XVII, 529.

(2) Véase Larombière y Laurent. *lug. cit.*, que reputan válido el pago hecho al ujier aun *ex intervallo*. Pero están en su contra Bruxelles, 25 février 1817, pág. 339, y la mayoría de los escritores.

(3) Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 115, y nota Venzi e hasta la página 599; Cas. Roma, 1.º de Febrero de 1883 (*Legge*, 1883, 1, 724, y *Foro*, 1883, 1, 391 con nota); Roma, 14 de Mayo de 1903 (*Esatt. Com.*, 1903, 179).

bargo, porque con este acto el mandato del ujier que actúa acaba y entra el del oficial encargado de la venta (1).

77. El mandato para hacer el protesto en la letra y en los títulos análogos, confiere indudablemente al ujier ó al Notario la facultad de recibir el pago, y el deudor se libera pagando en manos de éstos, siempre que sea cauto en retirar el título con el recibo del legítimo poseedor (2).

Y lo mismo conviene decir, por analogía, del pago en manos de quien se presentase para exigir en casa del deudor con títulos diferentes de la letra, mas para los que fuese necesario pedir el pago en el domicilio. El deudor pagará bien siempre que se haga entregar el recibo del acreedor.

78. Pero en la simple posesión del título sin el recibo, no es siempre posible reconocer el mandato de exigir. A este propósito hay que trazar una gran línea de separación entre los títulos al portador y los nominativos. Para los primeros, como la simple posesión del título basta para conferir la cualidad de acreedor, el pago hecho al portador está bien hecho, excepto en caso de oposición cuando ésta se halle autorizada (3). En los segundos, sean á la orden, sean nominativos en sentido estricto, la posesión del título no basta para conferir el mandato de exigir (4); sino que se exige el endoso en favor del poseedor en los que son á la orden, ó la mención del que los presenta como *adiectus solutionis causa* (5) en el título nominativo en sentido estricto, ó por lo menos el concurso de circunstancias especiales del hecho, las cuales dejen comprender que el acreedor, al entregar el título á Ticio, ha querido conferirle el mandato de exigir. Sobre la naturaleza de estas circunstancias, nada puede decirse con precisión en teoría, sino hay que acogerse á la prudencia del Juez, quien podrá deducirlas ora de la notoriedad, ora de la estrechísima familiaridad entre el acreedor y el que lo presenta (6). Pero la regla general, repetimos, es contraria; no se puede pagar á Ticio cuando el título menciona á Cayo; de manera que, la circunstancia del deudor, nunca será excesiva.

Análogamente, si la familiaridad, la afinidad, el parentesco,

(1) Art. 623, Cód. proc. civ.

(2) Arts. 295, 303 y sig., Cód. Com.; Duranton, XI, 50 y XVIII, 222; Aubry y Rau, § 317, nota 6.

(3) Véase el vol. VI, núms. 263 y sigs., y Sabelli, *Summa, Solutio*, núms. 31 y sigs.

(4) Aubry et Rau, § 317, nota 13; Toullier, IV, 20; Larombière, 1239, 14; Demolombe, IV, 146, 147; Massé et Vergé sur Zachariae, § 559, nota 1; Laurent, XVII, 530.

(5) Véase el núm. 74.

(6) Sabelli, *Summa iur. cit.*, núm. 33: «Solvens famulo misso a creditore cum chirografo ad recipiendam solutionem liberatur». Cas. Nápoles, 27 de Julio de 1905 (*Diritto e giur.*, (XXI, 206).



unidos con la posesión del título pueden á veces constituir el mandato de exigir, no bastan ciertamente por sí solas. Paga mal quien paga al marido el crédito de la mujer; al hijo el del padre, ó viceversa; al hermano el del hermano; al amo, el del criado; á éste el del amo y, si no se sigue ratificación ó entrega útil, quien paga así puede verse obligado á pagar dos veces (1).

79. El mandato de vender ó alquilar, aun siendo entregado al Notario que otorga el documento no confiere ordinariamente ningún mandato de exigir el precio ó el alquiler (2), *nisi aliud circumstantiae suadeant*, es decir, si el mandato de vender no va acompañado de la consignación de la cosa, porque el precio se paga á quien nos da la cosa (3). En las ventas de inmuebles. los escritores suelen distinguir entre precio pagable en el acto del contrato, y precio pagable *ex intervallo*; y estiman que el pago en el primer caso puede hacerse bien en manos de quien representa al vendedor en el acto de la estipulación, no así el precio que según el contrato ó los usos locales vence sucesivamente, debiendo entonces ser pagado al acreedor mismo (4). Otros opinan, por otra parte (5), que nunca el mandato de vender inmuebles, si no va acompañado de manifestaciones más explícitas, equivale el mandato de cobrar, y nosotros somos de la misma opinión.

80. Están de acuerdo todos en que la indicación de un lugar para el pago, no es suficiente para conferir el mandato de exigir á la persona que allí esté domiciliada, aun cuando el lugar elegido sea el despacho del Notario que intervino en el contrato. Para tal fin serían indispensables palabras explícitas ó circunstancias tan graves, que no permitiesen excluir sin evidente contradicción el mandato de cobrar (6).

81. Podría preguntarse si es válido el pago hecho al sustituto del mandatario; pero la respuesta es fácil. Será válido sola-

(1) Véase Sabelli, *lug. cit.*, 34; Maurus, *de solution*, cap. VI, núm. 42; Pothier, *Obl.*, 515; Demolombe, IV, 137.

(2) Voet, XLVI, 3, 3: ... *non tamen, si, qui tantum ad rem vendendam constitutus est*; Wissembach, *de solutionibus*, núm. 14; Sabelli, *Summa, Solutio*, núm. 36; Molitor, *ob. cit.*, 965. Para la locación; Larombière, XVII, 7; Laurent, XVII, 356 al final; 531, 532, donde cita una sentencia de la Casación de París, que estima no estar ni aun justificado por la costumbre el pago en manos del Notario.

(3) Larombière, 1239, 6; Massé et Vergé sur Zachariae, § 559, nota 1 hasta el final; Delvincourt, II, pág. 155, nota 6; Demolombe, IV, 150.

(4) Véase Pothier, *Obl.*, núm. 14; Molitor, *lug. cit.*; Durantón, XII, 51; Larombière, 1239, 6; Toullier, IV, 23, y Duvergier, d. l. nota 6; Delvincourt, II, pág. 155, nota 6.

(5) Demolombe, IV, 150.

(6) Durantón, XII, 49 bis; Aubry et Rau, § 317, nota 7; Larombière, 1239, 10; Demolombe IV, 155; Massé et Vergé sur Zachariae, § 559, nota 2; Laurent, XVII, 531.

mente si el mandatario tenía facultad para nombrarse un sustituto; de lo cual será prudente que se asegure el deudor antes de pagar (1).

82. Graves dudas se agitaron antiguamente sobre el pago hecho al corredor, intermediario ó mediador (*proxeneta*), pero todas han sido ya resueltas por el nuevo Código de Comercio. En verdad, en el art. 54 del Código de Comercio anterior, para reforzar la prohibición impuesta al mediador público de hacer con el cliente operaciones comerciales, les estaba prohibido recibir ó hacer pagos por cuenta de sus comitentes. Pero esta prohibición nunca fué respetada, ni podía serlo, siempre que una parte contratante ignoraba el nombre de la otra. Se interpretó por tanto, aquel texto, en el sentido de que la prohibición aludía á los pagos no referibles al ejercicio de la mediación mientras en este ejercicio se entendía, naturalmente comprendido, como en todas partes enseñaba la doctrina, el derecho de recibir el precio del cliente para entregarlo al otro contratante y obtener recibo (2).

No podía negarse, pues, que la condición jurídica del mediador en cuanto á recibir pagos, era puesta entre nosotros en dirección falsa por el Código anterior y sus normas debían ser completamente rechazadas en la nueva obra legislativa. Como secuela de esta observación, los compiladores del proyecto del Código actual suprimieron aquella prohibición, poniendo en su lugar «que el mediador encargado de una operación, no está sólo por esto autorizado para recibir ó hacer pagos... *salvo los usos contrarios locales ó especiales del comercio*». Disposición que fué sancionada por el art. 30 del texto definitivo ahora vigente.

Por este artículo, la regla que ha de seguirse queda clarísima. El pago en manos del corredor, no libera, excepto que éste haya recibido el mandato explícito de exigir, ó el uso local autorice á pagar en aquella determinada operación comercial en manos del mediador (3).

(1) Larombière, 1239, 15.

(2) Bédarride, *Bourses de commerce*, 428; Mollot, *Bourses de commerce*, 281; Palermo, 6 de Abril de 1866, y Cas. Palermo, 10 de Noviembre de 1866 (*Ann.*, I, 2, 26); *Relazione Mancini, sul primo libro del Codice di commercio attuale*, págs. 98, 101.

(3) *Relazione Mancini*, pág. 105. De este modo se ha resuelto toda duda, y se hace fácilmente inteligible ese artículo en el verdadero sentido que lo entendió el legislador, que en el mandato inherente al oficio de mediador, como tal, no se comprende la facultad de hacer ó recibir pagos por cuenta de los clientes, ó bien de recibir ó dar cumplimiento á las otras obligaciones de los contratantes, no excluyendo, sin embargo, que como mandato especial é independiente puede ser concedida semejante facultad. Aún me parece conveniente añadir una limitación en el solo caso de que existieran en contrario usos locales ó especiales del comercio, á pesar de que en al-

También el vigente Código de Comercio ha sabido oportunamente proveer respecto á los encargados de establecimientos. Éstos, cuando se dedican á vender al por menor, tienen facultad de exigir en el lugar del ejercicio ó en el momento de la entrega el precio de las mercaderías que venden ó entregar recibo en nombre del principal, pero no pueden exigir fuera del lugar del ejercicio los créditos del principal sin autorización especial (1). Una autorización de tal especie nacerá, como hemos visto, de la consignación que les hiciere el principal del título de crédito finiquitado (2).

83. Discutieron nuestros antepasados si el pago hecho al acreedor del acreedor, era válido; pero ninguno puso en duda que liberase al deudor, si resultaba en beneficio del acreedor directo, liberándole de la deuda (3). Y esta es la verdadera sentencia. En efecto: pagar al acreedor del acreedor, es hacer un acto de gestión de cuya importancia hay que juzgar por el efecto: aprobarlo cuando merece la calificación de buena administración; en el caso contrario, dejarlo á riesgo de quien pagó incautamente. Se exceptúa el pago del arrendamiento hecho por el subarrendatario en manos del primer arrendador, porque teniendo éste un privilegio sobre los frutos ó *supra invecata et illata*, del subarriendo, no puede negarse á éste último un interés directo para pagar en manos del arrendador (4).

84. Al mandatario tácito no se le debe equiparar en este tema con el gestor. Es conclusión firme hoy, en honor al Derecho romano y al buen sentido, que el gestor no libera si el acreedor no lo ratifica ó no recibe la suma (5). ¡Sería en verdad un sistema

---

gunas plazas y para ciertas especies de operaciones comerciales podría suceder que el encargo de intervenir como mediador comprendiese también el de hacer ó recibir pagos por cuenta del cliente; y queda entendido que tales usos no han de ser alterados ó destruidos por la ley, en daño de la libertad.

(1) Art. 379, Cód. Com.; Génova, 2 de Abril de 1900 (*Tem gen.*, 1900, 458).

(2) Véase el núm. 72.

(3) Véase Maurus, *de solut.*, cap. 5, núm. 5; Sabelli, *lug. cit.*, 2, 37.

(4) *L. 11, D. pignorat., etc.* (XIII, 7); Voet, XLVI, 3, 7: «Etsi autem creditoris mei creditori non recte solvam, sine voluntate creditoris mei». *L. invito 12 Cod. h. t.*: «nisi quatenus utiliter per me negotium eius ignorantis gestum est» arg. *L. 1, D. de doli mali et metus except.*: «tamen, si conductor secundus sim, cui res a conductore primo sublocata est, non modo conductori primo, cum quo contraxi, recte solvo, sed et primo locatori; eo quod huic pignori obligata sunt invecata et illata mea, si domus conducta sit, vel fructus, si fundus; adeoque solvo, ut res meas a vinculo pignoris liberatas habeam...» Molitor, *ob. cit.*, 966; Cas. Nápoles, 15 de Enero de 1886 (*Legge*, 1887, 1, 811).

(5) *L. 34, § 4, de solution.* (XLVI, 3): «... procuratori, qui se ultro alienis negotiis offert, solvendo nemo liberabitur». *L. 58, D. eod.*: «Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberabitur? Et ait Julianus: cum dominum ratum haberit, tunc liberabitur». Pothier, *Obl.*, 515; Demolombe, IV, 137; Pacifici-Mazzoni,

cómodo para hacer dinero, el dedicarse á gestor de negocios del banquero ó del afortunado

Possessor di un'arca  
Che Pluto abbla propizio  
Di gran tesoro carca (1).

para cobrar sus numerosos créditos! ¡Los caballeros de industria sacarían de ello gran provecho! Pero los deudores saben bien que pagando al gestor, pagan por su cuenta y riesgo, pues si el acreedor no ratifica, les queda sólo el derecho á dirigirse contra el sedicente gestor y repetir lo indebido, repetición que pueden ejercitar en seguida, cuando hayan pagado de buena fe reconociendo en el gestor un procurador *ad exigendum*; en el caso contrario, impútense á si mismos el daño y esperen á repetir del gestor cuando el *dominus* no ratifique el pago ó no lo reciba (2).

85. Esto basta para comprender que el pago al *falsus procurator* no es válido. No puede decirse de él con el art. 1241, que sea persona autorizada para recibir; no es ciertamente de él de quien se escribió *vero procuratori recte solvitur*. Cuando nace cualquier duda acerca de la legítima representación, hay que comprobarla exactamente antes de pagar, porque de otro modo el que paga descuenta el pecado de su imprudencia, no existiendo generalmente razón para hacer recaer su desdicha sobre el acreedor no culpable (3). Un pago mal hecho así, no sería válido más que bajo las condiciones exigidas para la validez del pago al acreedor putativo (4); ó bien cuando pudiese excepcionalmente imputarse la culpa al acreedor mismo, que hubiera contribuído á hacer nacer en el deudor la creencia de que el *falsus procurator* fuera un verdadero mandatario; por ejemplo: si le hubiese

---

*ob. cit.* (IVª ed.), IV, 115 y nota *d*, á la pág. 599; y así toda la doctrina antigua y moderna.

(1) Parini, *La vita rustica*, estancia 3.

(2) Citada *L. 53 eod.*: «*Idem, ait, antequam dominus haberet ratum, condnci ex ea causa possit? Et ait interesse, qua mente solutio facta esset: utrum, ut debitor statim liberetur, an vero, cum dominus ratum, habuisset. Priore casu confestim posse condici procuratori, et tunc demum extingui conditionem, cum dominus ratum habuisset, Postiore tunc demum nasci conditionem, cum dominus ratum non habuisset.*»

(3) *L. 34, § 4, D. de solut.*, etc. (XLVI, 3): «*Si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit, voluntate mea pecuniam se numerare, non liberabitur.*» Voet, XLVI, 3, 3: «*Multoque minus procuratori falso: licet debitor existimaverit, se voluntate creditoris ei solvere, atque ita in bona fide sit; eo quod, nullo mandato intercedente, nemo liberabitur solvendo ei, qui se ultero alienis negotiis gerendis offert.*» Ant. Faber, Cód. lib. VIII, tit. 30, def. 36; Pothier, *Obl.*, 310; Molitor, *ob. cit.*, 967, 968; Larombière, 1240, 2; Demolombe, IV, 133; Toullier, IV, 19; Durantón, XII, 48; Colmet de Santerre, V, 178 bis, II; Aubry et Rau, § 317, nota 9.

(4) Véase el núm. 73.

entregado el título de crédito, ¿quién no pagaría á persona que se presentase provista de un aparente mandato y del título de crédito? (1).

Esa es la regla que ha de seguirse en los créditos representados por título nominativo. Tratándose de títulos á la orden ó al portador, los principios son, naturalmente, distintos. En los títulos al portador la simple posesión basta para conferir la propiedad del título y el derecho de crédito, de modo que el deudor paga bien en manos del portador aunque sea un ladrón, si no ha sido puesto sobre aviso á tiempo (2). En los títulos á la orden, las necesidades del comercio exigen que el deudor no esté obligado á comprobar la autenticidad de la firma de los giros; de manera que aun cuando fuere falso el giro por procura, el pago estaría bien hecho (3). Si este principio vale también en favor del banquero, es cosa ya examinada por nosotros y resuelta negativamente (4).

Volviendo ahora á la regla sobre créditos nominativos, lo que hemos dicho del pago al falso mandatario, puede asimismo aplicarse al pago hecho después que el mandato ha expirado, sea por el transcurso del tiempo preestablecido, sea por la muerte, la interdicción ó la quiebra del mandante. Evidentemente, el pago estará mal hecho, salvo que el deudor lo haya verificado de buena fe por no haber podido conocer la cesación del mandato (5). En caso de revocación, el pago es siempre válido cuando la revocación no fué notificada (6).

## II

86. b) *Representantes judiciales ó legales.*—Para los efectos de que nos ocupamos, es idéntica la condición de los representantes legales ó judiciales á la de los representantes convencionales; y creemos inútil distinguir los legales de los judiciales, pues ninguna diferencia separa á los unos de los otros. Tenga un mandatario sus poderes directamente por la ley, ó téngalos directamente por el Juez é indirectamente por la ley, una será la

(1) Molitor, *lug. cit.*; Toullier, IV, 19; Duranton XII, 48; Aubry et Rau, § 317, nota 15; Colmet de Santerre, V, 178 bis, III; Demolombe y Larombière, *lug. cit.*, y Laurent, XVII, 525.

(2) Véase el vol. IV, núms. 264, 265.

(3) Art. 287, Cód. Com.

(4) Véase el vol. IV, núms. 200 y sigs.

(5) *L. 12*, § 2; *L. 5*; *L. 38*, § 1, *D. cod.*; Voet, XLVI, 3. 3; Molitor, *ob. cit.*, 969; Pothier, *Obl.*, 510; Colmet de Santerre, V, 178 bis, III; Demolombe, IV, 141, 142.

(6) Arts. 1759, Cód. civ. it.; 2005, Cód. Nap.

regla. Así, los padres, representantes de los hijos menores, los herederos presuntos puestos provisional ó definitivamente en posesión de los bienes de los ausentes; los tutores ó curadores de menores, emancipados, sujetos á interdicción ó inhabilitación ó de herencia yacente; los síndicos ó curadores de las quiebras, los administradores y secuestratarios judiciales en general, se hallan en esta condición (1): todos tienen la facultad de obrar y exigir cuando se trate de pago cuyo cobro no salga de los actos de administración; y mientras la doctrina moderna nos enseña esta verdad, estamos enteramente de acuerdo con ella. Mas, por las razones expuestas hace poco (2), no estamos igualmente de acuerdo en estimar que cada pago constituya un simple acto de administración para quien lo recibe. Si siempre son actos de administración los pagos de los intereses, alquileres, arrendamientos y en general las rentas, no lo son los pagos de los capitales, y con mayor razón los pagos de sumas que tengan por objeto, no tanto la extinción de una deuda como el ejercicio de un derecho más pingüe, por ejemplo, la extinción de una renta ó una enfiteusis. Ahora bien: los pagos de la primera especie se hacen bien y válidamente, en manos de cualquier administrador; no así los otros, para juzgar sobre cuya validez es preciso que el deudor se asegure de los poderes del administrador y del cumplimiento de las formalidades de la autorización ó de las investiduras exigidas por la ley ó por el Juez.

El padre, el tutor, por ejemplo, no pueden cobrar capitales sin la autorización del Juez ó del consejo de familia, y sin condición de nuevo empleo (3); asegúrese, pues, el deudor, del cumplimiento de estas condiciones si quiere pagar bien; de otro modo, haga el depósito.

87. Entre las personas á quienes puede hacerse el pago como investidas de mandato judicial, suelen los escritores incluir los terceros que obtienen sentencia de adjudicación de las sumas embargadas al deudor de su deudor. Pero hay que entender esto bien. La sentencia de adjudicación, produce transmisión del crédito, y, por tanto, mejor que hablar de mandato judicial debería decirse que el adjudicatario se convierte en el cesionario judicial y por lo mismo en el verdadero acreedor. Es cosa ya demostrada y sobre la cual sería inútil resolver (4).

(1) Arts. 21, 46, 47, 224, 286, 246, 247, 296, 314, 318, 327, 339, 980, 981, 982, 983, Cód. civil it.; 714, 748, Cód. Com. Turín, 10 de Diciembre de 1907 (*Sinossi*, Serie 2.<sup>a</sup>, fasc. 245, página 67).

(2) Véase el núm. 70.

(3) Arts. 225, 296, Cód. civ. it.; Casale, 23 de Julio de 1883 (*Giur. tor.*, 1883, 327).

(4) Véase el vol. VI, núms. 167 y sigs.

Mas quizá no fuera inútil el recuerdo de que las sentencias que ordenan un pago á cargo de un tercero, es decir, de quien no esté presente en el juicio, no son ejecutivas contra él mientras no se pruebe que no hay oposición ni apelación, aun cuando entre las partes se hayan declarado ejecutivas provisionalmente. La prueba resulta del original ó la copia auténtica del acto de notificación de la sentencia y de un certificado de escribanía que no puede hacerse antes del vencimiento de los términos establecidos para la oposición ó para la apelación (1).

88. Cabe aquí averiguar si son válidos los pagos hechos por orden del Juez á persona distinta del acreedor. Sobre este propósito fué notable la teoría establecida por Magonio y seguida por la Rota romana, por la cual para la validez de semejante pago se exigía el concurso de tres requisitos: *a)* que aquel á quien se pagaba fuese verdaderamente acreedor del acreedor; *b)* que el deudor hubiese denunciado las diligencias á un acreedor directo; *c)*, que se hubiese defendido oponiendo las excepciones competentes (2). Esta teoría debe todavía seguirse en el derecho moderno porque es conforme á razón; de otro modo el pago no sería coactivo, sino espontáneo, y no liberaría al deudor de la sospecha de estar en connivencia con el tercero.

En consecuencia de este principio, entendían muchos antiguamente que el pago hecho por mandato del Escribano después del juicio de graduación no liberaba, cuando resultase perjudicial para quien ostentaba derecho preferente. Pero esta máxima, si podía ser admitida bajo el imperio de otras leyes, no nos parece aceptable con el Código de procedimiento por que nos regimos ahora, donde los mandatos de pago no sólo están visados por el Juez graduador, sino que no se emiten, antes que las partes interesadas hayan tenido ocasión de preparar los recursos competentes contra los estados de graduación y de liquidación (3). Bastará al adjudicatario comprobar que la orden está conforme con el estado de graduación ó de liquidación para ser liberado. Por las mismas condiciones es liberatorio el pago hecho en manos del Notario del curador, encargado por el Tribunal de cobrar y emplear dinero en interés de menores, sujetos á interdicción, prole que ha de nacer, etc. (4).

(1) Art. 561, Cód. proc. civ.

(2) Sabelli, *Summa iur. cit.*, núm. 29: «Ubi ponit tria requisita: nempe, ut ille cui solvitur sit creditor; solvens denunciaret molestias; resistat opponendo omnes exceptiones competentes».

(3) Arts. 651, 714, Cód. proc. civ.

(4) Cas. Nápoles, 10 de Mayo de 1897 (*Legge*, 1897, 2, 552); Turín, 11 de Julio de 1896 (*Giur. tor.*, 1896, 69; 20 de Diciembre de 1907 (*Sinossi*, Serie 2.<sup>a</sup>, fs. 245, pág. 69), citado recientemente.

## ARTÍCULO III

*Cómo puede confirmarse el pago mal hecho.*

## I

89. Hecho á quien no era el acreedor ó á su representante, el pago no es válido y obliga al que lo hizo á pagar otra vez. Sin embargo, se hace válido:

si es ratificado ó confirmado;

si redundando en beneficio del acreedor;

si el acreedor es sucedido por quien recibió el pago;

si se ha hecho de buena fe al acreedor ó á su representante putativo.

Ocupémonos de estos cuatro casos:

## II

90. *a) Ratificación y confirmación del acreedor.*—Es verdad que no necesita demostración el que un pago mal hecho en manos de quien no tenía la representación del acreedor, ó bien del acreedor incapacitado, puede hacerse válido mediante la ratificación ó el acto de confirmación. Sólo ha de advertirse que la ratificación puede ser expresa ó tácita y la confirmación debe intervenir después que el acreedor haya sido capacitado; v. gr., cuando el menor ha llegado á mayor (1), ó bien debe partir de los legítimos representantes del incapacitado. Por lo demás, la ratificación no exige palabras solemnes y puede ser hasta tácita; que de para los juristas el evaluarla, partiendo del principio de contradicción entre el hecho cumplido y el derecho que debería ser conservado (2)

91. *b) Provecho del acreedor* (3).—Equivale á decir versión útil; y, como hablamos de ello en el tomo anterior, no hemos de volver á hacerlo. Sólo recordaremos que en nuestro sentir, para que pueda hablarse de versión útil, el provecho ha de ser permanente; de manera que si en el momento en que el acreedor pide

(1) Demolombe, IV, 170, 171; Aubry et Rau, § 317, nota 18 al princ.; véase Laurent, XXVII, 538 y sigs.

(2) Arts. 1241, párrafo; 1309, Cód. civ. it.; 1239, 1338, Cód. Nap. L. 12, *Cod. de solut.*, (VIII, 43). El pago para ser liberatorio, cuando se ha hecho á persona no autorizada, debe ser ratificado ó redundar en beneficio del acreedor. De otro modo, si la persona á quien fué hecho, quebrase, la pérdida es para el deudor. Ricci, *ob. cit.*, VI, 254 y siguientes; Borsari, *ob. cit.*, *lug. cit.*, § 3187; Génova, 3 de Noviembre de 1894 (*Temis genovese*, 1894, 693).

(3) Arts. 1241, párrafo; 1243, Cód. civ. it.; 1239, 1241, Cód. Nap.



y el deudor alega haber ya pagado, el provecho se ha desvanecido, la excepción no tendrá ya fundamento. Pero aun afirmándonos en esta doctrina, no ocultamos que la apreciación de las circunstancias que sirven para demostrar la permanencia del provecho producirá cuestiones de hecho que han de abandonarse al buen criterio del Juez (1). Si la versión útil fuese parcial, el pago quedaría confirmado hasta donde alcanzase el provecho (2).

92. No es inútil preguntar si el deudor, cuando se da cuenta de que ha pagado imprudentemente en manos del menor ó del incapacitado y halle al padre ó al tutor reacios para la aprobación, tiene la facultad de reclamar la restitución. Parécenos que en buena justicia no se puede discutir este derecho. Sería inútil objetar que de los dos contratantes sólo el incapacitado tiene derecho á hacer anular las obligaciones afectas de nulidad por vicio de incapacidad. La respuesta es fácil. Aquí no se pretende anular obligaciones, sino más bien sostenerlas vivas; porque el deudor no pone en duda su deuda, sino pretende solamente evitar el daño de un pago mal hecho haciéndose restituir la suma desembolsada para pagarla después á los legítimos representantes del incapacitado. Sería mala fe rehusar la aprobación del pago y al mismo tiempo oponerse á la restitución del género desembolsado; porque resultará lo mismo que obligar al deudor á pagar dos veces y á sufrir un daño, cuando puede evitarlo sin perjuicio del menor (3).

No obstante el silencio del Código, no hay que dudar para incluir en la regla el caso en que el pago ha sido hecho á quien, aunque no representase al acreedor, acudió solícito á entregar en manos de éste la suma recibida (4). Imposible hallar un provecho más evidente.

93. *c) Sucesión del que recibió el pago por el verdadero acreedor ó de éste por aquél.*—Es cosa que se comprende antes que se explica. Evidentemente, si Ticio, en cuyas manos se pagó equivocadamente lo que se debía á Cayo, se convierte en heredero ó cesionario de Cayo, el pago queda confirmado (5).

(1) Véase el vol. VI, núms. 35 y sigs.; véase también, en otro sentido, Pothier, *Opere*, vol. I, *Delle obbligazioni*, núm. 259; Duranton, XII, 45; Delvincourt, XII, página 542; Demolombe, IV, 198; Toullier, IV, 14; Colmet de Santerre, V, 180 bis, II, *a*, V; Aubry y Rau, § 317, nota :8; Laurent, XVII, 511.

(2) Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.), vol. IV, 115).

(3) Mourlon, II, pág. 600; Marcadé, 1241; Colmet de Santerre, V, 180 bis, VI; Demolombe, IV, 199; contra Laurent, XVII, 542.

(4) *L. 28, D. de solut., etc.* (XLVI, 3).

(5) *L. 96, § 4, D. de solution, etc.* (XLVI, 3); *L. 11, § 5, D. de pignoratit., etc.* (XIII, 7); Pothier, *Obl.*, 529; Demolombe, IV, 174.

## III

94. *d) Pago hecho de buena fe al acreedor ó al mandatario putativo.*— Bastante más difícil é importante que las anteriores, es esta cuarta excepción de la invalidez del pago mal hecho. Pero antes de nada, ¿qué quiere decir *buena fe*? Y también, ¿qué debe entenderse por acreedor ó mandatario *putativo*?

Empezando por la primera pregunta, no bastaría la buena fe meramente subjetiva, esto es, la vana credulidad, que es fruto de la inexperiencia y de la ignorancia crasa; trátase de algo más. Claro que también el elemento subjetivo es indispensable; pero por esta parte, la expresión *buena fe* significa solamente que el deudor no tuvo razones para poner en duda la calidad de la persona á quien hacía el pago, no pudo pensar en comprobarla; tanto le persuadieron las apariencias por las que resultó engañado. Razón por la cual á nuestro modo de ver quedará desvanecida la buena fe en cuanto el deudor fuese puesto sobre aviso por una oposición aunque irregular, porque si un acto de este género no serviría para impedir el pago en manos del verdadero acreedor, no es insuficiente para poner en guardia al deudor frente á un acreedor meramente putativo.

95. Objetivamente, buena fe quiere decir concurso de circunstancias por las cuales aparece excusable el error del deudor. No vana credulidad, fruto de inexperiencia ó de crasa ignorancia, sino la buena fe que tiene por fundamento el error perdonable. No el error del que paga *vana simplicitate deceptus et iuris ignorantia*, sino por efecto de la ignorancia justificada por la apariencia, *quae etiam prudentissimos fallit*. ¿Excusaremos acaso á un hombre de bien que se creyese autorizado para pagar en manos de quien le presenta el título de crédito si el nombre del presentador no está mencionado allí ni el título es al portador; ó bien en manos del primero que se le presente en el domicilio señalado para el pago? No, porque aunque hubiese pagado con la mayor buena fe del mundo, sería ésta una buena fe dependiente de la negligencia ó ignorancia imperdonable, no una buena fe razonable y reconocida por la ley como excusa válida (1).

Este concepto jurídico significado con gran propiedad en el lenguaje tradicional de las antiguas escuelas italianas con las dos solas palabras *acredor putativo*, hoy, en obsequio al derecho

---

(1) El deudor que paga la deuda á uno entre los muchos herederos del acreedor no es de buena fe, porque descuidó el averiguar si era el único heredero. *Bolonia*, 16 de Marzo de 1901 (*Temí gen.*, 1901, 458).

francés, se expresa con una frase algo más larga: pago hecho de buena fe, dice el art. 1242 (1240 Cód. Nap.), á *quien se halla en posesión del crédito*. No volveremos por décima vez á protestar contra la impropiedad del lenguaje, puesto que el crédito, *res quae tangi non potest*, no es susceptible de posesión. Sabemos ya qué es lo que se oculta bajo esas palabras. La ley quiere señalar la calidad de acreedor aparente, fundada sobre circunstancias que autorizan á un deudor advertido y vigilante para reconocer en Ticio ó en Cayo la persona del acreedor, cuando por razones inopinadas ú ocultas el crédito correspondía á Sempronio. Esto es *error communis facit ius*.

Entre las normas que en el Código rigen esta materia y provocan discusiones como las que se agitaron en la doctrina anterior, existe el art. 933 relativo al heredero aparente. Están salvos, dice el artículo, los derechos adquiridos por los terceros por efecto de convenciones á título oneroso, ultimadas de buena fe con el heredero aparente. Si es así, la misma conclusión debe adoptarse con mayor razón en los pagos hechos de buena fe al heredero putativo. Muere Francisco; en su testamento ológrafo aparece Pablo como heredero suyo, y por varios años se comporta *coram omnibus* como heredero: paga, cobra, compra, vende, ejercita, en una palabra, la posesión de los bienes hereditarios. Pero más tarde, se descubre que es falso el testamento y toma la herencia Jaime, primo del difunto; ¿quién declararíá nulos los pagos hechos á Pablo por los deudores hereditarios? Estos pagos son válidos; y teniéndolos por tales no se hace más que seguir una máxima ya adoptada sin inconveniente por la doctrina y la jurisprudencia antigua y moderna (1), y que procede también si después de la aceptación el heredero se hace restituir por completo á causa de violencia ó de fraude. No comprenderíamos con qué justicia dejarían de surtir efecto legal los pagos hechos á él de buena fe; tan incomprensible sería que por esta razón se ha dicho por la jurisprudencia que el acreedor no tiene el menor interés en indagar la validez del testamento (2).

96. Lo mismo creemos que debe decirse del pago de alquileres hecho al legatario aparente y poseedor del inmueble alquilado, aunque más tarde resulte revocado el testamento; al comprador, si el acto de la venta es rescindido por acción ú otro vicio; y

(1) Voet, *ob. cit.*, XLVI, 3, 5; Pothier, *ob. cit.*, *Obl.*, 503; Toullier, IV, 26, 27; Duranton, XII, 69, 70; Larombière, 1240, 1; Colmet de Santerre, V, 179 bis, II; Demolombe, IV, 184; Laurent, XVII, 543 y sigs.

(2) Florencia, 28 de Junio de 1869 (*Ann.*, 1869, II, 2, 523); Cas. Florencia, 19 de Junio de 1876 (*ivi*, 1870, I, 1, 450); Cas. Turín, 3 de Diciembre de 1869 (*ivi*, 1869, I, 1, 312). Véase también Gasca, *ob. cit.*, II, 1073.

generalmente á quien quiera que presente un título que por cualquier vicio oculto resulte después anulado (1).

97. ¿Se dirá lo mismo del documento de cesión falso? Si se trata de crédito nominativo y de cesión hecha en las formas marcadas en los arts. 1538 y siguientes del Código civil, el pago no será válido por las mismas razones que convierten en no válido el pago hecho al *falsus procurator*, y que se entienden repetidas aquí (2). Pero la cuestión cambia de aspecto si en vez del título nominativo se piensa en la transmisión del título á la orden ó al portador. En verdad, sin repetir lo ya dicho, pues el título al portador se transmite mediante simple tradición, por regla general la sola exhibición del mismo basta para justificar la cualidad de acreedor ante quien debe pagarlo. Aunque sea un ladrón quien se presente para el cobro, el deudor pagará bien porque no tendrá razón para suspender el pago sino en los casos excepcionales de oposición regular, ó si, no siendo practicable ésta, el deudor es puesto sobre aviso, ó sospecha el hurto y el extravío (3).

En cuanto se refiere al título á la orden, recordamos que el artículo 287 de nuestro Código de Comercio resuelve la cuestión. Quien paga una letra no está obligado á investigar la autenticidad de los giros; en cambio, creemos que debe asegurarse de la identidad de la persona que presenta el título para el cobro y la del último endosado; así, pues, estará mal pagado á Pablo un título á la orden endosado á favor de Pedro (4).

98. Junto al acreedor aparente está el acreedor incapacitado, reputado erróneamente capaz; es también acreedor putativo en cuanto se refiere á la supuesta capacidad. Pero la cuestión de saber si puede subsanarse *ex capite bonae fidei* el pago hecho en sus manos, encuentra más serias dificultades. Puede, en verdad, objetarse que los principios generales del derecho no admiten la ignorancia de la capacidad de las personas con quienes nos ponemos en relación jurídica. *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse, non ignarus conditionis eius* L. 19, D. de reg. iuris (L. 17; y como en el contrato es preciso reconocer la capacidad de aquel con quien se contrata, lo mismo debe conocerla en el pago. ¿No se publica precisamente para esto el registro de interdicciones y quiebras? ¿No dice acaso el art. 1305 que la falsa declaración del menor de haber alcanzado la mayoría de edad no basta para privarle del derecho de pedir la anulación del con-

(1) Demolombe, IV, 185.

(2) Véase el núm. 85; Demolombe, *lug. cit.*, 186; Larombière, 1240, 2; Colmèt de Santerre, V, 129 bis, III; Aubry et Rau, § 317, nota 15; contra Laurent, XVII, 547.

(3) Véanse los núms. 53 y sigs., y vol. VI, núms. 200, 264 y sigs.

(4) Arts. 28°, 332, Cód. Com.

trato? El art. 1856, hablando de depósito, ¿no refuerza el argumento diciendo que si el deponente pierde la administración de los propios bienes después del depósito, éste debe restituirse á la persona que la tiene por él?

Pero una más detenida ponderación nos persuadirá de la injusticia de excluir por completo la validez del pago hecho de buena fe al incapacitado, porque hay casos en que la regla falla. Admitimos también que el deudor, cuando paga, debe informarse de la condición jurídica en que se halla el acreedor; y por ser muchos los casos en que esta incapacidad es de público conocimiento ó fácil de conocer, excluimos en todos estos casos la buena fe. Con lo cual venimos á decir que será muy difícil confirmar un pago hecho al quebrado ó al sujeto á interdicción, y estimaremos que corrientemente el pago hecho al incapacitado no será válido. Pero lo que ocurre con frecuencia no es constante. Pueden darse casos en que, por muchas diligencias que practique el deudor, le sea imposible conocer ni aun sospechar la incapacidad del acreedor. Imagínese, por ejemplo, un mutuo hecho por mujer viuda que en la fecha de la restitución haya contraído segundas nupcias en otro lugar. ¿Cómo podrá el mutuuario conocer este cambio de estado? Y no basta, pueden darse también casos en que no sea posible al deudor adquirir las informaciones necesarias. En tal condición se encuentran, efectivamente, los cajeros públicos, obligados como están á hacer innumerables pagos é imposibilitados de proceder, acto por acto, á todas las averiguaciones necesarias para reconocer la condición jurídica de las personas que se presentan á cobrar; por eso, en cuanto á títulos á la orden ó al portador pagaderos por los institutos públicos, casi nunca podrá anularse un pago bajo pretexto de que fué cobrado por un incapacitado (1).

Y para concluir, mientras el pago es siempre acto de necesidad, no lo son la mayor parte de los contratos, razón por la cual la máxima de que no debe ignorarse la condición del otro contratante, no se puede aplicar con todo rigor cuando se habla de pagos. En cuanto se refiere á los arts 1305 y 1856, éstos contienen disposiciones que no resuelven la cuestión; presentan reglas generales, mas no descienden al examen de las excepciones que las reglas pueden hallar por efectos de la buena fe (2).

99. El pago de buena fe libera no sólo cuando es hecho al acreedor putativo, sino también al mandatario putativo, y para convencerse de ello basta recurrir á las disposiciones que rigen

(1) Véanse los núms. 52, 53, y el vol. IV, núms. 261, 265.

(2) Troplong, *Dépôt*, 162; Larombière, 1289, 22; Demolombe, IV, 201 y sigs.

el mandato. El artículo 1759 dice: que la revocación del mandato, notificada solamente al mandatario, no puede ser opuesta contra los terceros, que, desconocedores de la revocación, han tratado con él; y el art. 1762, declara válidos todos los actos realizados por el mandatario después de la muerte del mandante, siempre que los terceros con quienes ha tratado el primero hayan procedido de buena fe. Del conjunto de estas disposiciones sale bastante claro el pensamiento del legislador y la regla que debe seguirse en lo relativo al pago, el cual será válido, aún hecho después de la revocación ó la extinción, si el deudor hubiera tenido justa razón para ignorarlas. Desgraciadamente, si la ignorancia fué supina, porque en el poder estaba marcada la duración del mandato, si la revocación del mandante era notoria, el deudor no tendrá excusa (1); pero éstas son excepciones, y, por eso, no nos pareció válido el pago posterior á la declaración de interdicción y á la quiebra del mandante, haciéndose públicos el uno y el otro por ministerio de la ley. Excepto si el mandato recibiese ejecución en lugar distante del domicilio del mandante.

No hablamos del pago hecho al mandatario falso ó incapacitado, por haber ya dicho que no es necesaria la capacidad del mandatario para recibir y ser por el contrario nulo el pago hecho al *falsus procurator*, salvo si el deudor es engañado por culpa del acreedor mismo (2).

100. Queda ahora decidir si la subsanación de que hemos hablado se ha de aplicar á los pagos hechos por un tercero, ya en nombre y para la liberación del deudor, ya en interés propio. Cuestión sobre la que están en desacuerdo las opiniones. Larombière (3) enseña que el art. 1240 del Código Napoleón, correspondiente á nuestro art. 1242, no se aplica á los pagos voluntarios hechos por un tercero con subrogación de los derechos del acreedor, excepto cuando el deudor haya después reembolsado al tercero. En este caso, semejantes pagos quedan por siempre ineficaces aunque sean hechos con la mayor buena fe del mundo al acreedor putativo.

Otros, por el contrario, pretenden que el artículo enunciado no distingue tercero de deudor, ni puede, sin restricción ilegal, abrazar uno y otro caso. Por ejemplo, Demolombe (4).

Pero respondemos *scire leges non est earum verba tenere, sed vim atque potestatem*; ahora bien, la razón principal de la

(1) *L. 12, § 2; L. 5, D. de solutionibus, etc.* (XLVI, 3); Pothier, *Obl.*, 510; Colmet de Santerre, V, 178 bis, 5; Demolombe, IV, 141, 142.

(2) Véase el núm. 85.

(3) *Ob. cit.*, núm. 1240, 6.

(4) *Ob. cit.*, IV, 190.

subsanción es que el pago no es acto voluntario, sino de necesidad, cosa que reconoce el mismo Demolombe cuando por esta razón considera válido el pago hecho de buena fe al incapacitado (1). Para conocer, pues, si el pago hecho de buena fe por el tercero al acreedor aparente, goza de la subsanción del artículo 1242, precisa distinguir si fué acto voluntario ó necesario. Si necesario, es decir, hecho al vencimiento por quien estaba interesado, no hay razón para sustraerlo á la regla benigna; no así si era voluntario, porque el tercero, no apremiado por la necesidad, tuvo facilidad para comprobar la condición del acreedor.

Siguiendo á la Casación romana aplicamos ya esta regla al descuento de la letra: el banquero, efectivamente, por pagar antes del vencimiento y no *ex necessitate*, no puede gozar de las disposiciones beneficiosas que hacen válido el pago aun efectuado al poseedor de título por endoso falso (2). En efecto, ¿quién no ve que aunque sólo fuese por pagar antes de tiempo al acreedor aparente, se priva al acreedor verdadero del beneficio del tiempo, de ese tiempo que transcurriendo hasta la fecha del vencimiento podría disipar las falsas apariencias y hacer caer la máscara del acreedor putativo que le hacía pasar por el verdadero acreedor?

Pero se objeta: si el deudor reembolsa al tercero que pagó, he ahí la necesidad de aplicar el art. 1242 y confirmar el pago. La consecuencia no es exacta, respondemos, porque hay que distinguir aquí si el deudor paga por necesidad ó voluntariamente antes del vencimiento. En el caso primero, el pago quedará confirmado, viniendo á apoyarlo la razón de la ley; no así en el segundo, pues ni aun el pago hecho por el deudor directamente puede disfrutar de la beneficiosa disposición sancionada por el art. 1242, cuando no haya sido hecho por necesidad. No existe, pues, absurdo ni contradicción.

### § 3 (3).

#### *Por quién puede ser hecho el pago.*

101. Es de derecho notorio que el pago puede ser hecho, no sólo por el deudor, sino *etiam inscio debitore* por un tercero,

(1) Demolombe, IV, 200.

(2) Véase el vol. VI, núm. 200.

(3) DERECHO COMPARADO.—*Personas que válidamente pueden pagar.*

I. *Derecho español.*—A. *Código civil.*—a) *Quiénes pueden hacer el pago.*—Siguiendo nuestro nuevo derecho á la ley de Partida (*Ley 3<sup>a</sup>, Título XIV, Partida 5.<sup>a</sup>*), que hubo de asentar que *non tan solamente es quito ome de lo que deve, faziendo paga dello por si mismo, más faziéndola aun otro qualquier por él en su nome, é maguer aquel que deve aquel dehdno no supiesse que otro fazia la paga por él,*

*aut invito debitore, aut invito creditore*, aun cuando dicho tercero no tenga interés en el pago. La ventaja que experimenta el

*contado eso sería quitto, é aunque lo supiese, é lo contradixesse* establece el Código civil español como principio general, que puede hacer el pago cualquier persona, tenga ó no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe ó ya lo ignore el deudor (*art. 1158 del Código civil*).

b) *Efectos jurídicos del pago realizado por un tercero*.—El que pagase por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, á no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago. El que pague en nombre del deudor ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor á subrogarle en sus derechos (*arts. 1158, párrafos 2.º y 3.º y 1159 idem*).

c) *Pago en las obligaciones de dar*.—En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la *libre disposición* de la cosa debida y *capacidad* para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiese consistido en una cantidad de dinero ó cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado ó consumido de buena fe (*art. 1160 idem*).

d) *Pago en las obligaciones de hacer*.—En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido á recibir la prestación ó el servicio de un *tercero*, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecerse la obligación (*art. 1161 del Código civil*).

B *Jurisprudencia española*.—I. *Jurisprudencia civil*.

a) *Efectos jurídicos del pago por cuenta de otro*.—Según los arts. 1158 y 1159 del Código civil, es válido el pago por cuenta de otro, ya lo conozca y apruebe, ya lo ignore el deudor, aun cuando en este último caso no puede el tercero compeler al acreedor á que le subrogue en sus derechos, sin que estos preceptos requieran el consentimiento del acreedor para la eficacia del pago y para la consiguiente subrogación, porque su derecho que no va más allá del cumplimiento de la obligación, se acaba ó extingue con el pago; y, por lo tanto, partiendo del hecho de que el deudor, ya rehabilitado por virtud del convenio mientras estuviera subsistente en el ejercicio de sus derechos civiles, prestó su asentimiento á la consignación hecha por un acreedor, es visto que la Sala, al declarar á éste subrogado en los derechos del recurrente como acreedor, dando por terminada su personalidad en estos autos, no ha cometido ninguna de las infracciones que en el recurso se le atribuyen (*Sentencia de 4 de Noviembre de 1897*).

b) *Concepto legal del pago por otro*.—El art. 1158 del Código civil es aplicable al caso de reclamación de pago por cuenta de otro, ya mediante conocimiento, ya con ignorancia por el deudor, pero en modo alguno es de aplicación al caso de existencia real ó presunta de un convenio, derivándose de éste la acción que se ejercita (*Sentencia de 7 de Enero de 1901*).

c) *Nullidad del pago por causa ilícita*.—Si bien el pago de una deuda es un acto tan independiente del deudor que puede ser firme y valdero hecho por una tercera persona que no tenga interés en el cumplimiento de la obligación, y aun cuando aquel lo ignore, ni en este caso puede el que paga en nombre del deudor compeler al acreedor á subrogarle en sus derechos, ni esta subrogación se presume sino cuando el pago se realiza con aprobación expresa ó tácita del deudor. Pero entre el que paga por cuenta ajena una deuda y la persona del deudor, se establece un vínculo jurídico, al que *són aplicables las condiciones generales para la validez de los contratos*, y por tanto, la concerniente á la *licitud de la causa*. En virtud de este principio, no puede reputarse *licita*, sino *torpe*, la causa de la convención cuando el que paga por otro, descubiertos de la contribución, se aprovecha de la *ignorancia* de éste para pretender subrogarse en los derechos del acreedor, porque ni el deudor expresa ó



acreedor al ser satisfecho en su haber, y el deudor al quedar li-

tácitamente aprobó el pago, ni pudo presumirse, ni adquirir eficacia la subrogación pretendida por el tercero (*Sentencia de 1.º de Julio de 1904*).

d) *Validez del pago por cuenta de otro.*—Reconocida la existencia de un contrato celebrado por unos contratistas con una Sociedad hullera para la construcción de un ferrocarril minero por precio alzado y hasta su completa terminación y estimado por el Tribunal sentenciador que si bien circulaban por la vía trenes, no se hallaba ésta totalmente terminada; no puede negarse que el pago hecho por la Sociedad hullera *por cuenta de los contratistas*, y con la intervención de los dependientes de los mismos, de los jornales que adeudaban á sus obreros, reúne todas las circunstancias requeridas en el art. 1158 del Código civil, porque el hecho que da carácter á la subrogación consiste en haber pagado la Sociedad hullera por cuenta de los contratistas, siendo indiferente que lo hiciera de acuerdo con éstos ó contra su voluntad para el éxito de la acción de reembolso debidamente ejercitada (*Sentencia de 28 de Mayo de 1907*).

II. *Jurisprudencia hipotecaria.*—a) *Requisitos intrínsecos y extrínsecos del documento público de pago.*—Si bien las entregas de cantidad que el *deudor ú otro en su nombre* efectúe al acreedor en pago de su crédito, pueden ser autorizadas por los Notarios *levantando* la correspondiente *acta*, toda vez que dichas entregas son *hechos* que tienen lugar á presencia de aquellos funcionarios, no se encuentran en el mismo caso las *confesiones solemnes* que los acreedores *otorguen* de haber recibido el capital é intereses de su crédito, otorgando carta de pago y consintiendo en la cancelación de la hipoteca, por cuanto lejos de ser *simples hechos ó circunstancias* que concurren á presencia de Notario, constituyen *declaraciones relativas á derechos*, las cuales deben autorizarse con las solemnidades y formalidades establecidas para las *escrituras públicas*, aunque no sea necesaria la comparecencia del deudor (*Resolución de la Dirección general de los Registros de 20 de Octubre de 1875*).

b) *Facultad de realizar el pago por otro.*—No hay que dar importancia al hecho totalmente accidental de que sea una persona ú otra la que verifique el pago (*Resolución de 29 de Enero de 1887*).

c) *Carácter jurídico del pago por cuenta de otro.*—El pago es un acto jurídico tan independiente del deudor, que puede ser firme y valedero por tercera persona que no tenga interés en el cumplimiento de la obligación, y aun cuando el deudor lo ignore totalmente, según declara el art. 1158 del Código civil, y de este principio legal se deduce que *no cabe reputar nulo el pago de una obligación porque falte al consentimiento del deudor*, ni menos estimar nula la escritura en que el pago conste por carecer de la firma de éste. En ese modo de extinguirse las obligaciones, lo *verdaderamente capital es la voluntad del acreedor*, y así lo ha entendido el art. 82 de la ley hipotecaria al no exigir para la cancelación de las hipotecas más que el consentimiento de aquél á cuyo favor están constituidas (*Resolución de la Dirección general de los Registros de 22 de Marzo de 1893*).

III. *Jurisprudencia Contencioso-administrativa.*

*Pago por otro.*—*Expedientes de rehabilitación de concesiones mineras.*—Declarada por el Gobernador civil la renuncia de una mina, en virtud de manifestación expresa de los herederos del concesionario, decreto que hubo de quedar firme por no haberse enablado contra el mismo en tiempo y forma recurso alguno, *pagada por otra persona* la cantidad que la mina adeudaba, según carta de pago que acompañó á la solicitud del nuevo registro minero, y declarado por el Registrador del mismo que el terreno, materia de la nueva concesión minera, era el mismo de la mina de referencia, es manifiesto que el expresado terreno, al incoarse la tramitación de la nueva solicitud, era franco, puesto que el pago de la cantidad adeudada, hecho con anterioridad, aunque en el mismo día, fué legítimo á tenor de lo dispuesto en el *artículo 1158 del Código civil*, y, por consiguiente, apto para ser registrado con distin-

berado, fueron en todo tiempo las razones que aconsejaron la

to nombre por el *liberador* de los atrasos en que se encontraba con la Hacienda, no habiendo, por el contrario, términos hábiles para la rehabilitación del registro minero anterior, legalmente extinguido y caducado en el momento del pago de la cantidad que adeudaba.

Esto, supuesto, la Real orden revocatoria del decreto del Gobernador civil, disponiendo también continuarse hasta su terminación el curso legal del expediente de renuncia y rehabilitación de la mina aludida, y declarando fenecido y sin curso el expediente del nuevo registro, ha vulnerado el derecho de la parte recurrente creado al amparo del Decreto ley de bases sobre minería de 29 de Diciembre de 1898 (*Sentencia del entonces Tribunal de lo Contencioso-administrativo de 27 de Junio de 1901*).

II. *Derecho hispano americano.—Principios legales relativos á quiénes pueden hacer el pago.*

*Argentina.—a Principio general.*—Pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de *ser tenidos* como personas incapaces (menores impúberes, dementes, sordomudos que no saben darse á entender por escrito, menores adultos y mujeres casadas) y todos los que *tengan algún interés* en el cumplimiento de la obligación (*arts. 54 55 y 760 del Código civil de la Argentina*).

*b) Pago verificado por un tercero.*—El pago puede hacerse también por un tercero *con asentimiento* del deudor y aun *ignorándolo* este, quedando la obligación extinguida con todos sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. Si hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, sólo tendrá derecho á ser reembolsado desde el día del vencimiento (*art. 760 del Código citado*).

*c) Efectos del pago contra la voluntad del obligado*—El pago puede también ser hecho por un tercero *contra la voluntad* del deudor. El que así lo hubiese verificado sólo tendrá derecho á cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago (*art. 762 idem*).

*d) Obligaciones del acreedor respecto al pago realizado por un tercero.*—El acreedor está obligado á aceptar el pago hecho por un tercero, ya pagando á nombre propio, ya á nombre del deudor, pero no estará obligado á subrogar en su lugar al que hiciese el pago; pero si la obligación fuese de hacer, el acreedor no está obligado á recibir el pago por la prestación del hecho ó servicio de un tercero, si hubiese interés en que sea ejecutado por el mismo deudor (*arts. 763 y 764 del Código civil mencionado*).

*Bolivia.—a) Principio general.*—Una obligación puede satisfacerse por toda persona *interesada*, tal como el coobligado. Un tercero que *tiene interés alguno* puede satisfacerla, con tal que obre en nombre y en descargo del deudor, ó si obra en su *nombre propio*, no sea subrogado en los derechos del acreedor (*art. 827 del Código civil de Bolivia*).

*b) Excepciones.*—La obligación de hacer no puede desempeñarse por un *tercero contra la voluntad* del acreedor, cuando éste tiene un interés en que la cumpla el deudor (*art. 828 del referido Código*).

*Chile, Colombia y Ecuador.—a) Por quién puede hacerse el pago*—Puede pagar por el deudor cualquiera persona á nombre de éste, aun *sin* su conocimiento ó *contra* su voluntad, y aún *á pesar* del acreedor, pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la *aptitud ó talento* del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona *contra* la voluntad del acreedor (*artículos 1572 de Chile, 1630 del Código Colombiano y 1562 del de El Ecuador*).

*b) Efectos del pago sin el conocimiento del deudor.*—El que paga sin el conocimiento del deudor, no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compe-

máxima; por lo cual, el legislador italiano, prestando oídos á esas razones ha sancionado expresamente que las obligaciones pueden

er al acreedor á que le subroque (*arts. 1573, 1631 y 1563 respectivamente de los Códigos civiles mencionados*).

c) *Efectos del pago contra la voluntad del deudor*.—El que paga contra la voluntad del deudor no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado, á no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción (*arts. 1574 de Chile, 1632 de Colombia y 1564 del Ecuador*).

Guatemala.—a) *Principio general*.—Pago es el cumplimiento de la obligación por el deudor, ó por otro á su nombre (*art. 2300 del Código de Guatemala*).

b) *Pago realizado por un tercero*.—Puede también verificarse el pago por un tercero, en su propio nombre, expresando que no se sustituye al acreedor (*art. 2301 del Código de Guatemala, según la modificación introducida por el art. 330 del Decreto de Reformas*).

c) *Efectos jurídicos del pago verificado por un tercero, sin conocimiento ó contra la voluntad del deudor*.—El que paga *sin conocimiento* del deudor, sólo tiene acción para que éste le reembolse lo pagado, pero no se subroga por ministerio de la ley, en el lugar y derechos del acreedor, ni puede compeler á éste á que le subroque. El que paga *contra la voluntad* del deudor, no tiene derecho para que éste le reembolse lo pagado, á no ser que el acreedor le ceda voluntariamente la acción (*artículos del Código civil de Guatemala y del Decreto de Reformas anteriormente citado*).

d) *Pago en las obligaciones de hacer*.—La obligación de hacer no puede cumplirse por un tercero si el acreedor no lo consiente, excepto si fuese indiferente la calidad del ejecutor (*art. 2302 del Código de Guatemala*).

Honduras.—Como el Código civil español establece la misma doctrina y texto legal respecto á las facultades de cualquier persona para hacer el pago y efectos jurídicos que el mismo produce, tanto en las obligaciones de dar como en la excepción determinada para las de hacer (*arts. 1265, 1266 y 1268 del Código civil de Honduras*).

Análogos principios desarrolla el *art. 765 del Código civil de Costa Rica*.

Méjico.—*Personas que pueden hacer el pago*.—a) *Principio general*.—El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes ó por cualquiera otra persona interesada en el contrato (*arts. 1529 del Código civil de Méjico*).

b) *Excepciones*.—Puede también hacerse: 1.º, por un *tercero no interesado* en el cumplimiento de la obligación que *obre con consentimiento* expreso ó presunto del deudor; 2.º, por un tercero *ignorándolo* el deudor; y 3.º, puede, en fin, hacerse *contra* la voluntad del deudor (*arts. 1530, 1531 y 1532 de ídem*).

c) *Efectos jurídicos del pago realizado por un tercero*.—En el caso primero anterior se observarán las disposiciones relativas al mandato. En el segundo, el que hizo el pago sólo tendrá derecho á reclamar al deudor lo que pagó por él, salvo la subrogación convencional en sus derechos, cesión de derechos y créditos litigiosos que no pasaran al tercero, y subrogación legal en la fianza. En el tercero, el que hizo el pago *nada* podrá reclamar al deudor (*arts. 1533, 1534 y 1535, en relación con los 1592, 1622 y 1747 del Código mejicano*).

d) *Prohibiciones legales*.—El acreedor no puede ser obligado á recibir de un tercero el pago, si en el contrato hay declaración expresa en contrario, ó si por aquella prestación se le irroga perjuicio. Asimismo la obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiese establecido por *pacto expreso* que la cumpla personalmente el mismo obligado, ó cuando se hubiesen elegido sus conocimientos especiales ó sus cualidades personales (*arts. 1536 y 1538 del mencionado Código civil*).

Perú.—a) *Quiénes pueden hacer el pago*.—El pago puede hacerse por el deudor

extinguirse por medio del pago hecho por cualquiera (1). Los efectos del pago hecho por el tercero, sin tener en cuenta la subrogación, de la cual no es momento de hablar, son los mismos que los producidos por el deudor en lo referente á la extinción de la deuda respecto del acreedor (2). Varían las relaciones jurídicas entre los diversos interesados, según el pago sea

ó por otro á su nombre. Puede también verificarse el pago por un tercero en su propio nombre, expresando que no se sustituye al acreedor (*arts. 2215 y 2216 del Código civil del Perú*).

b) *Pago de un tercero en las obligaciones de hacer*.—La obligación de hacer no puede cumplirse por un tercero, si el acreedor no lo consiente, excepto si fuese indiferente la calidad del ejecutor (*art. 2217 del Código citado*).

*Salvador (El)*.—Como los Códigos civiles de Chile, Colombia y Ecuador, y dentro del cap. 2.º, tít. 14 de su libro, expone el de El Salvador en la materia que nos ocupa las diversas modalidades ya expuestas acerca de *por quién puede hacerse el pago*.

Como los Códigos antes referidos dispone el de esta República las que puede pagar cualquiera persona á nombre del deudor, aun sin su conocimiento y aun á pesar del acreedor (*art. 1461*). Los efectos jurídicos del que paga sin el conocimiento del deudor (*art. 1462*) y la especialidad concerniente á las obligaciones de hacer (*artículo 1461 citado*) en la misma forma y letra que aquellos Códigos, á cuyos preceptos, en aras de la heredad, nos referimos.

*Uruguay*. a) *Quiénes pueden hacer la paga*.—1.º, la paga puede hacerse, *no solo* por el mismo deudor, sino por cualquiera *interesado* en ella, como el correo de deber ó el fiador; 2.º, la paga puede también hacerse por un *tercero no interesado* que obre consintiendo *expresa ó tácitamente* el deudor; 3.º, puede hacerse igualmente por un tercero, ignorándolo el deudor (*art. 1424 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

b) *Efectos jurídicos de la paga realizada por un tercero*: 1.º, el tercero que paga por el deudor ignorándolo éste, tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiese pagado, pero no se entenderá sobrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler á éste á que lo subroge: 2.º, el tercero que paga contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra éste (*párrafo 4.º del artículo 1424, y art. 1524 del citado Código*).

c) *Pago en las obligaciones de hacer*.—La obligación de hacer no puede ser cumplida por un tercero, contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que sea ejecutada por el mismo deudor (*art. 1426 del Código civil del Uruguay*).

*Venezuela*.—a) *Principio general*.—Las obligaciones pueden extinguirse por el pago hecho por *toda* persona que tenga *interés* en ello, como por un coobligado ó por un fiador (*art. 1208, párrafo 1.º del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

b) *Pago por un tercero*.—Puede también extinguirse por medio del pago hecho por un tercero que no sea *interesado*, con tal que este tercero obre en *nombre* y por descargo del deudor, y que si obra en su propio nombre no se subroge en los derechos del acreedor (*párrafo 2.º del artículo anteriormente citado*).

c) *Cumplimiento de las obligaciones de hacer*.—La obligación de hacer no se puede cumplir por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que sea cumplida por el mismo deudor (*art. 1209 del Código civil de Venezuela*).

(1) *LL. 23, 40, D. de solutionibus* (XLVI, 3); arts. 1233, Cód. civ. It.; 1276, Cód. Nap

(2) «Nec interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat». *rPinc. Inst. quib. mod. obl. tollitur* (III, 30); Durantón, XI, 18; Toullier, IV, 10; Mar-

hecho por el deudor,  
 hecho por un tercero interesado,  
 hecho por un tercero no interesado que pague en nombre y  
 para la liberación del deudor, ó que proceda en nombre propio.

## ARTICULO I

### *Del pago hecho por el deudor.*

#### I

102. *Solvere quilibet*, decían los antiguos, *rerum suarum administrationem habentes debitores possunt* (1), porque sin duda á juicio de quien escribía estas palabras, el pago no era acto de enajenación.

*Solvere est alienare*, añaden otros escritores; é invocando ciertas particulares disposiciones del derecho romano, así como los arts. 1238 del Código Napoleón y 1240 del Código italiano, concluyen que no puede pagar válidamente aquel deudor que carezca de la facultad de enajenar.

¿Cuál de estas dos sentencias es, pues, la verdadera? Hay que distinguir: existen pagos que son simples actos de administración y existen pagos que son verdaderos actos de enajenación (2). Naturalmente, para efectuar los primeros basta que el deudor tenga la facultad de administrar, mientras para efectuar válidamente los segundos debe ser propietario y libre para disponer de la cosa que paga. El deudor, para decirlo con una sola palabra, debe tener la capacidad de ejecutar la prestación en que consiste el objeto material del pago; y como esta regla no tenía importancia práctica en las obligaciones *in faciendo*, los legisladores se han contentado con afirmarla en las *que in dando consistunt*. Aquí tuvo su origen el art. 1238 del Código Napoleón, refundido después y modificado en el art. 1240 de nuestro Código civil, por el cual el pago que tiene por objeto transferir la propiedad de la cosa pagada al acreedor, no es válido si no es hecho por quien sea propietario de la cosa y capaz de enajenarla.

Pero detengámonos un momento: ¿cuál puede ser la importancia de esta regla en el derecho moderno? Que los jurisconsultos romanos estimasen no válido el pago hecho por el pupilo,

cadé, 1236; Colmet de Santerre, V, 175 bis, X y XI; Larombière, 1236 y sigs.; Massé et Vergé sur Zachariae, § 558, nota 1; Aubry et Rau, § 316, nota 2; Laurent, XVII, 480.

(1) Brissonius, *De solutione*, lib. I (Edic. de Leyden de 1849), pág. 15, vers. 9.

(2) Véanse los núms. 71 y 72.

porque no está capacitado para enajenar (1), ó por quien no era propietario, toda vez que se trataba de un *dare* (2), se comprende. Para ellos, en efecto, la convención no era suficiente para transferir la propiedad. Pero en el derecho moderno, cuando los contratos transfieren la propiedad sin necesidad de tradición (3), ¿cómo puede suponerse la obligación del deudor de transmitir la propiedad en el acto del pago, cuando tal propiedad ha pasado ya al acreedor desde el día en que se ultimó el contrato? Peor aún si el pago consiste en la restitución de un depósito, de un comodato, de una prenda, de una cosa alquilada, porque propietario fué y queda siempre el acreedor. Y si queremos llevar á otro campo la consideración y pensar en el pago del legado, el art. 862 estará dispuesto á disipar la última duda, disponiendo en sustancia que la propiedad del legado se adquiere por el legatario el día mismo de la muerte del testador. El heredero, por tanto, cuando paga la cosa legada, no puede ser su propietario.

Pero estas críticas, si parecen fundadas cuando se mira á la superficie de las cosas y explican las censuras dirigidas por muchos autores á la ley (4), pierden peso cuando se profundiza un poco en el sistema seguido por el legislador. Quien recuerde nuestras observaciones sobre la poca importancia de la famosa transmisión de la propiedad por medio de contrato, se persuadirá en seguida de que la crítica sería mejor dirigirla contra los artículos 710 y 1125, que aquí reciben un buen mentís de boca del legislador mismo. A pesar de cuanto dispongan esos dos artículos, los contratos no bastan casi nunca para transmitir la propiedad 5). Lo dijimos como observación general, y viniendo á más distintas consideraciones, enumeramos convenciones traslativas de propiedad, en las que la tradición parece indispensable para que la transmisión de la propiedad sea un hecho cumplido. Con arreglo á estas observaciones, el art. 1240 se aplicará á todos los pagos en que el deudor conserva la propiedad hasta la ejecución de la obligación, es decir:

1.º á todas las obligaciones, aun contractuales de género ó de cantidad;

(1) *L. 14, § 8, D. de solutionibus, etc.* (XLVI, 3); § 2, *in fine Inst. quibus alie, nare, etc.* (II, 8); *L. 9, § 2, D. de auct. et cons. tut.* (XXVI, 8).

(2) *L. 167, D. reg. iur.* (L, 17); *L. 17, D. de solutionibus* (XLVI, 3); *L. 19, § 1, D. de rebus creditis* (XII, 1).

(3) Arts. 710, 1125, Cód. civ. it.; 711, 1138, Cód. Nap.

(4) Duranton, XII, 27; Marcadé, 1238, 1; Larombière, 1238, 1, Colmet de Santerre, V, 177 bis, I á IV; Toullier, IV, 6; véanse las observaciones de Demolombe, IV, 85 y Laurent, XVII, 493.

(5) Véase el vol. IV, núms. 277, 284, 280, 436.

2.º á las obligaciones alternativas;

3.º á las ventas al peso, número ó medida;

4.º á las ventas de cuerpo cierto y determinado, cuando haya pacto especial para que el vendedor conserve la propiedad hasta la consignación;

5.º á las obligaciones de cuerpo cierto y determinado, cuando en el acto del pago el acreedor se avenga á recibir una cosa distinta de la debida.

103. Vistos los casos en que puede aplicarse el art. 1240, examinemos la esencia de su disposición y notemos las dos condiciones exigidas juntamente para la validez del pago. Quien paga debe ser:

propietario de la cosa y  
capaz de enajenarla,

Depende, pues, de la misma naturaleza de la disposición que cuando no concurren tales condiciones el acreedor puede rechazar el pago que se le ofrece. Están de acuerdo todos los escritores. Pero es motivo de grave controversia el determinar los derechos y las obligaciones del acreedor cuando haya recibido ya la cosa, sea respecto al deudor mismo, sea respecto al tercero propietario; por lo cual, al decir el art. 1240 que para pagar válidamente, cuando haya de transferirse la propiedad, es preciso ser propietario de la cosa y capaz de enajenarla, sienta un principio sin determinar sus consecuencias, abandonando la difícil tarea de descifrarlo á la doctrina y á la jurisprudencia.

Para proceder con orden, distingamos los dos casos. Y empecemos por el que ofrece menos dificultades, es decir, por el pago hecho por el incapaz.

## II

104. a) *Pago hecho por el incapaz.* — En las legislaciones anteriores al Código italiano, eran grandes las incertidumbres derivadas de la falta de una regla general sobre la suerte de los pagos hechos *a non domino*, ó bien por el pupilo, y generalmente por el incapaz. *Solvere est alienare*, repetían los intérpretes, apoyándose en no pocos fragmentos textuales, y sacaban la consecuencia de que todo pago del pupilo ó del menor era nulo (1). *Le paiement est un transport de propriété*, repetía Bigot de Préameneu (2), al exponer los motivos del Código Napoleón, intentan-

(1) § 2, Inst. al final: *Quibus alienare licet, etc.* (II, 8); *L. 14, § 8, D. de solution.* (XLVI, 3); *L. 29, D. de cond. indeb.* (XII, 6); Voet, VI, 4, 21; Molitor, *ob. cit.*, 972.

(2) Locré, *Legisl.*, XII, pág. 365, núm. 116.

do explicar la infeliz disposición del art. 1238 (1); pero la doctrina francesa protestaba más tarde y ponía en claro la inexactitud, ya advertida por nosotros, de este artículo, copiado poco oportunamente de las obras de Pothier (2). El legislador italiano hizo, pues, un servicio á la ciencia al corregir la disposición estableciendo en el art. 1240 que no todos los pagos, sino solamente el *que tiene por objeto transferir la propiedad de la cosa pagada al acreedor, no es válido si no es efectuado por quien sea propietario de la cosa y capaz de enajenarla*. Por desgracia, las dudas no quedan resueltas ni aun de este modo; pero al menos, en la cuestión principal, el art. 1240 ata corto y deja fuera el pago que no tiene por objeto transmitir la propiedad

Establecido esto, ¿está escrito el artículo en interés del incapaz ó del acreedor? En interés del incapaz, responden todos, y lo sostienen con los principios mencionados en materia de incapacidad para contratar, por los cuales sólo al incapaz se le concede impugnar los contratos ultimados sin las formalidades exigidas en interés suyo. Si la cosa perece antes que el incapaz haya ejercitado sus derechos, perece para el acreedor (3).

Nosotros no nos atrevemos á contradecir una doctrina aceptada universalmente; nos permitimos solamente oponer una duda. No sería quizá más razonable distinguir si el pago constituyó la ejecución de una obligación atacada del mismo vicio de incapacidad, ó de una obligación válida. En el primer caso, tratándose, por ejemplo, de un contrato de venta estipulado por el menor no autorizado, no hay duda de que la regla enunciada por la doctrina común aparece exactísima: estamos, efectivamente, en el caso del contrato ultimado por el incapaz para obligarse, y el pago representa un acto de ejecución insuficiente para ratificarlo, porque se cumple por la persona todavía incapaz. De manera que sería rigurosamente más propio dejar á un lado el art. 1240 y recurrir al 1107 (4). Si por otra parte suponemos un pago en ejecución de obligación válida, he ahí el verdadero caso previsto por el art. 1240, en que puede nacer la duda de que las reglas sobre la incapacidad relativa á obligarse por contrato no tienen mate-

(1) «Pour payer valablement (dice aquel artículo), il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable de l'aliéner».

(2) Massé et Vergé sur Zachariae, § 558, nota 10; Aubry et Rau, § 316, nota 10; Larombière, 1239, 1 sigs.; Toullier et Duvergier sur Toullier, IV, 6 y sigs.; véase también Demolombe, IV, 84.

(3) Arts. 1107, Cód. civ. it.; 1125, Cód. Nap.; Larombière, 1283, 13; Aubry et Rau, § 316, texto y nota 12; Demolombe, IV, 123 y sigs.; Massé et Vergé sur Zachariae, § 558, notas 10, 12 y 13; Laurent, XVII, 306 y sigs.; Cas. Roma, 29 de Diciembre de 1890 (Legge, 1881, 1, 545).

(4) Demolombe, IV, 127; Aubry et Rau, § 316, nota 12.



ria de aplicación. El menor, por ejemplo, ejecutó una venta ultimada regularmente por el tutor, y entregó al comprador los diez potros. Se habían vendido precisamente diez de los varios potros *in genere* de su raza. O bien ejecutó el legado escrito en el testamento paterno, y valiéndose de la acción que se le concedía entre el reloj y la escopeta, entregó el reloj al legatario; ó también, si queremos insistir en los ejemplos, cumplió la sentencia que le hacía bondenado á la entrega, v. gr., de tantos pellejos de vino. En todos estos casos puede, sin duda, rebelarse el menor contra el pago (1); más ¿por qué disposición? Evidentemente; fundándose en el art. 1240, porque las reglas sobre la nulidad de las obligaciones no bastarían para intentarlo. En el art. 1240 no se hacen distinciones entre el acreedor que ha recibido el pago y el deudor incapacitado que lo hizo; y el pago es declarado nulo, sin restricción, tanto para el uno como para el otro. Así, cuando se trate del pago hecho por el no propietario, nadie pone en duda que la nulidad pueda también deducirse por el acreedor.

Por estas consideraciones dudamos bastante de la doctrina común, y si no fuese por respeto á los escritores que le profesan, nos parecería más justo y razonable enseñar lo contrario, estimando que aun para el pago efectuado por el incapacitado, la nulidad está escrita en interés de ambas partes. Como en lo que se refiere al pago hecho por el acreedor incapacitado puede el *solvens* pretender que los representantes del mismo aprueben el pago, ó restituyan el *solutum*, así creemos nosotros que el acreedor puede, por el art. 1240, dirigirse al representante del incapacitado y decir: El pago que se me ha hecho por vuestro representado es nulo; ratificádmelo, pues, ó recuperad la cosa, sustituyéndola por el equivalente que queráis darme (2).

105. Por otra parte, las dudas no acaban aquí. Se pregunta si el incapacitado ó su representante pueden pretender la restitución cuando el pago no sea lesivo, respondiéndose por regla general que no. Es preciso, se dijo, que el incapacitado haya sufrido un perjuicio porque la disposición está fundada sobre el principio de que el incapacitado no puede perjudicarse á sí mismo. Si al entregar (volviendo á los ejemplos) los diez potros, el reloj ó los pellejos de vino, el menor no se perjudicó, porque su elección fué prudente, no recayó sobre los mejores, ni sobre el objeto de mayor valor, ni sobre el vino de mejor calidad, en vano pretendería la restitución (3). Pero si hemos de manifestar sin disimulos nuestro parecer, la observación es poco oportuna y peligrosa.

(1) Demolombe, IV, 130.

(2) Cas. Roma, 29 de Diciembre de 1880 (*Legge*, 1880, 1, 545).

(3) Demolombe, IV, 127.

Poco oportuna porque el pago no será verdaderamente impugnado por el incapaz cuando no tenga interés en ello. Y no tendrá interés precisamente si el pago no es lesivo, pues para repetir la cosa pagada debería simultáneamente ofrecer otra de igual valor. También es peligrosa porque somete el ejercicio de la acción de restitución á una prueba embarazosa por parte del incapacitado. Comprendemos la duda sobre la necesidad de la lesión frente al derecho francés, teniendo en cuenta las difusas disposiciones del Código Napoleón sobre la rescisión de los actos cumplidos por los incapaces. No lo comprendemos frente al Código italiano, el cual, refiriendo para mayor claridad la acción de nulidad á sus verdaderos principios, la concede á los menores sólo cuando no han sido observadas las formalidades establecidas por la ley para ciertos actos. Tampoco en este artículo, como en el 1240, se exige el daño; pero la acción es ejercitada por el menor, y lo mismo puede decirse de cualquier otro incapacitado, salvo la diferencia en los nombres, no *tamquam laesus*, sino *tamquam minor*. Argumentando, pues, por analogía, sobre uno ú otro caso hallamos en las reglas generales, sobre las acciones de nulidad, una confirmación de nuestra opinión.

Por fortuna, estas discusiones son casi académicas, porque ningún incapacitado se alzaría contra el pago hecho, si no resulta perjudicado por él (1).

106. Por lo demás, es casi inútil advertir que el incapacitado ó su representante, al reclamar la restitución deberá ofrecer en cambio el equivalente debido; porque si con una mano repite como incapacitado, con la otra debe pagar como deudor (2). Se admitiría el pago anterior al vencimiento; pero si éste sobreviniese en el tiempo transcurrido entre el pago y la petición de restitución, el derecho del incapacitado se limitaría á ser indemnizado por el perjuicio experimentado por el anticipo (3).

107. No creemos inoportuno advertir que el art. 1240 se refiere al pago de la deuda propia del incapacitado; de modo que si éste hubiere pagado la deuda ajena, habría cumplido un acto de cuya validez debería juzgarse por los principios generales que rigen los actos de las personas privadas de capacidad y teniendo en cuenta la naturaleza especial de aquel pago, si está hecho *donandi animo*, y con subrogación (4).

Esas son las reglas; pronto veremos las excepciones.

(1) Laurent, XVII, 508.

(2) Larombière, 1233, 13; Aubry et Rau, § 16, nota 16; Demolombe, IV, 102, sobre la hipótesis del pago hecho *a non domino*.

(3) Larombière, *lug. cit.*, al final.

(4) Demolombe, IV, 129; Larombière, 1258, 14.

## III

108. *b) Pago hecho A NON DOMINO (reglas).*—Es plenamente conforme á justicia que frente al acreedor el pago encaminado á transferir la propiedad sea nulo si es hecho por quien sin ser propietario carecía de poder para transferir á otros una propiedad que no tenía. Pero la necesidad de determinar la extensión de esta regla y de conciliarla con el principio de que en los muebles la posesión equivale al título para los adquirentes de buena fe, hacen indispensables algunas dilucidaciones.

Comencemos por examinar los efectos de la regla en las relaciones entre acreedor y deudor. El acreedor tiene derecho á rechazar la cosa que se le ofrece, cuando no sea de su deudor; pero si la recibe con conocimiento de causa, renuncia al derecho de levantarse contra el pago (1). Hasta aquí las cosas estan claras. ¿Qué decir, por otra parte, si la recibe de buena fe? Conocido el vicio, ¿podrá pretender otra? Sin duda, responden todos, *si offerat quod accepit* (2), porque en esta parte la regla está escrita principalmente en interés del acreedor, hasta el punto de que éste podría pedir también el resarcimiento de los daños (3). Y nótese bien: no es necesario que el acreedor haya sufrido la evicción, sino que basta el peligro de ella, porque tal era la enseñanza antigua y tal es la doctrina que hoy ha de seguirse (4).

109. Pero si el peligro de las evicciones se desvanece porque, verbigracia, el deudor se convierte en heredero del propietario, el pago queda confirmado. Sería inútil invocar el axioma *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis conualescere*, porque aquí se trata de vicio subsanable, y además el derecho de restitución se haría impracticable ya que el deudor podría bien volver á pagar la cosa misma al hacerse ahora su propietario. *Sed, si ususfructus interierit, vel dissoluta fuerit pignoris obligatio, existimo processuram liberationem* (5).

(1) Larombière, 1238, 5; Demolombe, IV, 97; Ricci, *ob. cit.*, IV, 252; Pacifici-Mazoni, *ob. cit.* (IVª edic.), vol. IV, 114.

(2) *L. 94, D. de solution, etc.* (XLVI, 3): «Si is, cui nummos debitor solvit alienos, nummis integris pergat petere, quod sibi debeatur, nec offerat, quod accepit: exceptione doli summovebitur».

(3) Véase el núm. 104; Pothier, *Obl.*, 498; Larombière, 1238, 5; Colmet de Santerre, V, 177 bis; Demolombe, IV, 91; Laurent, XVII, 495.

(4) *L. 69, eod.*: «Si hominem, in quo ususfructus alienus est, vel qui erat pignori Titio obligatus, noxae dedisti; poteritis, cui condemnatus es, tecum agere iudicati, nec expectabimus, ut creditor evincat». Larombière, 1238, 5; Demolombe, IV, 92; Aubry et Rau, § 316, nota 17; Massé et Vergé sur Zachariae, § 558, nota 13.

(5) Véase también *LL. 78 y 94, § 2 eod.*; Duranton, XII, 52; Demolombe, IV, 93.

Pero aquí se empeña sería discusión para saber si debe decirse lo mismo cuando el peligro de la evicción no se presenta de modo absoluto, sino *ope exceptionis* de manera que quede al arbitrio del acreedor el valerse de ella ó no. Así ocurriría respecto á la prescripción, siendo el acreedor dueño de renunciarla y no deducirla contra el tercero que se lance á reivindicar la cosa. Algunos escritores niegan también en esta hipótesis que el acreedor tenga derecho á levantarse contra el pago (1); pero aun cuando en apoyo de esta doctrina se alegue oportunamente la autoridad del derecho romano (2), no faltan los disidentes. Marcadé (3), Mourlon (4), Colmet de Santerre (5), Demolombe (6) y Laurent (7) la combaten, porque deducir la prescripción es una facultad, no una obligación del acreedor, que puede hallarla repugnante para su conciencia. Tampoco se diga que en la confirmación del pago, aun teniendo interés el deudor, no es lícito al acreedor el renunciar á ella; porque, prosiguen los defensores de esta escuela, si cualquier persona interesada puede hacer valer la prescripción (8), por otro lado debe tener un interés legítimo en invocarla. Ahora bien, no es legítimo el interés del deudor que no habiendo cumplido su obligación, pretende escudarse con un derecho adquirido por el acreedor para subsanar el propio incumplimiento.

Ni tampoco se alegue, añaden, la desigualdad de condición que se deriva de ello entre el acreedor y el deudor: libre el primero para pedir la nulidad del pago sólo con quererlo, obligado el segundo á depender de la discreción ajena; porque si se levanta contra el pago podrá recibir la respuesta del acreedor de que se halla satisfecho valiéndose de la prescripción. Todo esto será muy cierto, dicen, pero no es concluyente; porque las desigualdades en la condición jurídica de varios interesados son frecuentes y ninguno por esto se queja de injusticia. ¿No sucede lo mismo en el contrato ultimado por el incapaz? La acción de nulidad ¿no corresponde acaso al incapacitado solamente? El deudor, volviendo al tema, impútese á sí mismo el haberse colocado en falsa situación.

He ahí sucintamente las razones de la nueva doctrina, á las

(1) Larombière, 1238, 5; Delvincourt, II, pág. 510; Duranton, XII, 31; Aubry et Rau, 316, nota 17.

(2) *L. 60, D. de solutionibus* (XLVI, 3): «Is, qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine liberatur».

(3) *Ob. cit.*, 1238, 2.

(4) *Ob. cit.*, II, pág. 667.

(5) *Ob. cit.*, V, 177 bis, XII y XIII.

(6) *Ob. cit.*, IV, 95 y sigs.

(7) *Ob. cit.*, XVII, 496.

(8) Arts. 2112, Cód. civ. it.; 2225, Cód. Nap.

que, por otra parte, no prestamos asentimiento; porque, dígame lo que se quiera, pero el peligro de la evicción desaparece con la prescripción. Si el acreedor no tiene el valor de aprovecharla, la deducirá en interés propio el deudor; invocará el art. 2112 del Código civil que en su clara y absoluta disposición concede sin distinciones á cualquier interesado el derecho de hacer valer la prescripción: y no nos atrevemos á negar que el deudor no tenga interés en deducirla para confirmar el pago. Los escrúpulos del deudor no son tomados en consideración por la ley, la cual, concediendo el remedio de la prescripción, no ha autorizado ciertamente un medio de defensa inmoral (1).

110. Hemos dicho hace poco que es obligación del acreedor que se levanta contra el pago recibido y exige uno nuevo, restituir la cosa que se halla en sus manos. Agreguemos ahora, aplicando la regla *debitor rei certae fortuito interitu rei liberatur* (2), que no tendrá esta obligación cuando la cosa haya parecido sin culpa suya. En verdad, Duranton (3) enseña que en este caso el pago quedaría confirmado; pero para nosotros, tal consecuencia, pareciéndonos justa concurriendo la culpa del acreedor, parécenos también privada de razón cuando la pérdida haya sido casual, porque estaría en abierta contradicción con la regla citada poco antes y con los principios generales sobre el riesgo y peligro (4).

111. Hasta aquí del acreedor: pero es argumento de mucho más serias discusiones el determinar cuáles son los derechos del deudor. Cuando se trataba de un pago hecho por el incapacitado, vimos á todos los escritores de acuerdo en reconocer sólo al deudor el derecho de impugnar el pago; aquí cuando se trata del pago hecho *a non domino*, ocurre todo lo contrario: la escuela predominante reconoce este derecho al acreedor y lo niega al deudor. Sin embargo, son dos casos contemplados literalmente por la misma disposición, disciplinados con la misma regla. Signo evidente de que la distinción carece de fundamento seguro y se presta á críticas racionales.

Mas sin extraviarnos en vagas declaraciones, atendamos un momento las razones por las cuales se pretende que no sea aplicable al deudor que pagó cosa no suya el derecho de repitición. Se invoca ante todo el art. 1459 (1599, Cod. Nap.), sobre la venta de la cosa ajena, cuando la nulidad está manifiestamente sancio

(1) Pacifici-Mázzoni, *ob. cit.* (IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 114.

(2) Arts. 1298, Cód. civ. it.; 1302, Cód. Nap.

(3) *Ob. cit.*, XII, 52.

(4) Véase el vol. IV, núms. 229 y sigs.; Marcadé, 1238, 11; Colmet de Santerre, V, 177 bis, XIV; Demolombe, IV, 96; Laurent, XVII, 497.

nada en beneficio sólo del comprador. Se recurre á los principios generales; y pues *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, no es lícito al deudor, se dice, evicción á su acreedor, mientras éste tendría derecho á dirigirse contra él para sostenerse indemne. Es más sencillo, pues, rechazar francamente las pretensiones del deudor y negar ingreso á la acción (1).

Este es, dejando aparte los secundarios, el principal argumento que ha inducido á muchos autorizados escritores á negar acción al deudor. Pero halla pronta respuesta en la reflexión de que no se trata ya de venta, sino de pago; de modo que no todas las disposiciones concernientes á la primera encuentran aquí aplicación lógica, ni el deudor puede regularmente pretender la restitución de la cosa pagada, *si aliam non offerat*. Razón por la cual caen por su peso los argumentos opuestos, quedando, por el contrario, por ver si el artículo 1240 puede ser invocado por el deudor en todos los pagos hechos *a non dominio* (2). Creemos, con Demolombe, que es necesaria una distinción (3). O se trata de obligación que tenía por objeto un cuerpo cierto y determinado, ó por el contrario, de una obligación de especie (*genus*). En el caso primero, el deudor no puede ciertamente pretender la restitución por la simple razón de no tener facultad para hacer sustitución. La compraventa recae sobre el vapor Eléctrico; ¿con qué derecho podría el deudor quedarse con él y sustituirlo por el vapor Pachino? Pero el Eléctrico no era de su propiedad y el comprador se halla expuesto á la evicción. Peor para él si lo sabía cuando hizo el contrato, pues si lo ignoraba podrá contar con la acción de nulidad, pero no el vendedor.

Supongamos, por el contrario, la venta *in genere* de un vapor de tantas toneladas y tantos caballos de fuerza; ó para emplear un ejemplo más comprensible, la venta de un tronco de caballos. Aquí la cosa cambia de aspecto, y no hay razón para privar al deudor del derecho á quedarse con el barco ó el tronco, cuya consignación hizo, que no eran suyos, y sustituirlos con otro objeto conforme á la índole de la prestación prometida. Muchos motivos puede tener el vendedor para sentir el deseo de la sustitución: sea porque haya consignado de entre varios un barco ó un tronco de mejor calidad que la debida, y no estaba obligado á en-

(1) Marcadé, 1238, 11; Larombière, 1238, 5; Massé et Vergé sur Zachariæ, § 558, nota 12; contra Colmet de Santerre, V, 177 bis, VII, IX; Aubry et Rau, § 316, nota 16; Mourlon, *Rép. écrites*, II, págs. 598, 694, 695; Laurent, XVII, 499; Bor-sari, *ob. cit.*, *lug. cit.*, § 3185 al final.

(2) *Ob. cit.*, IV, 99 y sigs.

(3) Demolombe, IV, 102.

tregar el mejor, sino el de calidad *leal y mercantil*; ó sea porque diese equivocadamente el recibido en depósito.

En verdad, el párrafo del art. 1240 favorece esta interpretación al negar la acción de repetición contra el acreedor, si concurren las excepciones que aquí se han designado: porque viene de semejante manera á concederla *a contrario sensu* en cualquier otro caso también al deudor que hizo el pago (1).

112. Mas por esto, ¿deberemos conceder al deudor en las hipótesis hechas la facultad de levantarse contra el pago, sin necesidad de demostrar su interés y la justa causa de error? No lo creemos, aun cuando los escritores observan un absoluto silencio. A nuestro entender, el deudor deberá demostrar el interés, sin lo cual no tiene que ejercitar ninguna acción judicial; deberá demostrar un error excusable, ya que si pagó á conciencia y con plena voluntad, aun viendo su daño, se le responde, *quod semel placuit, amplius displicere nequit* ¿Nos engañamos, acaso, ó deben invocarse para la aplicación extensiva las reglas sobre el error, como causa de nulidad de los contratos?

113. Pero una vez que concurren las condiciones necesarias, á fin de que el deudor vuelva sobre sus propios pasos y reclame la restitución, ¿deberá ofrecer también el completo resarcimiento del daño juntamente con otra cosa en sustitución de la que reclama, ó sea la diferencia de precio entre el objeto con que se queda y el que sustituye? Demolombe, que sostiene el derecho del deudor sin limitarlo al concurso del error excusable, concluye afirmativamente. Nosotros opinamos lo contrario, precisamente porque estimamos que el deudor no puede volver sobre sus pasos más que probando un error excusable, lo cual le exime de la culpa y de la obligación del resarcimiento. Sólo deberá, pues, según nosotros, sustituir la cosa con que se queda por otra que esté *in obligatione*.

114. Queda por ver si la restitución puede ser pedida por el tercero propietario como reivindicación. Controversia más grave aún por la necesidad de poner de acuerdo el art. 1240 con el principio moderno de que en materia de muebles la posesión de buena fe equivale al título (2). En efecto, decir que el propietario puede reivindicar la cosa suya contra el acreedor, el cual haya recibido su pago de buena fe, como supone el art. 1240, parece imposible ante el principio enunciado. Por el contrario, estimar inaplicable el art. 1240 al tercer propietario, dejaría á ese mismo artículo casi privado de sentido. Verdaderamente, en los pagos de mue-

(1) Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IVª edic.), vol. IV, 114 y notas en la misma página.

(2) Arts. 707, 1126, Cód. civ. it.; 2279 y 1141, 2, Cód. Nap.

bles, para los cuales debería principalmente haberse escrito el artículo 1240, no sería de temer la evicción, y no se comprendería por qué el legislador ha concedido al acreedor el restituir la cosa recibida y pretender otra. En medio de estas dificultades, los escritores ponen en tortura el ingenio para conciliar las disposiciones disonantes. Prevalció por otra parte la doctrina que concede la reivindicación al tercero en los poquísimos casos en que por excepción no procede la máxima de que la posesión equivale, para quien va de buena fe, al título, es decir, en el extravío, ó en el hurto sufrido por el verdadero propietario (1). En todas las demás hipótesis, el tercero no podrá, según esa doctrina, reivindicar, y no tendría otras acciones fuera de la indemnización contra el deudor (2).

Pero desde hace algún tiempo eminentes escritores se han propuesto defender una teoría distinta y distinguir la obligación de un cuerpo cierto y determinado de la obligación de especie, ó como dicen otros, de género y de cantidad. En la primera sería inaplicable el art. 1240, quedando bajo la protección del principio de que en los muebles posesión equivale á título. Viceversa, se aplicaría á la segunda el art. 1240, y el principio general indicado, quedaría virtualmente abrogado en esta hipótesis (3).

La conciliación es ingeniosa, pero no resiste á la crítica. Efectivamente, bien dijo Duranton (4): la regla *en fait de meubles possession vaut titre*, es muy general; ¿con qué fundamento, pues, pretende Demolombe negar su aplicación á los pagos de género ó de cantidad? El art. 707 dice sin distinciones que en los muebles la posesión de buena fe equivale al título, y comprende también la posesión *pro soluto*. El art. 1240 no contiene ninguna derogación explícita á propósito de la regla sancionada por el artículo 707. Quiérese hallar la derogación implícita en la necesidad de darle una explicación porque significa una acción de reivindicación en favor del propietario; mas para lograr este intento no es necesario llegar á la distinción imaginada por Demolombe; basta pensar en la pérdida ó el hurto, por los cuales el propietario reivindica aun en manos del posesor de buena fe, ó en la obligación genérica de cosa inmueble, en que, ciertamente, no se aplica el art. 707; por ejemplo, en la venta de diez hectáreas de terreno que han de tomarse en la Campania, ó de un palacio en la ciudad de Roma; casos raros, pero no imposibles. Basta pen-

(1) Arts. 708, Cód. civ. it.; 2279, 2, Cód. Nap.

(2) Larombière, 1238, 7; Demolombe, IV, 115, donde cita á Delvincourt, II, pág. 540; Duranton, XII, 39; Marcadé, 1238, 11; Colmet de Santerre, V, 177 bis, X y XI.

(3) Demolombe, IV, 116, 117.

(4) *Ob. cit.*, XII, 30.



sar en el acreedor de mala fe, y finalmente en el pago efectuado por medio de un crédito. En todos estos casos, la reivindicación del propietario es admisible sin menoscabo del art. 707 (1). Quizá reducido á estos extremos, el art. 1240 pierde mucha importancia, pero ¡qué! No es la primera vez que hemos observado principios dictados por el Código con extremada generalidad que son después casi destruidos por otros principios que el legislador mismo había establecido. Por ejemplo, entre otros muchos: el principio de la transmisión de la propiedad por medio de contrato es casi aniquilado por las reglas sobre la posesión de los muebles y por la inscripción para los inmuebles; la regla sobre la transmisión del crédito por efecto inmediato de cesión consensual, queda casi en absoluto como palabra vana por la necesidad de la notificación. Son faltas de coordinación no escasas en el Código, porque siendo obra humana como es, no está exenta de imperfecciones.

#### IV

115. *c) Excepciones de las reglas. Subsanación.*—Pero es tiempo de pasar revista á las excepciones. «Sin embargo, continúa el artículo 1240, no puede repetirse el pago de una cantidad de dinero ó de cosa que se consume con el uso, al acreedor que la ha consumido de buena fe, aunque el pago haya sido hecho por quien no era propietario ó no tenía capacidad para enajenarla».

*Consumación y buena fe* son, pues, los criterios determinantes de la excepción.

No nos detendremos sobre la buena fe. Solamente preguntaremos si basta el concurso en el momento del consumo, ó se exige también por todo el tiempo anterior, ó á partir del pago. Aunque la mayor parte de los escritores exige también la buena fe en el tiempo del pago (2), Demolombe combate la exactitud de esta doctrina y tiene en cuenta también la buena fe sobrevenida, siempre que el acreedor haya tenido motivos racionales para creer que el vicio originario se había subsanado: sea, por ejemplo, por la ratificación, sea por haberse convertido el deudor en heredero del verdadero propietario (3). No disintimos de Demolombe, pero creemos que su doctrina ha de ser condenada á continuar como académica: tan difícil nos parece que se verifique el caso que supone. A buena cuenta, no se encuentran ejemplos de él en la jurisprudencia.

(1) Aubry et Rau, § 316, texto al final y nota 19; Laurent, XVII, 503; Metz, 14 de Agosto de 1867 (*Dallos, Rec.*, 1867, 2, 188).

(2) Larombière, 1238, 8.

(3) Demolombe, IV, 104.

116. La palabra *consumición* se entiende aquí en sentido lato, no restringido, y comprende cualquier hecho que hace imposible la reivindicación. En realidad, es el peligro de la evicción el que hace el pago no válido. Es el peligro, por decirlo de otro modo, á que el acreedor se encuentra expuesto de verse privado de la cosa, porque habiéndole sido transmitida por quien no tenía capacidad ó derecho de enajenarla, *res non fit accipientis*. Desaparecido, pues, este peligro, la validez del pago nace por necesidad lógica. Ahora bien; el peligro de la reivindicación cesa cuando las cosas que fueron objeto del pago no se encuentran ya *ut corpora in rerum natura*; sea porque hayan sido destruídas ó transformadas, sea porque hayan salido de buena fe de manos del acreedor que las había recibido en pago, y pasado á manos de terceros desconocidos; no estando nadie expuesto á las consecuencias de la reivindicación cuando haya cesado de poseer sin dolo. Esta es la sola razón por la que si bien *numi non fient accipientis, vindicarique poterint; plane si fuerint consuncti (debitor), liberabitur* (1).

El peligro de la evicción cesa con mayor motivo, cuando las cosas representadas en el pago acaban en el sentido riguroso de la palabra de existir *in rerum natura*; por ejemplo, el vino ha sido bebido, el grano molido y convertido en pan, ya naturalmente consumido. Cuando por especificación, conmixción ó mezcla, las cosas que formaron el objeto del pago cambiaron de naturaleza y se convirtieron en productos nuevos, los árboles fueron convertidos en vigas y colocados para sostener el edificio; el alcohol fué mezclado al mosto y se transformó en vino de Marsala (2).

Cesa igualmente el peligro si las cosas salieron de las manos del acreedor y pasaron á las de un tercero. No renovaremos aquí las antiguas disputas para saber si el préstamo hecho por el acreedor con dinero recibido en pago al pupilo, ó por quien no era propietario de él, impide la reivindicación de las especies amonedadas. En efecto, sea lo que quiera lo que haya podido Vinnio pensar de ello, es lo cierto que en el derecho moderno no

(1) *D. 19, § 1, D. de reb. creditis* (XII, 1): «Si pupillus sine tutoris auctoritate... solvendi causa dederit, consumpta pecunia... liberatur: non alia ratione, quam quod factio eius intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse; quapropter, si eandem pecuniam is, qui in... solum acceperat, alii porro in creditum et in solum dederit, consumpta ea... se ab eo liberabit... Nam omnino, qui alienam pecuniam... in solum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit». *L. 14, § 8, D. de solutionib.* (XLVI, 3); Pothier, *Obl.*, 498; Brissonius, *De solutionibus*, etc. lib. I, edición de 1749 de Leiden, pág. 115, vers. 18: «et utilitatis tamen ratione receptum est, ut consumpta pecunia quam solverint, quia eius vindicandae potestas iam non est, pupilli liberatio nascatur».

(2) Demolombe, IV, 106.

sería admisible la reivindicación contra el tercero, porque en los muebles la posesión de buena fe equivale al título (1).

117. No es por otra parte fácil de resolver si puede equivaler á consumición el hecho de que el acreedor haya mezclado las monedas recibidas en pago con otras de su propiedad. Pagados, por ejemplo, mil napoleones de oro, el acreedor los pone en la caja, donde se confunden con otros; ahora es imposible distinguir aquéllos de éstos, y dar lugar á la reivindicación de los primeros *tamquam corpora*. En el derecho anterior al Código, la negativa no fué dudosa (2); pero en el derecho moderno, aun cuando no falten autores que siguen la misma doctrina (3), existe por otra parte algún escritor de erudición reconocida, que encuentra excesivamente rigurosa la máxima antigua; buena en sutileza civil, pero inadaptable hoy en día, en que la equidad tiene más extenso campo en las soluciones jurídicas. Según la nueva teoría se deberán restituir mil napoleones, sean ó no los mismos que formaron el pago (4). A nosotros nos parece á nuestra vez que se debe estar firmes en la doctrina antigua; la necesidad de que la reivindicación recaiga sobre el *idem corpus* no es sutileza jurídica, sino consecuencia lógica de la naturaleza de tal acción. Si nos alejamos un momento de la lógica para seguir las inspiraciones de una equidad muy dudosa, no sabremos donde detenernos; y substituiremos al imperio del derecho el empirismo y la arbitrariedad.

118. Si la consumición fué únicamente parcial, la reivindicación quedará naturalmente impedida únicamente *pro parte*; bien entendido, con la obligación del deudor, cuando sea el reivindicante, de ofrecer al acreedor otra cosa en sustitución, á fin de mantener íntegro el pago. De esto no se duda (5).

119. Y para concluir, tampoco se duda de aplicar la regla excepcional de que nos ocupamos, á los pagos de cosas no consumibles por el uso, siempre que el acreedor se encuentre en condición de no poder ya restituir la cosa recibida, ni ésta pueda reivindicarse. Por ejemplo, un caballo, un carruaje, una barca, después de que los haya enajenado de buena fe. El art. 1240 ha-

(1) Demolombe, IV, 107.

(2) *L. 78, D. de solutionib.* (XLVI, 3): «Si alieni nummi inscio, vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerant; si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit, in libris Gai scriptum est.» Sabelii, *Summa Solutio*, 45: «Solvens proprium debitum de alieni pecuniis liberatur maxime sequuta commistione et consumptione, ut evinci non possint.» Maurus, *ob. cit.*, cap. 5, núm. 36.

(3) Larombière, 1288, 10.

(4) Durantón, XII, 53; Demolombe, IV, 108, 109; Laurent, XVII, 502.

(5) Larombière, 1288, 11; Demolombe, IV, 110.

bla, es cierto, de sumas ó de cosas que se consumen; pero el legislador *minus dixit quam cogitavit*: porque la razón de la ley es más amplia que la palabra, y requiere la aplicación extensiva (1).

## ARTÍCULO II

### *Del pago hecho por un tercero.*

120. Hablando del pago hecho por un tercero es capital la distinción entre tercero *interesado* y tercero *no interesado*; y es preciso partir de ella para comprender el art. 1238, tanto por el lado teórico, como bajo el respecto de la práctica.

Tendremos también en cuenta la distinción entre tercero interesado que paga *en nombre del deudor*, y tercero no interesado que paga *en nombre propio*, aun cuando sea de importancia secundaria.

a) *Tercero interesado*.—Se entiende con esta denominación cualquiera que pueda ser forzado á pagar. Tiene un legítimo interés en extinguir la obligación quien está de cualquier manera, es decir, principal ó accesoriamente, obligado al cumplimiento: *las obligaciones*, dice el art. 1238, *pueden extinguirse por el pago hecho por cualquier persona que tiene interés en ello, como por un coobligado ó por un fiador* (2). Coobligado quiere decir codeudor de la misma obligación; por ejemplo, el *correo debendi* en la obligación solidaria, el codeudor en la obligación indivisible. No así el codeudor en la obligación divisible *pro rata*: porque en ésta son tantas las obligaciones cuantos son los coobligados, cada uno de los cuales, estando tenido solamente por su parte, no tiene interés en pagar la del otro. Fiador, inútil es decirlo, significa quien está obligado á pagar si el deudor no paga.

Nadie ha puesto nunca en duda, ni aun frente al derecho racional, la facultad de pagar del tercero interesado, y la subrogación legal en los derechos del acreedor á quien se ha pagado, que se sigue de ello. En esta subrogación legal encuéntrase toda la diferencia entre el pago del tercero interesado y el del tercero no interesado. Pero no es ahora el momento de desarrollar sus reglas.

## II

121. b) *Tercero no interesado*: 1.º, *que paga en nombre y para la liberación del deudor*.—El derecho positivo antiguo y el mo-

(1) Durantón, XII, 58; Larombière, 1238, 10; Demolombe, IV, 109.

(2) Art. 1238, Cód. civ. It.; 1236, Cód. Nap.

derno, reconociendo á quien está interesado la facultad de extinguir la obligación, como la reconocen al deudor, no se han alejado de las normas de razón; queda por ver si puede decirse lo mismo cuando reconocen igual derecho á quien no tienen interés en la obligación. ¿Vendrá, pues, un Ticio cualquiera, desconocido del acreedor y del deudor, que no tiene ningún lazo jurídico con ellos ni con el vínculo que les liga, y podrá mal grado de ellos efectuar el pago? ¿Vendrá un usurero, por ejemplo, que quiere emplear su dinero ventajosamente, tomará contra la voluntad de aquéllos el puesto de acreedor y quitando á éste de en medio, con un pago coactivo, encontrará el fácil acomodo de colocar ventajosamente sus capitales, subrogándose al acreedor satisfecho? ¿Vendrá un envidioso, que, previendo la próxima caducidad de la enfiteusis por falta de pago de los cánones, se adelantará á ofrecer su pago al señor directo, con el solo objeto de que no pueda aprovecharse de la caducidad, en la que de otro modo incurriría el enfiteuta? Han decidido las leyes que un tercero no interesado puede pagar también en nombre propio; pero, ¿han llevado quizás las cosas hasta este punto? Veámoslo brevemente.

122. Extingue ciertamente la obligación quien, sin tener obligación de ello, paga *etiam pro invito et ignorante debitore*; porque, conseguido el pago no le queda al acreedor nada que pretender. La cosa es clara, y si el texto romano y los Códigos modernos se contentan con enunciar un principio de tan fácil evidencia, debemos únicamente maravillarnos de que hayan tenido la idea de hacerlo saber (1). Pero el punto serio, si no en la práctica al menos en la teoría, está en saber si corresponde al deudor ó al acreedor ó á ambos el derecho de oponerse al pago que quiera hacer el tercero. Mientras se habla del deudor no creemos que pueda oponerse al pago aceptado por el acreedor, si al mismo tiempo no hace oferta real (2); y no nos persuade lo más mínimo la sutil observación de Laurent (3), cuando afirma que para hacer válido el pago se requiere la voluntad; porque la misma ley se contenta con la voluntad del acreedor y del tercero. Por otra parte el acreedor tiene un legítimo interés en exigir, mientras que falta al deudor todo interés en oponerse; ¿qué puede, en efec-

(1) *Princ. Inst. quib. modis, etc.* (III, 30); *L. 30, D. de neg. gestis* (III, 3); *L. 72, § 2; LL. 23, 40, 53, D. de solution.* (XLVI, 3; Art. 1236, Cód. civ. it.; 1236, Cód. Nap.

(2) *L. 53, D. de solut.* (XLVI, 3; *L. ult. Cod. de neg. gestis* (II, 19); Toullier, IV, 10 y 13; Duranton XII, 18 y 19; Larombière, 1236, 3; Colmet de Santerre, V, 175 bis, X y XI; Marcadé, 1236; Massé et Vergé sur Zachariae, § 557, nota 1; Pacífici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, núm. 113, y la nota *b*, pág. 598 de Venzi. Cas. Florencia, 9 de Diciembre de 1890 (*Legge*, 1891, 2, 335).

(3) *Ob. cit.*, XVII, 485.

to, temer del tercero que ha pagado? Las acciones de regreso; pero estas acciones, aun cuando estén acompañadas de subrogación, no pueden nunca empeorar la condición de dicho deudor.

Por lo demás, el tercero que ha pagado la deuda contra la voluntad del deudor, no tenía contra éste según el derecho romano ni la acción de mandato, ni la de gestión de negocios para obtener el reembolso de la suma pagada (1); los escritores modernos vacilan al determinar qué acción corresponde al tercero que ha pagado contra la voluntad del deudor (2); pero es claro para nosotros que le corresponde, cuando no haya obtenido la subrogación, la acción de *in rem verso* para ser reembolsado hasta donde alcance el provecho experimentado por el deudor.

123. Del lado del acreedor es preciso ver si tiene algún interés en rechazar el pago del tercero, cuando se trata de obligación de hacer (3). En efecto, un evidente interés por la ejecución personal de Pablo, más bien que la de Pedro, se encuentra en todas las prestaciones que requieren habilidad especial; por el conocidísimo *inter artifices longa differentia est, et ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis* (4). Tampoco un interesado, por ejemplo, un fiador, sería admitido á extinguir dichas obligaciones en lugar del deudor, *si specialiter actum est, ut suis operis id perficiat* (5).

Precisa solamente ver si esta disposición se extiende por analogía y autoriza al acreedor á rechazar también el pago que le ofrece un tercero en las obligaciones de dar, siempre que tenga aquél interés en la ejecución personal del deudor.

En Francia una escuela que se remonta á Basnage, á Dumoulin, á Pothier (6), lleva las cosas hasta el punto de estimar que el acreedor, aun cuando no tenga un interés propio en hacerla ejecutar personalmente por el deudor, puede rechazar la oferta del tercero, sólo porque el deudor no experimente ventaja alguna á causa del pago hecho por el tercero.

Además de hacerse fuertes en la antigua doctrina, los partidarios de esta escuela recurren á los motivos del Código Napo-

(1) *L. 40, Dig. Mandati* (XVII, 1); *L. 6, § 2 eod.*; *L. 53 eod.*

(2) Veanse Toullier, IV, 12; Duranton, XII, 19; Colmet de Santerre, V, 175 bis, XII; Demolombe, IV, 80; Mourlon, II, pág. 595, y 41, núm. 128 de este volumen.

(3) Arts. 1239, Cód. civ. it.; 1237, Cód. Nap.

(4) *L. 31 princ. D. de solut.* (XLVI, 3).

(5) Citada ley: *Fideiussor ipse aedificans, vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum.* Duranton, XII, 21; Larombière, 1237; I; Colmet de Santerre, V, 176 bis, I y II; Demolombe, IV, 71; Massé et Vergé sur Zachariae, § 557, nota 3; Laurent, XVII, 492.

(6) *Oblig.*, 500, donde cita á Dumoulin, *De usuris*, quaest. 45; Basnage, *Des hypothèques*, cap. XV, párrafo 353.

lcon; y dicen que el derecho de pagar por cuenta ajena fué concedido precisamente porque parecía injusto que el acreedor pudiera caprichosamente impedir un beneficio que un hijo, un amigo, un bienhechor quiera alcanzar para el deudor, sea sustrayéndolo á las persecuciones de un acreedor intolerante y molesto, sea haciéndole obtener una prórroga, sea, finalmente, librándole de la prenda ó de la hipoteca (1). Cuando, pues, el deudor no haya de experimentar por el pago *ex parti terti* ningún beneficio, falta para aquél la razón de la ley; y debe ser negado al tercero no interesado el derecho de hacer un pago que el acreedor no quiere y que no favorece al deudor (2).

Pero esta doctrina por otra parte, no obstante su antigüedad, es rechazada con razón por la mayoría de los modernos escritores franceses 3), porque, dejando á un lado otras observaciones, ni el texto del art. 1238 ni el del siguiente se prestan á la supuesta interpretación. Por el primero es lícito á cualquiera pagar la deuda ajena; por el segundo, esta facultad desaparece cuando el acreedor tenga interés en la ejecución personal del deudor. Ahora bien, ¿puede sostenerse seriamente que el acreedor tiene interés en que el deudor consiga un beneficio por el pago del tercero?

Mas racional es decir que también en las obligaciones *que in dando consistunt*, podrá por excepción existir á veces el interés del acreedor en la ejecución personal del deudor. El art. 1239 habla de las obligaciones de hacer, porque en éstas se presume el interés en la ejecución personal; pero no excluye que alguna vez se verifique idéntico interés en las obligaciones de dar (4). Esto ocurriría si en el contrato se hubiera pactado explícitamente que el deudor debe pagar en persona: si el pago fuese acompañado del ejercicio de un derecho especial y distinto de la extinción de la deuda, por ejemplo, la liberación de la enfiteusis. Evidente sería entonces el interés del acreedor en excluir la intervención del tercero.

Pero no reconoceremos igual interés cuando se busque una caducidad del deudor, ó una penal. No la caducidad, porque no teniendo derecho el acreedor de contar con la negligencia del

(1) Locré, *Legisl. civile*, XII, pág. 462.

(2) Delvincourt, II, pág. 154, nota 2; Toullier, IV, 11.

(3) Duranten, XII, 16; Colmet de Santerre, V, 175 bis, IV, V; Larombière, 1236, 3; Massé et Vergé sur Zachariae, § 558, nota 2; Aubry et Rau, § 316, nota 2; Demolombe, IV, 57; Laurent, XVII, 485.

(4) Molitor, *ob. cit.*, 971; Massé et Vergé sur Zachariae, § 557, nota 3; Aubry et Rau, § 316, nota 3, en que cita París, 13 de Mayo de 1814 (*Sirey*, XV, 2, 235); Borsari, *ob. cit.*, *lug. cit.*, §§ 3183, 3184; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (1V<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 113.

deudor, la intromisión del tercero para impedir la será ilícita únicamente en el caso, del todo excepcional, en que sea maliciosa, por estar animada del deseo de perjudicar al acreedor. No la penal. porque falta asimismo al acreedor el derecho de hacer hincapié en el incumplimiento del deudor. En todos estos casos por lo tanto y en los semejantes, el tercero tendrá derecho de hacer la oferta real, y el depósito, si el acreedor rechaza caprichosamente el recibirla (1).

124. Hasta aquí hemos examinado el disenso sólo del acreedor. Ahora bien, supongamos el disenso de los dos. Antes de recibir el pago que se le ofrece por el tercero, el acreedor piensa consultar al deudor, y este, compareciendo, une su voz á la del acreedor. Será caso extraño, pero no imposible. Ahora bien, ¿podrá el tercero triunfar de la voluntad contraria del acreedor y del deudor? Si la oposición del deudor está acompañada por el pronto pago, la respuesta negativa no puede ser dudosa ni por un momento; pero aun cuando el deudor no pague, nadie, creemos, querrá sostener que el tercero puede ingerirse en los negocios en que no está interesado, y avasallar la voluntad contraria de los dos interesados. Bien es verdad que la sola oposición del deudor no sería suficiente, pero sólo por la razón de que este no puede impedir al acreedor conseguir aquello que le corresponde. Ahora bien, en el caso, nosotros suponemos á su vez un acreedor que tiene sus buenas razones para secundar el deseo del deudor, antes que ser pagado por el tercero. Bien es verdad que la negativa del acreedor sólo no puede bastar si no tiene interés. Pero estamos en lo ordinario: del acreedor sólo porque no tiene derecho de impedir que el deudor consiga su liberación cuando por otra parte él recibe lo que es debido. Aquí por el contrario es el propio deudor el que no quiere ser liberado y no se sabría ciertamente explicar el por qué un tercero sin interés pudiese extinguir la deuda contra la voluntad de ambos interesados. Donde no existe interés falta derecho, y el art. 1238 no está escrito para derogar esta regla de buen sentido, sino para defender el interés del acreedor ó del deudor contra la caprichosa negativa del otro interesado (2).

125. Cerraremos nuestras observaciones respecto al pago del tercero no interesado, que paga en nombre y para la liberación del deudor, notando que debe comprenderse en esta categoría

---

(1) Laurent, XVII, 486; Dalloz, *Rép. Obligations.*, 1656; Liège, 28 de Diciembre de 1863 (*Pasicrisie belge*, 1864, 2, 249), y todos los autores; Pacifici-Mazzoni, *lug. cit.*, nota Venzi, b, pág. 593.

(2) Mourlon, *Subrogat*, pág. 202; Colmet de Santerre, V, 175 bis, X, Demolombe, IV, 59.



el encargado ó mandatario, alguna vez el gestor, aun que sea impropio (1), y siempre quien paga por liberalidad. Pero trátase de mandatario ó de gestor, como de donante, es cierto, y es preciso indicarlo desde este momento, que ninguno de ellos puede pretender subrogaciones en los derechos del acreedor anterior. Para quien paga *donandi animo*, como ocurre á menudo cuando existen lazos de familia, todo derecho de recurrir el tercero contra el deudor queda excluído por la naturaleza misma del negocio. En cuanto al mandatario y al gestor, tendrán contra el deudor mandante ó administrado las acciones que son propias del contrato ó del cuasi contrato: y podrán también obtener una subrogación convencional, cuando plazca al acreedor concederla. Sólo cuando por la índole del mandato ó de la gestión resulte que el pago fué para estos acto de necesidad, estarán en el derecho de obtener como terceros interesados la subrogación legal que nace del artículo 1253, núm. 3.º, del Código civil. Pero de esto hablaremos en el capítulo siguiente (2).

126. *Tercero no interesado, 2.º: que paga en nombre propio.*—Cualesquiera que sean los motivos, ocultos ó manifiestos, que puedan mover á alguno á pagar en nombre propio la deuda de otro sin estar interesado en ella, su condición con respecto al acreedor es ésta: que tiene derecho á que no se rechace su oferta, pero no puede pretender que se le subrogue en los derechos del acreedor contra el deudor, si no place al acreedor conceder buenamente la subrogación convencional.

Tal era la enseñanza de la doctrina antigua (3), y tal es el precepto de la ley moderna: porque toda disputa acerca del sentido del art. 1238, y de su correspondiente (1236) del Código Napoleón está hoy, por decirlo así, apagada. Quizás los dos Códigos no fueron muy felices al expresar el concepto legislativo: en efecto, diciendo que el tercero no interesado puede pagar también obrando en su propio nombre, siempre que *no venga á reemplazar al acreedor en sus derechos*, usaron una fórmula sibilina; y debemos excusar á Larombière, así como á otros autores respetables,

(1) *L. 39 D. de neg. gestis* (III, 5): «Solvendo quisque pro alio, licet invito et Ignorante, liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere; naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deterlorem non posse».

(2) Véase el núm. 233.

(3) Brissonius, *ob. cit.*, lib. I (pág. 116, *lug. cit.*); «Plane sponte quis alieno creditori offerens, quod ei debebatur, cogere eum non potest. sibi quas adversus debitorem habet, praestet actiones: cum invitus nomen vendere creditor non cogatur: quod si vendiderit (vendere autem vel invito ac repugnante debitore potest) cedendarum actionum necessitate adstringetur». Sabelli, *Summa, Solutio*, 47: «Quod solvens pro alio non habeat ius petendi cessionem iurium a creditore recipiente».

que lo mismo que él no alcanzaron el concepto de la ley y vieron en estas palabras una mera declaración sobre la naturaleza del pago con subrogación, como si el legislador hubiera querido únicamente hacernos saber que un pago con subrogación no extinguiría la deuda, ni cambiaría la persona del acreedor (1). La inexactitud del texto excusó esta errónea interpretación. Pero hoy en día la luz está hecha, y el sentido de la ley está puesto de manifiesto por la doctrina interpretativa, que con lento y mesurado proceder se ha ido formando. Bien consideró el legislador que si *pro bono debitoris* era lícito á cualquiera extinguir también la deuda ajena *invito creditore*; si *pro bono creditoris* era lícito hacerlo *invito debitore* por quien era del todo extraño á la obligación, habría sido falta de lógica y aberración de los sanos principios de la justicia, el convertir esta facultad encaminada exclusivamente al bien del deudor ó del acreedor, en un medio de ganancia para el tercero que paga, deseoso probablemente de encontrar una colocación segura de sus capitales. Se habrían abierto las puertas á un círculo vicioso: porque el día siguiente al en que Ticio, extraño á la deuda, hubiese pagado, Cayo, entrando á la fuerza en sus derechos, habría podido hacer el mismo juego que Ticio. Tomada la investidura de tercero, habría podido á su vez obligarle á recibir el pago y á subrogarle en sus derechos. No ha querido, pues, sin motivo el legislador impedir este inconveniente: y el sentido de sus palabras, aunque no cumplan la regla de la claridad, se ha hecho manifiesto por las razones y por el designio de la ley (2).

127. Fijadas las condiciones con el concurso de las cuales puede un tercero presentarse á pagar la deuda ajena, será inútil advertir que todas las reglas referentes al pago hecho por el deudor se deben aplicar al pago hecho por el tercero: el cual ni podrá ofrecer pagos parciales, ni obligar al acreedor á recibir *aliud pro alio*. Debe ofrecer la cosa misma que está *en obligación*, precisamente como haría el deudor. No habría necesidad de detenernos en este punto si no se presentase una duda respecto á la compensación. Dado el caso de que el tercero sea á su vez acreedor del acreedor, ¿puede pretender pagar por compensación? ¿ofrecer en extinción de la deuda ajena su propio crédito? En Roma no fué dudosa la negativa (3). Pero la oportunidad de esta

(1) Larombière, 1236, 8; véase también Toullier, III, 9; Durantón, XII, 15; Marcadé, 1236, 2.

(2) Loaré, *Législat. civile*, XII, págs. 460-462; Mourion, *Subrogation*, págs. 195 y siguientes; Colmet de Santerre, V, 175 bis, VI y VII; Laurent, XVII, 487; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.), vol. JV, núm. 115, y la nota *c* del egregio Venzi, pág. 598.

(3) *L. 18, § 1. D. de compensationibus* (XVI, 2): «Creditor compensare non cogi-

respuesta fué puesta en duda en tiempos menos remotos por Barbeyrac y por Pothier, á los cuales pareció inspirada en razones de rigor civil incompatibles con la índole liberal que con el transcurso del tiempo iban tomando el derecho y la jurisprudencia (1); tanto que hoy en día se estima más comunmente admisible la compensación facultativa, siempre que extinga la deuda entera (2). Ciertamente, Duranton ha tratado de introducir una distinción; admitiendo la compensación siempre que sea deducida por el mismo deudor, consintiendo el tercero; negándola, sí en su lugar es el tercero el que se presenta con su crédito propio para pagar, oponiéndolo en compensación de lo que su deudor deba obtener del otro (3). Pero la distinción no encuentra el favor universal, bien porque para pagar la deuda ajena no es necesario el consentimiento del deudor: bien porque ninguna razón de quejarse puede tener éste ya que no se da prisa en satisfacer su obligación. Tolerare, pues, que este tercero venga á satisfacerla por él, oponiendo la compensación (4).

128. No creemos, finalmente, deber entrar en el desarrollo de las funciones jurídicas nacidas entre el deudor y el tercero, que en nombre propio paga por él. Estas relaciones son extrañas a nuestro asunto, y dependen del objeto que el tercero se proponga al pagar y del beneficio que ocasiona al deudor. Pero en la peor hipótesis, no podrá nunca faltar al tercero la acción *de in rem verso*: sirvan para el asunto las observaciones establecidas sobre el pago realizado por el tercero  *nolente debitore*, pero en nombre del mismo, y los principios expuestos en otra ocasión sobre los cuasi contratos y sobre las obligaciones *ex lege*. En semejantes casos en verdad no hay gestión de negocios, sino *actio de in rem verso* hasta donde alcance el provecho procurado al deudor (5).

129. Todo esto en materia civil. El comercio requirió una disposición especialísima para la letra de cambio: parte por la conveniencia de favorecer el pago de este título y parte por el deseo de librar á los comerciantes de la desdicha de ver sus firmas expuestas al deshonor del protesto. El Código de Comercio concede á quien quiera el derecho de pagar por intervención, con entera subrogación legal en los derechos del poseedor (6).

---

tur, quod alii, quam debitori suo debet; quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare».

(1) Pothier, *Obl.*, 630; donde cita á Barbeyrac en las notas sobre Puffendorff.

(2) Demolombe, IV, 77; Larombière, 1239, 17; Desjardins, *De la compensation*, CXXXIII, pág. 455.

(3) Duranton, XII, 417.

(4) Demolombe, *lug. cit.*, 77.

(5) Véanse los núms. 122 y sigs., y el vol. V, núm. 31, IV, núm. 31.

(6) Arts. 299, 300, Cód. Com.

Prescindimos por el momento de la subrogación dirigida á interesar á los amigos del librador, del tomador de los endosantes á hacer honor á las firmas de éstos y sostener el decoro del comercio; indiquemos que el pago así hecho libera á todas las personas firmadas en la letra que tendrían regreso que ejercitar contra aquél en cuyo honor se hizo el pago; de ahí que se subroga el pagador sólo en los derechos del poseedor contra aquellos que estarían expuestos á las acciones de regreso ejercitables por él. Hecho, pues, por cuenta del librador ó del emitente, libera á todos los endosantes; hecho por cuenta de un endosante libera á todos los endosantes subsiguientes (1). Por lo que, cuando sean varias las personas que se ofrecen á pagar por intervención, se prefiere aquella que libera el mayor número de obligados (2). El Código no prevé el caso de varios que intervengan por la misma persona; pero nosotros creemos adoptable la regla común enseñada, esto es, de preferir entre las varias la indicada en el título *á la necesidad (al bisogno)*; ó en defecto de ésta la que se presentó primero (3). Por lo demás, las reglas particulares sobre el pago por intervención en las letras de cambio y en los títulos á la orden donde existe la garantía solidaria de los coobligados, son de competencia de los escritores de derecho mercantil.

## CAPÍTULO II

### EFFECTOS DEL PAGO

#### OBSERVACIONES GENERALES

130. Por regla general, el pago extingue la obligación y libera al deudor; tanto que se llama el primero y más natural modo de extinguir las obligaciones. Por excepción, alguna vez cuando es hecho por el deudor, en lugar de extinguir cambia la persona del acreedor, subrogando en los derechos de éste al tercero que los satisfizo, aun cuando en sutileza civil también esta operación jurídica no extintiva de la obligación, siga llamándose pago. Fuera de esto, volviendo á la regla, si el deudor tiene varias deudas con el mismo acreedor, es importante determinar con la teoría de la imputación cuál es la deuda que queda extinguida.

Para dar, por lo tanto, noción ordenada de los efectos del pago, es preciso tratar en una primera sección de la extinción de la obligación y de la liberación, que es su consecuencia; además

---

(1) Art. 301, Cód. Com.

(2) Arts. 272, 301 de dicho Código.

(3) Bédarride, *De la lettre de change*, 157.

de la imputación del pago: efectos normales de esta figura jurídica. En una sección siguiente, de los efectos excepcionales: es decir, del pago con subrogación.

## SECCION I

### EFFECTOS NORMALES DEL PAGO

#### § 1.

#### *Extinción de la obligación y liberación que se consigue.*

#### I

131. PAGO TOTAL.—El efecto del pago total hecho por el deudor es extinguir la obligación y todo lo que constituye sus accesorios; librar al deudor así como á todos los coobligados y fiadores (1). Tal efecto es perentorio y no queda facultad al acreedor ó al deudor de eludirlo en daño de los terceros, siempre que se haya verificado. Aceptado el pago, las hipotecas las prendas, las fianzas están muertas para siempre, aun cuando el acreedor restituya la suma y renazca el crédito; ó por acuerdo entre acreedor y deudor renazca la obligación (2).

Se exceptúa el pago no válido, por ejemplo, hecho *a non domino* ó por el incapaz en los casos del art. 1240; llegada la evicción, ó restituida la cosa por el acreedor con motivo de ella, la obligación continuaría viviendo con todos sus accesorios y garantías, porque verdaderamente no se habría extinguido nunca, al no ser válido el pago (3). Lo que, por otra parte, se entiende en forma compatible con la publicidad del sistema hipotecario: porque las hipotecas, una vez canceladas, pueden inscribirse de nuevo, pero no con la fecha de la inscripción cancelada.

(1) Arts. 1236, 1264, 1265, Cód. civ. it.; 1234, 1262, 1273, Cód. Nap., *Pr Inst. quibus modis oblig. tollitur* (111, 19); *D. 43, D. de solutionib.* (XLVI, 3): «in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora: praeterquam quod inter creditorem et adpromissores, confusione facta reus non liberatur». Voet, XLVI, 3, 13; Demolombe, V, 61; Aubry et Rau, § 320, texto y nota 10.

(2) Citados artículos. Demolombe, V, 61 y 62, que cita Cas., 25 de Julio de 1864 (*Devilleneuve*, 1864, 1, 452); Caen, 17 de Abril de 1868 (*ibid.*, 1870, 3, 180); Aubry et Rau, *lug. cit.*; Cas. Turín, 11 de Marzo de 1881 (*Ann.*, 1881, 1, 1, 125), que aplicó la regla al caso en que la suma desembolsada había sido restituida enseguida por el acreedor al deudor.

(3) Voet, *lug. cit.*: «Nisi, quod solutum est (sive debeatur, sive pro alia re debita in solutum sit datum) evincatur, in totum aut pro parte, aut unum ex pluribus in solutum datis; quippe quo casu solutio nulla facta creditur: sic ut in totum pristina cum suis accessionibus obligatio salva sit: eo quod re integra creditor partem, aut rem unam sine altera, non fuisset accepturus». *LL. 20, 27, 46 pr. § 1 e L. 69, D. t. h.; L. 86 de sent. et interlocut. omn. iudic.*

132. A veces un solo pago extingue varias obligaciones. Esto ocurre cuando las diferentes obligaciones tenían el mismo objeto, porque la prestación que de ellas se haga una vez, constituye el cumplimiento de todas. Si para extinguir una deuda de dinero el deudor vende al acreedor una cosa determinada, mediante la prestación de la misma extingue al mismo tiempo la primitiva obligación y la nacida de la venta (1). Esto ocurre también si los acreedores son diversos: así en el comercio la tradición de la cosa que ha sido objeto de órdenes de entrega endosadas por varias personas, extingue á un tiempo las obligaciones de todos (2); como el pago en la letra de cambio extingue la obligación no sólo del aceptante, sino del librador y de todos los endosantes (3) Y en materia civil, si Pablo prestó mil á Francisco por orden de Pedro, el pago de Francisco en manos de Pablo extinguirá tanto la obligación suya como la otra de Pedro con respecto al mismo Pablo.

La regla procede también cuando existen varios acreedores; por lo que si Juan, por delegación de su acreedor José, paga mil en manos de Jacobo, acreedor del mencionado José, este pago extinguirá el crédito de José y el de Jacobo (4).

Por el contrario, cuando en la misma obligación figuran varios codeudores, el pago de la totalidad que uno de estos haga al acreedor único extingue siempre la obligación con respecto á éste; pero no siempre libera á los otros codeudores. En verdad si éstos deben en vía de regreso soportar en todo ó en parte la deuda, el codeudor que ha pagado queda subrogado en los derechos del acreedor, y se convierte en acreedor con respecto á los otros. Esto ocurre en las obligaciones solidarias, en las indivisibles y en la fianza (5).

132 bis. Pero, puesto que el pago libera al deudor, ¿estará éste en el derecho de exigir la restitución del título de crédito? Que el deudor tenga derecho cuando paga á obtener el finiquito como documento de su liberación, es cosa que no admite duda. Pero en cuanto á pretender además la restitución del título de crédito es un punto sobre el que se encuentran incertidumbres en la juris-

---

(1) *L. 44, D. de solut.* (XLVI, 3): «In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur, uno momento. Veluti si quis pignus pro debito vendiderit creditori; evenit enim, ut ex vendito tollatur obligatio, et debiti». Pothier, *Obl.*, 553.

(2) Véase el vol. VI, núm. 227.

(3) Art. 301, Cód. Com.

(4) *L. 3, § 12, D. de donat. inter virum et uxorem* (XXXIV, 1); Pothier, *lug. cit.*, 553.

(5) Véase el núm. 232 y sigs.; y el vol. I, núms. 192 y sigs., y 262 y sigs.

prudencia, y no faltan afirmaciones inexactas que pueden hacer extraviar del recto sendero. Por citar algún ejemplo, la Corte de apelación de Turín estima que el deudor no tiene derecho de pretender la restitución del título extinguido (1); y la Casación de Nápoles afirmó la misma máxima en el caso en que la obligación se refiriese á otros deudores (2).

Pero no irá lejos de la verdad quien reconozca por regla el derecho del deudor á conseguir la restitución del título (3). En efecto, el objeto principal del título es el de servir de *instrumentum probationis* de la deuda, y de suministrar al acreedor las armas y los procedimientos ejecutivos para conseguir el pago. Obtenido este, se ha conseguido el objeto; y no se comprende por qué debiera estimarse buena la pretensión del acreedor de conservar un título del cual no tiene ya necesidad, y que se convierte en una amenaza injusta para el deudor. Por esto, con razón escribía Voet: *Atque hinc est, quod et apocham debitori solventi creditor dare tenetur praeter cautionem, quae solutione facta, sine causa apud creditorem remaneret* (4); y muchos entre los modernos escritores confirman la misma regla (5), que también encontró una vez la aceptación de la Casación romana (6).

Sólo admitimos que dicha regla tenga también sus excepciones, y que en su consecuencia el acreedor quede dispensado de la restitución del título cuando éste deba servirle también ó á sus codeudores como documento defensivo, ó para el ejercicio de otros derechos; finalmente, cuando se encuentre, sin culpa, en la imposibilidad de restituirlo (7). Por ello en buen derecho estima la Corte de apelación de Bolonia legítimo impedimento la circunstancia de que el documento había sido entregado por el acreedor, antes del pago, al Procurador del Rey para recurso en vía disciplinaria, y aquel Magistrado no lo había restituído todavía (8).

(1) Turín, 9 de Julio de 1878 (*Giur. tor.*, 1878, 500).

(2) Cas. Nápol. s., 17 de Mayo de 1878 (*Gazz. proc.*, XIII, 427).

(3) Este derecho está reconocido por el art. 371 del Código civil alemán; y en el mismo sentido se ha pronunciado Atzeri, *Obbligo della restituzione del chirografo, ecc.* (*Gazz. giur.*, 1898, 255); refutando una sentencia de la Pretura di Quarto S. Elena en Ceideña; Piola Caselli, en el *Digesto, voz Pagamento*, núm. 63; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.), vol. IV, nota Venzi n, pág. 605.

(4) *Ad Pand.*, XLVI, 3, 15.

(5) Aubry et Rau, § 325, texto y nota 2; Massé et Vergé sur Zachariae, § 562, nota 2; que citan Nancy, 27 de Noviembre de 1825 (*Sirey*, 1826, 2, 147); Civ. rej., 7 de Marzo de 1859 (*ivi*, 1859, 1, 206); Laurent, XVII, 597; Borsari, *Comm. Cod. civ.*, § 3244.

(6) Cas. Roma, 15 de Diciembre de 1879 (*Foro*, 1880, 1, 195). En contra Cas. Nápoles, 17 de Mayo de 1878 (*Gazz. proc.*, XIII, 427); Turín, 9 de Julio de 1878 (*Giur. tor.*, 1878, 500).

(7) Aubry et Rau, *lug. cit.*; Laurent, *lug. cit.*

(8) Bolonia, 12 de Abril de 1881 (*Riv. giur. Bol.*, 1881, 248).

133. En cuanto al pago hecho por un tercero, hemos dicho ya que no siempre libera al deudor, porque, si el tercero paga con ánimo de indemnizarse, la subrogación convencional ó legal en los derechos del acreedor hace que continúen subsistiendo á su favor la obligación y sus accesorios (1).

Pero de esto hablaremos en lugar oportuno.

## II

134. PAGO PARCIAL.—En todos los casos en que se acepte por el acreedor un pago parcial, ó éste constituya por excepción un derecho del acreedor (2), extingue la deuda sólo por la parte correspondiente. Quien deba veinte y pague diez, queda liberado por la mitad (3), y quedan también liberados por la mitad los obligados y los fiadores.

135. Según una vieja teoría enseñada por Pothier, fundada en algunos textos romanos, la regla sufriría excepción en las obligaciones alternativas, en las de especie, y cuando el acreedor sufriera evicción de la cosa recibida en pago parcial, porque en los dos primeros casos, podría el deudor repetir, y gozándose de la facultad nacida de la alternativa, ó de la designación de especie, sustituirla por otra de las cosas debidas ó pagarlas íntegramente (4). Pero esta teoría no es aplicable en el Derecho moderno. Pasando también en silencio la obscuridad de los textos en que pretende fundarse (5), y su contraposición á otras disposiciones (6), conviene observar que ningún escritor moderno la ha querido seguir. Por otra parte, es una teoría que choca con el principio general sobre la repetición de lo indebido, por el que no se puede repetir si no se ha pagado por error. Sería preciso, pues, para autorizar al deudor á la sustitución, que éste hubiese pagado por error excusable, ignorando, por ejemplo, su derecho de opción que le concedía el título. Son cosas ya advertidas por nosotros al hablar de las obligaciones alternativas, y pueden repetirse en esta materia también, para las obligaciones en espe-

(1) Laurent, XVII, 479; Venecia, 8 de Noviembre de 1881 (*Temi ven.*, 1881, 582).

(2) Véase núms. 35 y sigs.

(3) *L. 9, § 1, D. de solutionibus* (XLVI, 3): «Qui decem debet, partem solvendo, in parte obligatiōnis liberatur, et reliqua quinque sola in obligatiōne remanent». Pothier, *Obl.*, 561.

(4) Pothier, *Obl.*, 562, 563, 564.

(5) *L. 26, §§ 13 y 14, D. de cond. indeb.* (XII, 6); *L. 9, § 1; L. 34, § 1, D. de solut.* (XLVI, 3).

(6) *L. 112 pr. D. de v. o.* (XLV, 1); *L. 19, de leg. II* (XXX, 1).



cie (1). Por lo que concierne á la evicción sufrida, es inútil repetir que se trataría de pago no válido, según el art. 1244, por estar hecho *a non domino*.

Por lo demás, sobre los efectos del pago parcial, si tal pago libera parcialmente á los coobligados y á los fiadores, no disminuye, por otra parte, las garantías reales de la prenda y de la hipoteca, las cuales, siendo indivisibles, continúan hasta el último céntimo de la deuda, excepto que la hipoteca sea reducida por el Juez á instancia de parte (2).

Por último, no será advertencia inútil á los poseedores de letras de cambio que el pago parcial, mientras libera á los coobligados en proporción á la entidad del pago, mantiene vivas las acciones de regreso por la suma no pagada, siempre que el poseedor realice el protesto para probar la falta parcial del pago (3).

## § 2.

### *Imputación del pago* (4).

136. Comunmente se enseña que las reglas sobre la imputación resultan aplicables cuando el deudor que paga tiene varias deudas con respecto al acreedor. Pero todo esto es poco exacto,

(1) Véase el vol. IV, núm. 431.

(2) Arts. 1839, 1964, 2026, Cód. civ. it.; 2083, 2114, 2140, Cód. Nap.

(3) Art. 592, Cód. Com.

(4) DERECHO COMPARADO.—*Imputación del pago.—Reglas y efectos jurídicos.*

1. *Derecho español.*—A) *Derecho histórico.*—a) *Principio general.*—Si algún ome que es deudor de otro de *muchas deudas*, é quiere pagar la una ó las dos dellas, en su poder sea pagar qual dellas quisiere: é si á la paga no mostrase qual de las deudas pagare, aquel que rescibiere la paga cuéntela en qual de las deudas quisiere (*Ley 8.<sup>a</sup>, título 20, libro 3.<sup>o</sup> del Fuero Real*).

b) *Aplicación de la paga.—Reglas para su imputación.*—Debidas de *muchas maneras* deuiendo un ome otro, si le fiziese paga alguna, é señalase por quales deudas le fazía aquella paga, deue ser contada en aquella que señaló é non en otra. E si por auentura, el que fiziese la paga non dixesse por qual debdo la fazía, é el que la rescibe señalasse luego vno de los debdos principales, diziendo que las rescibe por él, é se callasse el que fazía la paga, estonce deue ser contada en el debdo que señaló, é non en otro. Mas si lo contradixesse luego, ante que se partiesse del lugar, deuel ser tornado lo que le pagó ó contado en aquel debdo que señalase el que faze la paga. E si caeciesse, que el que fiziese la paga nin el que la rescibe, non señalaron por qual debdo la fazían, estonce, si las deudas fueren iguales, que non aya agrauamiento ninguno de pcna, nin de vsura nin de otra manera más en el uno que en el otro, deue ser partida la paga en todos los debdos principales, en aquellos que conoscesse (confesase) el debdor, sobre que no ouisse contienda ninguna. E si por auentura debda y ouiere alguna que fuesse más agrauada que las otras, por razón de pena que fuesse puesta en ella ó por otro agrauamiento semejante, estonce deue ser con-

porque si bien el jurisconsulto es más ó menos llamado á determinar la imputación de un pago, cuando concurren entre las mismas personas varias deudas, acaece por otra parte alguna

tada la paga tan solamente en tal deuda como esta que es más grauc (*Ley 10, título 14, partida V*).

B) *Código civil.*—a) *De la imputación de pagos.*—El que tuviese varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar al tiempo de hacer el pago, á cual de ellas debe aplicarse. Si aceptarse del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, á menos que hubiese mediado causa que invalide el contrato (*art. 1172 del Código civil español*).

b) *Principio aplicable á las obligaciones con interés.*—Si la deuda produce interés, no podrá estimarse el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses (*art. 1173 ídem*).

c) *Regla general.*—Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas. Si estas fuesen de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará á todas á prorrata (*art. 1174 ídem*).

C) *Jurisprudencia civil española.*—a) *Obligaciones con interés.*—Casos en que no son aplicables los preceptos relativos á la imputación de pago.—Probado que el acreedor recibió la cantidad que importaba el capital prestado, dando por liquidada la deuda sin reserva alguna respecto á los intereses, lo cual extingue la obligación en cuanto á ésto, cantidad que no fué pagada á cuenta de la obligación sino para liquidarla y extinguirla conforme á la novación, no puede ser aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 1173 del Código civil (*Sentencia de 20 de Marzo de 1895*).

b) *Obligaciones con cláusula penal.*—El precepto contenido en el art. 1173 del Código civil es inaplicable al caso en que se trata de cantidades debidas por razón de una sanción penal, porque pagado el capital é intereses de la deuda por virtud del procedimiento ejecutivo no puede sostenerse que el deudor haya dejado incumplida la obligación, siquiera lo haya sido irregularmente, por haber dado lugar á dicho juicio (*Sentencia de 6 de Febrero de 1906*).

II. *Derecho hispano-americano.*—*Principios generales relativos á la imputación del pago.*

*Argentina.*—a) *Principio doctrinal.*—Si las obligaciones para con un solo acreedor tuviesen por objeto prestaciones de la misma naturaleza, el deudor tiene la facultad de declarar al tiempo de hacer el pago por cual de ellas debe entenderse que lo hace (*art. 807 del Código civil de la Argentina*).

b) *Excepciones á la regla general.*—La elección del deudor no podrá ser sobre deuda líquida, ni sobre la que no sea de plazo vencido. Si el deudor no ha escogido una de las deudas líquidas y vencidas para la imputación del pago, y hubiese aceptado recibo del acreedor, imputando el pago á alguna de ellas especialmente, no puede pedir se impute en cuenta de otra, á menos que haya mediado dolo, violencia ó sorpresa por parte del acreedor (*arts. 808 y 809 ídem*).

c) *Imputación del pago en las deudas con interés.*—Si el deudor debiese capital con intereses, no puede, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago al principal. El pago hecho por cuenta de capital é intereses, se imputará primero á los intereses á no ser que el acreedor diese recibo por cuenta del capital (*arts. 810 y 811 del Código citado*).

d) *Reglas especiales de interpretación.*—No expresándose en el recibo del acreedor á qué deuda se hubiese hecho la imputación del pago, debe imputarse entre las de plazo vencido, á la más onerosa del deudor, ó porque llevara intereses, ó porque hubiese pcna constituida por falta de cumplimiento de la obligación, ó por mediar prenda ó hipoteca, ó por otra razón semejante. Si las deudas fuesen de igual natura-

vez que la necesidad de establecer la imputación se presenta también cuando la deuda es una sola, esto es, en el caso de pago parcial, sea por que se haya aceptado buenamente por el acree-

leza, se imputará á todas á prorrata (*art. 812 del Código civil de la República Argentina*).

*Bolivia.*—a) *Principio general acerca de la aplicación de los pagos.*—El deudor de muchas deudas, cuando paga, tiene derecho á declarar qué deuda satisface (*artículo 844 del Código civil de Bolivia*).

b) *Obligaciones con interés líquido y exigible.*—El deudor de una deuda con intereses y devengados, no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago que hace al capital con preferencia á los intereses y devengados. El pago hecho del capital é intereses, que no es íntegro, se aplica á los intereses (*art. 845 ídem*).

c) *Reglas generales de aplicación del pago.*—El deudor de diferentes deudas, que ha aceptado un finiquito, por el que el acreedor ha aplicado al pago recibido á una deuda señaladamente, ya no puede pedir su aplicación á otra, á no ser que haya habido dolo, ó sorpresa de parte del acreedor. Cuando en el finiquito no se ha hecho aplicación ninguna, se entenderá satisfecha la deuda que interesa más al deudor, siendo todas las deudas vencidas; mas si no lo son, se entenderá satisfecha la que esté vencida, aunque sea menos gravosa al deudor que las otras. Si son todas de igual naturaleza, la aplicación se hará á la más antigua, y si son en todo iguales, se distribuirá proporcionalmente (*arts. 846 y 847 del Código de Bolivia*).

*Chile, Colombia y Ecuador.*—*Reglas generales con respecto á la imputación del pago:*

1.<sup>a</sup> Si se deben capital é intereses, el pago se imputará primeramente á los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital, sin minorar los intereses, se presumen éstos pagados (*arts. 1595 de Chile, 1653 de Colombia y 1585 del Ecuador*).

2.<sup>a</sup> Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago á la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferirse la deuda no devengada á la que lo está. Si el deudor no imputa el pago á ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor la acepta no le será lícito reclamar después (*arts. 1596, 1654 y 1586 respectivamente*).

3.<sup>a</sup> Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada á la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere (*arts. 1597 del Código civil de Chile, 1655 del de Colombia y 1587 del de El Ecuador*).

*Guatemala.*—a) *Aplicación del pago.*—En uno solo de sus artículos y dentro del párrafo concerniente al pago, establece el Código guatemalteco toda la teoría general relativa á la *imputación del pago*. Al efecto determina que cuando hace un pago el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho á declarar cuál es la deuda á que ha de aplicarse. Si no lo declara, se entenderá aplicado al pago de la deuda que gana más interés entre las de plazo cumplido, si ninguna gana interés, á la que esté asegurada con fianza ó hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago á la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará á todas proporcionalmente. El que debe capital é intereses no puede sin consentimiento del acreedor aplicar el pago al capital antes que á los intereses (*art. 2314 del Código civil de Guatemala*).

b) *Presunción legal en los pagos periódicos.*—En los pagos periódicos la constancia de pago del último período, hace presumir los pagos de los anteriores, siempre que hayan debido efectuarse entre el mismo acreedor y el mismo deudor (*artículo 336 del Decreto de reformas, sin concordancia con ninguno de los artículos del expresado Código civil*).

*Honduras.*—Bajo el mismo título y literalmente con las mismas conclusiones que

dor, sea porque el deudor tenga por excepción el derecho de pagar parcialmente. Esto enseña la razón y esto aparece también del conjunto de las disposiciones legales. En verdad, de los cua-

---

el Código civil español, expresa el de Honduras, idénticas reglas que el nuestro patrio respecto á la *imputación* del pago, facultades del deudor en la concurrencia de deudas de la misma especie, limitaciones en las que producen interés y excepciones á los principios generales á favor del deudor, en la aplicación del pago á la deuda más onerosa y en el último resultado á prorrata entre todas (*arts. 1279 al 1281 del Código civil de Honduras*).

*Méjico.*—De la *imputación del pago*.—Dentro del capítulo 3.º, del título 3.º, del libro III, y en la materia general de obligaciones con respecto á la *prestación de cosas*, expone el Código civil de Méjico, todos los principios legales relativos á la aplicación del pago.

a) *Principio doctrinal*.—El que tuviese contra sí varias deudas en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, á cuál de ellas quiere que se aplique (*art. 1454 del Código citado*).

b) *Reglas generales*.—Si el deudor no hiciese la referida declaración, se entenderá hecho el pago por cuenta de la deuda que le fuese más onerosa entre las vencidas; en igualdad de circunstancias por cuenta de la más antigua; y siendo todas de la misma fecha, por cuenta de todas ellas á prorrata (*art. 1455 idem*).

c) *Deudas que producen interés*.—Las cantidades pagadas por cuenta de deudas con intereses, no se imputarán al capital, mientras hubiese intereses vencidos, salvo convenio en contrario (*art. 1456 del Código civil mejicano*).

*Perú.*—Como su congénere el de Guatemala, el Código civil del Perú, con la misma parquedad de preceptos, examina bajo el título del pago la doctrina jurídica relativa á la imputación ó aplicación del mismo en el caso de pluralidad de deudas en un mismo deudor.

a) *Principio general*.—Cuando hace un pago el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho á declarar, cuál es la deuda á que ha de aplicarse (*art. 2230, párrafo 1.º del Código civil peruano*).

b) *Reglas de aplicación*: 1.ª, Si no lo declara, se entenderá aplicado el pago á la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; 2.ª, si ninguna gana interés, á la que esté asegurada con fianza ó hipoteca, y 3.ª, si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago á la más antigua y si en todo son iguales, se aplicará á todas proporcionalmente (*párrafo 2.º del artículo y Código citado*).

c) *Deudas con interés*.—El que debe capital é intereses, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que á los intereses (*párrafo 3.º del art. 2230 del Código civil del Perú*).

*Salvador (El)*.—Contiene este Código civil las mismas reglas que los de Chile, Colombia y Ecuador, anteriormente expuestos, con respecto á la *imputación del pago*.

Las deudas en que se deben capital é intereses, la facultad de imputar el pago por parte del deudor en el caso de haber diferentes deudas á favor de un acreedor, y la prioridad de éstas en el caso de que ni el acreedor ni el deudor al realizar el pago le hubiesen aplicado con determinación á ninguna de ellas, se ballaban sometidas en este Código á los mismos principios legales que los contenidos en los Códigos ya citados, á los cuales nos referimos en mérito á la brevedad (*arts. 1483, 1484 y 1485 del Código civil de la República de El Salvador*).

*Uruguay.*—a) *De la imputación de la paga*.—*Sus caracteres*.—La imputación es convencional y legal. Convencional cuando se estipula por el deudor en el acto del pago, ó se indica por el acreedor en el recibo que diese al deudor. Legal cuando se

tro artículos contenidos en el Código civil sobre el asunto, hay tres que se refieren á la pluralidad de las deudas, y son los artículos 1255, 1257 y 1258, mientras el art. 1256 se ocupa del pago parcial de una deuda sola.

Ahora bien: como las reglas de la imputación en el uno y en el otro caso no son iguales, quiere la razón que nos ocupemos separadamente de las unas y de las otras.

hace por la ley, á falta de la que el deudor y acreedor habrían podido hacer (*artículo 1449 del Código civil del Uruguay*).

b) *Principio general.*—Si varias deudas de una persona en favor de un solo acreedor tuviesen un *objeto semejante*, el deudor goza de la facultad de declarar al tiempo de hacer el pago por cuál de ellas quiere que se entienda hecho. La elección del deudor no podrá ser sobre deuda ilíquida ó que no sea de plazo vencido (*art. 1450 idem*).

c) *Deudas con interés.*—El que debe un capital con intereses no puede sin consentimiento del acreedor, imputar al capital la paga que verifica. La paga por cuenta del capital é intereses se imputa á éstos en primer lugar. Sin embargo, si declarando el deudor que pagaba por cuenta del capital, consintiese el acreedor en recibir bajo esa calidad, no podrá después oponerse á la imputación (*art. 1451 del Código citado*).

d) *Reglas aplicables al pago indebido.*—El pago hecho por error de una deuda que no exista, se imputa *ipso jure* sobre la deuda que exista. Así, el pago verificado por intereses que no son debidos, debe imputarse al capital (*art. 1452 idem*).

e) *Principios aplicables á la imputación legal:* 1.º, cuando el que tiene diversas deudas ha aceptado un recibo en que su acreedor imputa la paga á alguna de ellas especialmente, no puede ya pedir se impute en cuenta de otra, á no ser que haya mediado dolo ó al menos, sorpresa por parte del acreedor; 2.º, no expresándose en el recibo á cuál deuda se haya hecho la imputación, debe imputarse entre las de plazo vencido, á la que por entonces tenía el deudor más interés en pagar, sea porque devengara réditos, porque se hubiese señalado alguna pena, por mediar prenda ó hipoteca ó por otra razón semejante; 3.º, si las demás deudas no son de plazo vencido, se aplicará la paga á la vencida, aunque menos gravosa. Si todas son de igual naturaleza, la imputación se hace á la más antigua, y siendo de una misma fecha á prorratea (*arts. 1453 y 1454 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

Venezuela.—a) *Principio general respecto á la imputación del pago.*—El que tuviese contra sí varias deudas de la misma especie, tiene derecho á declarar, cuando paga, cuál de ellas quiere pagar (*art. 1228 del Código civil de Venezuela*).

b) *Deudas con interés.*—El deudor de una deuda que produce intereses ó renta tiene derecho á imputar sobre el capital lo que paga, con preferencia á los atrasos é intereses. El pago hecho por cuenta del capital é intereses, si no es íntegro, se imputa primero al capital (*art. 1229 idem*).

c) *Reglas generales de imputación:* 1.ª, si el que tiene contra sí varias deudas en favor de la misma persona acepta un recibo en el cual el acreedor imputa especialmente la suma recibida á una de ellas, no puede hacer la imputación sobre una deuda diferente, cuando no ha habido dolo ó sorpresa de parte del acreedor; 2.ª, cuando el recibo no expresa ninguna imputación, el pago debe imputarse á la deuda que el deudor tenía mayor interés en extinguir entre las que estaban vencidas. En caso contrario, sobre la deuda vencida, aunque sea menos onerosa, que las aun no vencidas; 3.ª, si las deudas son de la misma naturaleza la imputación se hace á la más antigua; y en igualdad de todas las circunstancias, la imputación se hace proporcionalmente á todas las deudas (*arts. 1230 y 1231 del Código civil de los Estados de Venezuela*).

## ARTÍCULO I

*De la imputación en la pluralidad de deudas.*

## I

137. *Observaciones generales.*—Las normas que rigen la imputación en esta hipótesis son tan antiguas como el Derecho romano, y por regla general favorables al deudor. Este puede cuando paga declarar cuál es la deuda que quiere extinguir (1). Si calla, la elección pasa á ser facultad del acreedor (2); y cuando calla él también, la regla sobre la imputación es suministrada por el legislador (3).

Será apenas necesario indicar que la opción concedida al deudor y en su defecto al acreedor, supone que la elección sea naturalmente ó legalmente posible. No sería naturalmente posible, cuando las deudas tuvieran por objeto cuerpos ciertos y determinados ó especies del todo diferentes, de manera que el cuerpo ó la especie no pudieran equipararse al otro ó á la otra. Evidentemente quien deba á la misma persona la restitución de mil liras por mutuo y la entrega de un troco de caballos por venta, no tendría ciertamente, pagando las mil liras, la extraña pretensión de imputarlas en su deuda del tronco. Es cosa que, por deseo de claridad, nuestro legislador ha estimado oportuno hacer comprender, diciendo en el art. 1255, que las deudas deben ser *de la misma especie*. Generalmente, las imputaciones recaen sobre pagos pecuniarios (4).

Igualmente se comprende la necesidad de que el pago baste para extinguir una ú otra deuda, en la que quiere el deudor imputarlo, excepto aquellos pocos casos en que es lícito el pago parcial (5). De otro modo, pudiendo el acreedor rechazar el pago

(1) Arts. 1255, Cód. civ. it.; 1253, Cód. Nap. *L. 1, D. de solut.* (XLVI, 3): «Quotiens qui debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum; et quod dixerit, id erit solutum. Possumus enim certam legem dicere ei, quod solvimus». *L. 1, c. h. t.* (VIII, 43): «In potestate eius est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat».

(2) Arts. 1257, Cód. civ. it.; 1255, Cód. Nap.: «Quod si debitor id non fecit (continúa la ley antes citada) convertitur electio ad eum qui accepit.» Cas. Roma, 7 de Diciembre de 1889 (*Legge*, 1890, I, i).

(3) Arts. 1258, Cód. civ. it.; 1256, Cód. Nap.: «Si neuter voluntatem suam expressit (termina aquella ley), prius in usuras, id, quod solvitur, deinde in sortem accepto ferretur». Casale, 11 de Febrero de 1881 (*Giur. casal.*, 1884, 106).

(4) Laurent, XVII, 601; Colmet de Santerre, IV, 198 bis, III; Cas. Roma, 20 de Enero de 1894 (*Corte Sup. Roma*, 1894, 2, 39).

(5) Véase núms. 35 y sigs.

parcial, no tendría el deudor facultad de imputarlo contra la voluntad del acreedor en la deuda que no queda cubierta (1). El acreedor podría rechazar la oferta ó aceptándola, sujetarla á la condición de imputar el pago á su arbitrio.

138. Las reglas sobre la imputación en caso de pluralidad de deudas, no proceden tampoco cuando el pago no sea voluntario, sino que se verifique á consecuencia de venta coactiva de la prenda ó del inmueble hipotecado, ó en la quiebra, siendo manifiesto que la imputación debe *ex necessitate*, hacerse en el crédito garantizado por la prenda ó por la hipoteca, ó por el que el acreedor ha procedido á la ejecución, ó según las reglas especiales dictadas por el Código de Comercio para la quiebra (2). En tema de imputación del pago parcial en la deuda única, veremos dentro de poco que se siguen reglas diferentes (3).

Establecidas estas observaciones generales, procedamos al examen de las normas particulares.

## II

139. a) *Imputación del deudor*.—El deudor puede con preferencia al acreedor elegir la deuda que quiere pagar, aun cuando su elección no sea la más favorable á los intereses del acreedor ó de un tercero, por ejemplo, de los coobligados, pudiendo hacer la imputación en la deuda en que se encuentre solo, más bien que en la que existan codeudores (4), pero en todo caso su elección debe hacerse pronto. *Cuando paga*, dice el art. 1255 (5); de otro modo la imputación se determina por el acreedor ó por la ley (6).

¿Pero podrá el deudor reservarse el hacer más tarde la imputación? Si el acreedor lo consiente, no puede existir duda; pero

(1) Laurent, XVII, 602; Arndts-Serafini, § 261, nota 4, donde cita *Ann. di giur. toscana*, XII, 1, 304.

(2) *L. 101, § 1, D. de solut.* (XLVI, 3); Duvergier sur Toullier, III, 184; nota a; Demolombe, V, 57; Laurent, XVII, 609, 630, y sentencias citadas por él: Turín, 30 de Diciembre de 1876 (*Giur. tor.*, 1877, 344); Milán, 11 de Febrero de 1887 (*Foro*, 1887, 1, 1204).

(3) Véase núms. 149 y sigs.

(4) Massé et Vergé sur Zachariae, § 562, nota 2; Cas., 8 de Febrero de 1832 (*Sirey*, 1832, 1, 183).

(5) *L. 1, D. de solut.* (XLVI, 3) al final: «sed constituere in re praesenti, hoc est, statim atque solutum est». *L. 2 eod.*: «Dum in re agenda hoc fiat». *L. 1 cod. eod.*: «...tempore solutionis exprimere».

(6) Voet, XLVI, 3, 16: «Necesse tamen, ut hoc ipsum, vel debitor, vel creditor constituat in re praesenti; hoc est, statim atque solutum est, seu dum solvitur; ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit: caeterum postea non permittitur, sed tunc potius legum definitio incipit locus esse».

todo esto debe resultar explícitamente, porque en el silencio, no obstante las dudas de Durantón (1), la imputación vendría pronto á ser determinada por la ley, tanto en interés recíproco del acreedor y del deudor, cuanto en interés de los terceros (2).

Hecha por lo tanto la imputación, ésta sirve lo mismo á quien la hace, que á los coobligados (3) y el acreedor puede ser obligado á ponerla de manifiesto en el recibo, porque en el silencio la imputación quedaría sin efecto (4).

140. Pero aun cuando la elección corresponde preferentemente al deudor, sin embargo, éste no puede ejercitarla sin respetar los derechos adquiridos por el acreedor. No sólo no le sería lícito hacer una imputación parcial, sino tampoco imputar el pago á una deuda aún no vencida y condicional, si el término estuviera puesto en ella en ventaja del acreedor, ó la condición no estuviese verificada (5). Razón por la cual, el derecho de elección pertenece al deudor es muy restringido, y pierde en la práctica la importancia que promete en teoría.

No basta: si las varias deudas fuesen otras tantas anualidades de una renta, ó intereses de capitales aún no vencidos, no podría imputar el pago á los últimos, dejando, á despecho del acreedor, descubiertos los precedentes. Lo hemos visto ya (6). Mucho menos podría imputar al capital de la renta ó del crédito, pretendiendo dejar sin satisfacer los intereses. Si pagó una suma que supera las varias anualidades vencidas, sólo el excedente deberá imputarse al capital de la renta, salvo que el deudor hubiese pagado por error: ya que estando el capital de la renta solamente *in facultate lutionis* no se debe, y por lo tanto, queda sujeto á la repetición de lo indebido (7). No así cuando se trate de naturaleza diferente de la renta: puesto que aun cuando no estuviese vencido, se opondría á la repetición el art. 1174, según el cual

(1) *Ob. cit.*, XII, 196.

(2) Demolombe, V, 33; Cas. Roma, 7 de Diciembre de 1889 (*Legge*, 1, 1).

(3) Venecia, 10 de Febrero de 1881 (*Giur. it.*, 1881, 1, 230); Roma, 19 de Abril de 1891 (*Temi rom.*, 1894, 235).

(4) Atts. 1257, 1258, Cód. civ. it.; 1255, 1256, Cód. Nap.; Larombière, 1253, 3; Demolombe, V, 34; Aubry et Rau, § 320, texto núm. 2, pág. 167.

(5) Pothier, *Obl.*, 503; Demolombe, V, 30; Aubry et Rau § 320, texto ivi; et Massé Vergé sur Zachariae, § 562, nota 2; Larombière, 1253, 4, 5, 6; Laurent, XVII, 601, 603; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.), vol. IV, 119.

(6) Véase el núm. 83; Larombière, 1254 y sigs.; Cas. Nápoles, 9 de Enero de 1878 (*Legge*, 1878, 1, 502); Casale, 6 de Junio de 1881 (*Giur. casalese*, 1881, 275); Cas. Roma, 7 de Diciembre de 1889 (*Legge*, 1890, 1, 1).

(7) Pothier, *Obl.*, 570; Durantón, XII, 162; Demolombe, V, 20; Catania, 21 de Diciembre de 1898 (*Giur. cat.*, 1898, 225); Cas. Turin, 8 de Agosto de 1893 (*Giur. tor.*, 1893, 393). Esta sentencia aplica el principio, no sólo á los intereses, sino también á los gastos.



no puede nunca repetirse lo que se ha pagado antes del vencimiento del término. La opinión contraria de Marcadé, discutida también en Francia, no puede por lo tanto seguirse en Italia, luego que el citado artículo, llenando el vacío deplorado en el correspondiente art. 1186 del Código Napoleón, ha tratado también expresamente del pago por error (1).

### III

141. *b) Imputación del acreedor.*—Supuesto que el deudor no ejercite su derecho de imputación, puede el acreedor indicar en el recibo en extinción de qué deuda estima recibir; y si el deudor acepta la imputación manifestada en el recibo, no puede ya, por regla general, impugnarla (2).

El acreedor, no menos que el deudor, es libre, salvo el caso excepcional de la sociedad, regulado por el art. 1712 del Código civil, al hacer su imputación (3), pero debe hacerla pronto, y manifestarla en el recibo que entrega al deudor; á fin de que si éste no la encuentra satisfactoria, tenga la posibilidad de retirar la oferta (4). Debe estar libre de dolo ó de sorpresa, porque concurriendo una de estas circunstancias, el deudor tendría excepcionalmente el derecho de impugnar la imputación ya aceptada. Y aquí los escritores franceses se dan cuenta de que la palabra *sorpresa* ha sido empleada por el legislador, amoldándose al ejemplo de Pothier; para hacer comprender que para anular la imputación no se requiere el verdadero fraude del acreedor, sino que basta el hecho de que el acreedor se haya aprovechado de la distracción del deudor para dirigir la imputación á la deuda que más le agradaba extinguir en daño del deudor (5). No basta-

(1) Marcadé, 1254, 11.

(2) Arts. 1257, Cód. civ. it.; 1255, Cód. Nap.; Demolombe, V, 36; Aubry et Rau, § 320, texto y notas 8 y 9; Larombière, 1255, 2 y 3; Laurent, XVII, 611, 612, 613 y 614.

(3) El art. 1712 del Cód. civ. it. (1848, Cód. Nap.), establece: «si uno de los socios es acreedor por su cuenta particular de una suma exigible con relación á una persona, que es también deudora á la sociedad de una suma igualmente exigible, debe imputar lo que recibe del deudor al crédito de la sociedad y al propio en la proporción de ambos créditos, aunque en el recibo hubiese hecho la imputación por entero á su crédito particular; pero si ha declarado en el recibo que la imputación se hace enteramente al crédito de la sociedad, esta declaración surte su efecto.

(4) Véase el núm. 135; *LL. 1, 2, 3, D. de solution.* (XLVI, 3); Larombière, 1255, 2; Aubry et Rau, § 320, nota 8; Laurent, XVII, 611; Pacífici-Mazzoni, *ob. y lug. cit.*; Casación Turin, 7 de Junio de 1877 (*Annali*, 1877, 1, 44<sup>2</sup>, y *Giur. tor.*, 1877, 597), que estima ineficaz una imputación hecha por el acreedor en sus registros domésticos no conocidos por el deudor.

(5) Pothier, *Obl.*, 566; Duranton, XII, 193; Demolombe, V, 88; Aubry et Rau, § 320, texto y nota 9; Delvincourt, II, pág. 557; Marcadé, 1255; Colmet de Santerre, V, 209 bis; Pacífici-Mazzoni, *ob. e lug. citt.*

ría por otra parte el daño ó la sorpresa del tercero, porque la ley habla literalmente del *acreedor* (1); pero no podemos adaptarnos á dar el nombre de tercero al mandatario legal, judicial, ó convencional del acreedor. ¿No representa éste al acreedor en el acto del pago? (2).

Si se nos pregunta en cuanto tiempo prescribe la acción del deudor para impugnar la imputación, fundándola en el dolo ó en la sorpresa, responderemos con Demolombe que la cuestión no tiene interés práctico: porque bien se estime prescribible en cinco años como las acciones de nulidad, ó en treinta, siguiendo la regla general, cierto es que ningún Magistrado admitirá la demanda, si no se propone dentro de brevísimo término; de otro modo surge la presunción de la aceptación, que cierra la puerta á las reclamaciones del deudor (3).

142. Por otra parte no es de creer que el deudor, después de haberla aceptado, pueda impugnar la imputación hecha por el acreedor al pago, sólo porque le resulta dañosa, si no demuestra al mismo tiempo que existe dolo ó sorpresa. Fué verdaderamente doctrina romana, repetida por Pothier, que el acreedor debía dirigir la imputación en el sentido en que es de presumir que la habría hecho el deudor (4); pero los Códigos no han seguido aquella doctrina. El art. 1255 del Código Napoleón, y el art. 1257 del Código italiano exigen el *dolo* ó la *sorpresa*; y como estas palabras no pueden borrarse, no es dado al deudor impugnar la imputación sin que concorra tal extremo. Aunque sea, pues, la más dañosa que pueda imaginarse para el deudor la imputación hecha por el acreedor, si no hubo dolo ni sorpresa el deudor debe callar y conformarse con sufrirla. Peor para él si no pensó en servirse de la preferencia que le concede la ley (5).

Si el recibo está redactado por el acreedor con palabras dudosas ó generalísimas, para valer en los diferentes créditos en que el deudor está obligado *ex universo crédito*, la imputación puede ser dirigida en el sentido más favorable á los intereses del deudor; pero no podrá aplicarse á los créditos litigiosos, ni á los

(1) Larombière, 1235, 5.

(2) Demolombe, IV, 39.

(3) Demolombe, V, 40.

(4) *LL. 1, 2, 3, 101, § 1, D. h. t.; L. 1, C. eodem; Voet, §: «Eo vero non eligente, creditor id statult, dummodo Ita statuatur, uti statueret, si ipse solvisset.»* Pothier, *Obl.*, 556.

(5) Delvincourt, II, pág. 557; Duranton, XII, 193; Marcadé, 1225; Colmet de Sante rre, V, 200 bis; Demolombe, V, 41; Aubry et Rau, § 320, nota 9. Véase también Tonller, IV, 176, que parece defender la doctrina romana.

no vencidos todavía; porque sería contrario á la intención presunta de las partes el comprenderlos en ella (1).

## IV

143. *c) Imputación legal.*—Aquí las reglas del derecho moderno están acordes con las normas del derecho romano. Faltando la imputación por parte del deudor ó del acreedor, ésta se hace por la ley según el siguiente orden:

si hay una deuda vencida y una deuda no vencida, el pago se imputa con preferencia á la deuda vencida;

si todas las deudas son vencidas, la imputación se hace á aquella vencida que el deudor tenía más interés en extinguir; y cuando estén en iguales condiciones sobre este respecto, á la deuda más antigua;

finalmente, dada la paridad también en esta condición, la imputación debe hacerse á todas las deudas en proporción á su cuantía (2).

Ante todo sobre la deuda vencida, dice la ley: y no creemos que nadie pondrá en duda la evidente justicia de esta máxima, que responde á la intención presunta de ambas partes (3). No importa que la deuda vencida sea menos onerosa que la no vencida: por ejemplo, no fructífera, no hipotecaria, á diferencia de la otra. Está claro el texto del art. 1258: *aun cuando menos gravosa que la no vencida todavía*, inútil, pues, objetar que la deuda no vencida es más gravosa y de próximo vencimiento. Habría sido una buenísima razón en tiempo de Pothier, pero es inútil hoy frente á la disposición de aquel artículo: de manera que no sin razón se ha afirmado en jurisprudencia la máxima de que sobre la preferencia que ha de atribuirse á la deuda vencida sobre la no vencida, el Juez no goza arbitrio alguno, sino que debe aplicar ciegamente la ley (4). Pero se considera vencida la deuda

(1) *L. 94, § 3, D. de solut.* (XLVI, 3); Demolombe, V, 92; Toullier, IV, 178; Casación Palermo, 3 de Mayo de 1898 (*Foro sic.*, 1898, 405); el acreedor que imputa al capital, hace surgir la presunción de que le han sido pagados los intereses.

(2) *LL. 2, 3, 4, 5, 101, § 1, D. h. t. y L. 1, C. eod.* Arts. 1258, Cód. civ. it.; 1156, Cód. Nap.; Casale, 3 de Junio de 1811 (*Giur. tor.*, 1871, 550); Cas. Turín, Septiembre de 1879 (*Gazz. Trib. Milano*, 1879, 18).

(3) *L. 3, § 1, D. de solut, etc.* (XLVI, 3); «in his quidem nominibus... cuius dies venit». *L. 5, pr. eod.*: «In his vero, quae praesenti die debentur». *L. 103, D. eod.*: «Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, Iulianus elegantissime putat, ex ea causa eum solvisse videri debere, ex qua, tunc cum solvebat, compelli poterat ad solutionem». Véase Cas. Turín, 8 de Agosto de 1893 (*Giur. tor.*, 1893, 593), que exige la imputación ante todo sobre los gastos.

(4) Toullier, IV, 183; Larombière, 1254, 1; Demolombe, V, 46; véase también Colmet de Santerre, V, 201 bis, 1; Laurent, XVII, 616.

para la cual obtiene el deudor del acreedor una prórroga amistosa (1).

Con mayor razón la imputación legal no puede aplicarse á la deuda litigiosa: porque se opone á ello la intención presunta del deudor, que no reconoce tal deuda (2).

144. Si todas las deudas están vencidas, la ley aplica la imputación *in causam graviorem*. Es ésta, en verdad, la obligación que un deudor tiene mayor interés en extinguir; y no se necesita mucho para comprender cuál entre varias sea la más gravosa. El crédito provisto de título ejecutivo con preferencia al que no lo tiene; el fructífero con preferencia al que no produce intereses; el hipotecario antes que el de documento privado; la deuda para la que hay caución ó fianza antes que la que está privada de cautelas: la deuda por la que estamos obligados principalmente con preferencia á la en que somos fiadores: la deuda en que hay un sólo deudor, con preferencia á la en que existan coobligados; la deuda provista de cláusula penal con preferencia á la simple; la deuda que nos expone á caducidad ó resolución con preferencia á la en que no se corren dichos peligros (3); la deuda para la que ha comenzado ya el ejercicio de las acciones judiciales con preferencia á la en que el acreedor no pide nada (4); la deuda cambiaria antes que el mutuo simple (5); y sobre todo la deuda que expone al apremio personal, siempre que la ley de 6 de Diciembre de 1877 permita dicho medio de coerción.

Pero, ¿á qué continuar la enumeración? ¿No dice quizás el buen sentido, y no enseñan todos los escritores, que es indagación de hecho el reconocer cuál sea entre las diferentes deudas la que un deudor tiene más interés en extinguir? Tan de hecho,

(1) Cas. Roma, 28 de Diciembre de 1877 (*Legge*, 1878, 1, 375).

(2) *LL. 1 y 94, § 3, D. de solut.* (XLVI, 3); Pothler, 567; Larombière, 1256, § 3 y 5; Demolombe, V, 47.

(3) *L. 89, § 2; L. 4, 97; L. 4, § 1; L. 5 pr.; L. 103; L. 7, D. h. t.; Voet*, XLVI, 3, 16: «Si omnia exactionem habeant, illud solutum intelligitur, quod est gravissimum, seu duriores causas habet; quo scilicet non soluto, vel infamia sequeretur, vel poena, vel ad usuras obligatio, vel incrementum litis ex inficiatione in duplum, vel parata imminet executio ex causa iudicati, vel quod cum fideiussoris aut pignoris obligatione debetur». *L. 3 pr. 4, 5, D. h. t.*: «Post hunc ordinem potior habetur propria quam aliena causa, si quis et proprio et fideiussorio nomine debitor sit, etiamsi fideiussorium debitorum, antiquius esset dñi. Si nihil horum interveniat, adeoque plura debita sint, aequè gravia, vel aequè propria, vel neque fidelussoria, solutum imputatur in id, quod antiquius est». *L. 97; L. 24, D. h. t.*; Pyrrhus Maurus, *De solutionibus*, cap. 4; Menochius, *de praesumpt.*, lib 3, praes. 136; Carpzovius, *Defin. forens.*, par. 2, const. 29, defin. 16; Laurent, XVII, 620 y sigs.

(4) Cas. Turin, 31 de Mayo de 1872 (*Giur. tor.*, 1872, 501).

(5) Cas. Roma, 19 de Abril de 1890 (*Tem. rom.*, 1890, 114).

que queda abandonada á la soberana y no fiscalizable apreciación del Juez (1).

145. Finalmente *cum nulla causa praegravet*, la imputación se hace por la ley á la *deuda más antigua* (2): palabras que parecen claras, pero que abren, por otra parte, el campo á una disputa. ¿Más antigua de vencimiento ó más antigua de origen? Toullier (3), Marcadé (4), Larombière (5), miran al vencimiento, movidos principalmente por la consideración de que la deuda vencida anteriormente suele ser la más gravosa. Mourlon (6), Colmet de Santerre (7), Demolombe (8), prefieren la antigüedad de origen. Tal es el sentido natural, dice este último escritor, del apelativo antiguo: tal su etimología romana (*antiquiorem causam, antiquiorem contractum*)(9): tal la presunta intención de las partes, siendo verosímil que el acreedor habría pedido antes el pago de la deuda más vieja, ó el deudor, por su parte, si hubiese hablado, habría dicho que quería imputarlo á la deuda que lo ata hace más tiempo. Laurent (10), por último, distingue: si las deudas están vencidas, es más antigua la deuda que nació primero, pero si no están vencidas, debe entenderse como más antigua la deuda que va á vencer antes.

En verdad, entre tantas diversas opiniones, nos parece preferible la de Demolombe, porque, cuando se dice deuda más antigua, no se piensa en el vencimiento, sino más bien en el origen de la deuda.

146. Por último, *en igualdad de circunstancias*, la imputación se hace proporcionalmente á todas las deudas: *ex omnibus summis pro portione videri solutum* (11). Pero se dirá: ¿no es acaso

(1) Pothler, *Obl.*, 550; Duranton, XII, 199; Larombière, 1256, 6; Toullier, IV, 179; Aubry et Rau, § 320, nota 1; Massé et Vergé sur Zachariae, § 562, nota 7; Demolombe, IV, 49, y las muchísimas decisiones francesas citadas por este autor y por Aubry et Rau; Laurent, XVII, 617 y sigs., en que refiere muchos ejemplos sacados de la jurisprudencia. Véase Pacifizi Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.), vol. IV, 119 y sigs.; Cas. Turin, 7 de Junio de 1877 (*Legge*, 1878, 1, 262); Cas. Roma, 8 de Febrero de 1886 (*tvi*, 1886, 2, 328).

(2) *L. 5, D. de solutionibus, etc.*; citado art. 1258, Cód. civ. it., y 1256, Cód. Nap. Véase Cas. Roma, 4 de Abril de 1876 (*Legge*, 1876, 1, 405).

(3) *Ob. cit.*, IV, 184.

(4) *Ob. cit.*, 1256.

(5) *Ob. cit.*, 1256, 15; Pacifizi-Mazzoni, *ob. y lug. cit.*

(6) *Ob. cit.*, II, pág. 723.

(7) *Ob. cit.*, V, 201 bis, III y IV.

(8) *Ob. cit.*, V, 52.

(9) *LL. 5 y 8, D. de solution.* (XLVI, 3). Véase Cas. Roma, 22 de Enero de 1877; Palermo, Noviembre de 1902 (*Foro Sic.*, 1903, 1, 100; *Legge*, 1877, 1, 625).

(10) *Ob. cit.*, XVII, 622.

(11) *L. 8, D. de solut.* (XLVI, 3); citados arts. 1258, Cód. civ. it.; 1256, Cód. Nap.

regla que el pago no puede ser parcial? ¿No hemos enseñado nosotros mismos que el acreedor puede rechazar el pago parcial? Ciertísimo: pero el acreedor tenía derecho de rechazar el pago ó de aceptarlo dando al mismo la imputación que creía más conveniente; con su silencio ha renunciado á su derecho, y se ha contentado con lo que la ley ordenase. Cúlpese, pues, á sí mismo, si el pago es imputado parcialmente á todas las deudas.

No obstante la locución general del artículo, ha pensado alguno que no se da lugar á la imputación proporcional cuando la suma pagada iguala exactamente á una de las varias deudas pendientes, debiéndose en tal caso imputar exclusivamente á ésta (1). Pero entendámonos bien: puede admitirse que la correspondencia entre la suma pagada y la cuantía de una deuda pueda ofrecer argumento para creer que el deudor dirigía verdaderamente el pago á la extinción de aquella deuda, máxime, cuando se trate de cantidad con fracciones tan pequeñas que iguallen precisamente á lira y céntimo. Pero estamos en materia de interpretación, y si por circunstancias especiales de hecho, falta tal argumento de voluntad, sería pretensión errónea prescindir de la imputación proporcional, porque la última cláusula del art. 1258, no admite restricciones (2).

Se ha promovido la duda de si, siendo fructíferas las diferentes deudas, la imputación deba dirigirse antes á los intereses que al capital, pero nos reservamos el resolverlo al hablar de la imputación del pago parcial (3).

147. Tales son las reglas de la imputación legal respecto á varias deudas, cuando exista alguna vencida. La ley no habla del modo de hacer la imputación entre varias deudas, ninguna de las cuales haya vencido. Nace por lo tanto la cuestión, de si debe en tal caso preferirse la deuda más próxima á vencer ó más bien se apliquen las reglas dictadas con respecto á varias deudas igualmente vencidas, esto es, si se deben tener en cuenta el interés del deudor, la antigüedad de la deuda, y en igualdad de causa, hacer la imputación proporcional. La primera opinión, es seguida por Marcadé y por Laurent (4), pero cuenta con poquísimos secuaces, porque la mayor parte de los escritores la estima arbitraria (5). Estamos con estos, siempre que, por otra parte, no se olvide que está en facultad del Juez considerar más gravosa

---

(1) Toullier, IV, 183.

(2) Demolombe, V, 43 y 54.

(3) Véase el núm. 151.

(4) Marcadé, 1256; Laurent, XVII, 622.

(5) Durantón, XII, 196; Colmet de Santerre, V, 201 bis, II; Larombière, 1256, 11; Aubry et Rau, § 320, texto y nota 11.

la deuda próxima á vencer, y por tal consideración imputar el pago á ella exclusivamente, más bien que repartirlo proporcionalmente entre varias deudas (1).

148. Por lo demás, podemos como observación general establecer una regla que domina enteramente la materia, y decir que todas las reglas acerca de la imputación legal, ceden á la imputación hecha por el deudor ó por el acreedor aunque sea de manera tácita, puesto que las reglas de la ley están dictadas únicamente para suplir el silencio de las partes. Se funda sobre tal corolario la máxima por la que el pago hecho á quien es acreedor en nombre propio y en nombre del mandante, ó por quien es deudor en el propio y como mandatario de otro, se imputa de preferencia al crédito propio del que recibe ó á la deuda personal de quien paga, porque en el silencio del deudor se reputa que ha querido acudir primeramente al interés propio que al ajeno (2). Es inútil, por otra parte, insistir mayormente sobre el asunto, ya que, repetimos, queda abandonada al prudente arbitrio del Juez la apreciación de los hechos, y el decidir si existe y cual es, una imputación tácita del deudor ó del acreedor fundada sobre el interés presunto. Arbitrio que no da motivo á Casación (3).

## ARTÍCULO II

### *De la imputación en el pago parcial.*

#### I

149 Estando el pago parcial sujeto por regla general á la aprobación del acreedor, corresponde á éste y no al deudor hacer su imputación, y es el interés del acreedor y no el del deudor el que la ley tiene en cuenta al fijar su norma fundamental. Esto se desprende del art. 1256 (1254 Cód. Nap.), en que se establece que el deudor de una deuda productiva de frutos é intereses no puede sin el consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital, con

(1) Véase antes, núm. 145.

(2) Voet, XLVI, 3, 16 al final: «Quod ei solutio facta sit ei, qui et suo et procuratorio nomine exactionem habebat, nec a solvente expressum fuerit, qua ex causa solutum voluerit, accipiens in dubio suum potius quam alienum debitum accepisse censetur, sibi que vigilasse: eodem modo quo secundum ante dicta magis quod proprio, quam quod alieno nomine debet solvisse intelligitur, cum verisimile sit diligentem patrem familias suum potius quam alienum negotium gessisse».

(3) Demolombe, V, 43, 60 y decisiones allí citadas; Aubry et Rau, § 320, nota 13; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV, ed.), vol. IV, nota Venzi, pág. 606; Cas. Turín, 23 de Enero de 1879 (*Gazz. trib. Milano*, 1879, 325); Cas. Roma, 8 de Febrero de 1886 (*Legge*, 1886, 2, 328); *cit. dec.*; Cas. Turín, 1.º de Enero de 1877 (*ivi*, 1878, 1, 262); 3 de Mayo de 1896 (*Gisur. tor.*, 1898, 835).

preferencia á los frutos y á los intereses. El pago hecho á cuenta de capital y de intereses, si no es íntegro, se imputa primero á los intereses. Regla conforme á la equidad, al derecho antiguo (1), y á la presunta intención de las partes, ya que la imputación á cuenta del capital sustituiría á un crédito fructífero, otro no fructífero y dejaría al acreedor expuesto al daño de la prescripción quinquenal (2).

Bueno será advertir que la regla se aplica á los intereses exigibles (3), y se extiende también á los gastos hechos por el acreedor, por constituir también un accesorio del crédito y deben reembolsarse antes que el capital y los intereses, así como á los pagos que se hacen en las prelación de créditos y en las quiebras (4).

150. Se ha dudado de si los intereses moratorios quedan excluidos de la regla. En el Derecho romano no hubo trazas de tal exclusión (5), introducida más tarde por la antigua jurisprudencia francesa y principalmente por el Parlamento de París (6). Por otra parte, si bien algunos escritores han pretendido enlazar dichas tradiciones con el derecho moderno (7), no debe seguirse su opinión, porque no rige frente á los artículos citados, que no hacen distinción alguna (8). Sólo no encuadrarían en la regla las sumas concedidas á título de indemnización de perjuicios, que constituirían una deuda del todo diferente (9).

(1) *L. 1, C. de solut.* (VIII, 43): «prius in usuras, id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur». *L. 5, § 2, D. eod.*; Casale, 6 de Junio de 1881 (*Giur. casalese*, 1881, 277); Venecia, 25 de Mayo de 1902 (*Legge*, 1902, 2, 258; en el caso resuelto por esta decisión se trataba de una deuda garantizada parcialmente por hipoteca. La imputación, pues, del pago parcial debía hacerse primero al saldo de la suma no garantizada.

(2) Bigot-Preameneu, *Motifs* (Loché, *Lég. civ.*, XII, pág. 372); Aubry et Rau, § 320, texto y nota 4; Colmet de Santerre, V, 198 bis, 11; Demolombe, V, 10; Cas. Nápoles, 9 de Enero de 1878 (*Legge*, 1878, 1, 502); Trani, 17 de Marzo de 1880 (*ivi*, 1:81, 1, 278); Catania, 21 de Diciembre de 1898 (*Giur. cat.*, 1898, 225).

(3) Larombière, 1254, 3; Laurent, XVII, 607; Aubry et Rau, § 320, nota 6; Demolombe, V, 15; Massé et Vergé sur Zachariae, § 562, nota 4. No importa que sean liquidados, como creen Aubry et Rau y Laurent, sino que basta que se liquiden en el momento del pago.

(4) Véase Larombière, 1245, 5; Aubry et Rau, § 320, nota 7; Demolombe, V, 14; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.), vol. IV, 119, nota Venzi, *p.*, pág. 60; Cas. Turin, 5 de Mayo de 1891 (*Legge*, 1891, 2, 69), y 8 de Agosto de 1893 (*Giur. tor.*, 1893, 593).

(5) Voet, XLVI, 3, 16.

(6) *Obl.*, núm. 571.

(7) Durantou, XII, 892; Marcadé, 1254, III; Laurent, XVII, 606, que erróneamente sostiene que la deuda de los intereses de demora es una deuda distinta y separada de la deuda principal.

(8) Delvincourt, II, pág. 55; Favard, *Rép. Imputation*, § 3; Massé et Vergé sur Zachariae, § 562, nota 3; Aubry et Rau, § 320, nota 4; Larombière, 1254, 4; Cas. Florencia, 22 de Junio de 1891 (*Legge*, 1891, 2, 439).

(9) Larombière, 1254, 5; Demolombe, V, 13.



151. Hay quien piensa que la regla de que se debe imputar el pago antes á los intereses y luego al capital, encuentra también aplicación acertada frente á las deudas distintas. Primo, poniendo un ejemplo, es deudor de Segundo por precio de 20.000 libras fructíferas al 5 por 100, y de otra suma igual á título de mutuo, también fructífero al 5 por 100. De la primera han vencido ya 3.000 libras de intereses, de la otra 5.000. Ahora bien: si en tal estado de cosas, Primo paga 23.000 libras, cuantía de la primera deuda entre capital é intereses, se quiere que no pueda imputar exclusivamente el pago á esta deuda para extinguirla, sino que debe, exigiéndolo el acreedor, imputar 8.000 libras á los intereses de la una y de la otra (1). Pero aunque esta teoría haya obtenido el sufragio de la Casación de Francia, pensamos que carece de fundamento y abre la puerta á las más injustas y absurdas consecuencias. Carece de fundamento, porque el texto del artículo 1256, habla *de una deuda*, por contraposición inmediata y evidente á los artículos 1255, 1257 y 1258, que hablan todos de *varias deudas*. Tampoco la razón halla medio de fortalecer dicha doctrina, porque mientras es plenamente conforme á la justicia que el acreedor, que puede rechazar el pago parcial, sujete su aceptación á las exigencias de su propio interés, y haga por esto de él la imputación más conveniente, es forzoso decir lo contrario cuando el deudor le ofrece el pago total de una de sus diferentes deudas. ¿No tiene acaso el derecho de hacer su oferta real? Por lo demás, he aquí las extrañas consecuencias de la falaz doctrina: el acreedor que podría pretender la imputación en las 8.000 libras de intereses de la una y de la otra deuda reunidas, rechazaría luego con razón las restantes 15.000 libras como insuficientes para saldar una y otra deuda. En todo rigor podría rechazarlo todo, porque debiendo la imputación comenzar por los intereses, el pago resultaría insuficiente para la extinción total de ambas deudas (2). ¿Sería esta una consecuencia tolerable?

152. Por otra parte, la regla no es de orden público y es lícito al acreedor renunciar á ella aceptando el pago, *si qui dabat, in sortem se dare dixisset* (3). Puede sólo nacer cuestión de voluntad, cuando la intención sea dudosa, y preguntarse si está permitido al acreedor alzarse contra la imputación, invocando el artículo 1257, por el que se da al deudor la facultad de impugnar

(1) Aubry et Rau, § 320, nota 5; Laurent, XVII, 608; Larombière, 1256, 8; Cas., 25 de Noviembre de 1862 (*Devilleneuve, etc.*, 1863, 1, 88 y nota).

(2) Demolombe, V, 26.

(3) *L. 102, § 1, D. eod.*; «... Respondi, si qui dabat, in sortem se dare dixisset, uxuris non debere proficere». Toullier, IV, 175; Demolombe, V, 16; Larombière, 1254, 2.

cuando exista dolo ó sorpresa, la imputación hecha en su daño. Y si debemos creer á la doctrina que prevalece, la aplicación extensiva de esta disposición no podría rechazarse, tratándose no de derecho singular basado en principios de conveniencia, sino más bien de una regla de justicia natural (1).

Esta consideración nos conduce á preguntar cómo debe hacerse la imputación cuando el recibo habla de *capital é intereses*; ¿deberá acaso comenzar la imputación por el capital, atribuyendo el remanente, *si quid supererit*, á los intereses? ¿deberá más bien hacerse proporcionalmente al capital y á los intereses? Nunca: la imputación comenzará por los intereses á partir de los más antiguos, y no se extenderá al capital si no queda algo después de la satisfacción de aquellos (2).

Procedería la misma regla si el deudor hubiese imputado sólo á los intereses, inducido á ello por el falso supuesto de que ascendían á más. El excedente debería imputarse al capital vencido, y no sería seguramente concedido al deudor el repetirlo, fundándose en el error, ya que faltaría lo indebido. No podemos comprender cómo algunos eminentes autores hayan vacilado frente á esta máxima de tan evidente certeza (3). Tampoco si el capital no estuviese aún vencido podría el deudor repetir el excedente, después de satisfechos los intereses, fundándose en el error (4).

152 bis. La regla sancionada por el art. 236 se aplica también á los pagos hechos por un tercero por cuenta del deudor (5). Se ha discutido luego si puede aplicarse á los pagos parciales hechos en el juicio de ejecución, esto es, cuando el acreedor cobra, gracias á la prelación de créditos, una parte solamente de su crédito en capital é intereses. Pero antes enseñamos que las reglas acerca de la imputación total en caso de pluralidad de deudas, no sirven en los juicios de prelación y de quiebra, porque son reglas dictadas por el legislador para los pagos voluntarios y no para los forzados (6). Lo mismo creemos deber decir

(1) Durantón, XII, 192; Larombière, 1254, 2; Demolombe, V, 17.

(2) *L. 5, § 3, D. eod.* Apud Marcellum, lib. XX, Digestorum quaeritur, si quis ita caverit debitori, *in sortem et usuras se accipere*: utrum pro rata et sorte, et usuris decedat: an vero prius in usuris, et si quid superest in sorte? Sed ego non dubito quin haec cautio *in sortem et usuras*, prius usuris admittat: tunc deinde, si quid superfuerit, *in sortem* cedat. Voet, *lug. cit.*; Pothier, *Obl.*, 570; Demolombe, IV, 18; Cas. Nápoles, 9 de Enero de 1878 (*Legge*, 1878, 1, 502).

(3) Marcadé, 1254, 11; Demolombe, V, 20.

(4) Arts. 1174, Cód. civ. it.; 1186, Cód. Nap.; y véase el vol. V, núm. 86, y antes número 139.

(5) Cas. Turin, 8 de Febrero de 1890 (*Giur. it.*, 1890, 1, 380), y 5 de Mayo de 1891 (*Legge*, 1891, 2, 696).

(6) Véase núm. 138.

en materia de pagos parciales, y recordamos una decisión clara y convincente de la Casación de Turín, la cual, confirmando su antigua jurisprudencia, ha estimado que los principios establecidos por los artículos 1256 y siguientes del Código, están dirigidos exclusivamente á los pagos voluntarios (1), afirmando así que las normas establecidas por los citados artículos, son aplicables únicamente á los pagos voluntarios, y no á los forzados obtenidos en el juicio de prelación; que en virtud de ello, el acreedor que obtiene colocación sólo para una parte de su crédito, tiene facultad de imputar cuanto recibe á los intereses ó al capital, como mejor le convenga, y que, finalmente, el fiador que garantiza únicamente los intereses, no puede pretender del acreedor la imputación de la suma obtenida por la adjudicación primero á los intereses y después al capital.

Verdaderamente parece haberse alejado de esta máxima la Casación subalpina, con una decisión más reciente (2). Pero si bien no puede negarse que la generalidad de los términos con que se ha expresado aquel supremo Colegio, conduce á primera vista y en conclusión al principio contrario, sin embargo, una consideración más profunda convencerá al lector de que la contradicción es más aparente que real. Y esto porque tanto en la decisión de 1888, como en esta de 1891, la sentencia se dió siempre en favor del acreedor. En la primera se descartó la aplicación del art. 1256, en cuanto quería aplicarse su excepción, en que se requiere *el consentimiento del acreedor* para imputar antes al capital y después á los intereses; en la segunda se invocó el mismo artículo, en cuanto quería impedirse al acreedor, que hallaba cómoda la imputación al capital, aprovecharse de la antes indicada excepción. Parece, pues, que no obstante la aparente antinomia, las dos decisiones convienen en último extremo en la conclusión final, de que el art. 1256 no puede nunca volverse en daño del acreedor que consiente el pago parcial. Digo que parece y no afirmo con mayor resolución: ya que si son claros los términos del hecho expuestos en la decisión de 1888, no aparece la misma claridad al considerar la decisión posterior: de donde se desprende que, permaneciendo inciertos los términos del hecho, no está permitido hacer afirmaciones más decisivas acerca del sentido de la misma.

Por las mismas razones. las reglas sobre la imputación tienen

(1) Cas. Turín, 1.º de Febrero de 1888 (*Foro*, 1888, 1, 273). Véase también la misma Cas., 28 de Marzo de 1883 (*Foro, Rep.*, 1883, voz *Graduazione*, núms. 10, 12); 13 de Abril de 1869 (*Giurispr. it.*, VI, 317), y 20 de Septiembre de 1870 (*ivi*, VII, 634); así como Laurent, XVII, 609.

(2) Cas. Turín, 5 de Mayo de 1891 (*Legge*, 1891, 2, 699).

efecto en las relaciones entre el acreedor y el deudor; pero no pueden perjudicar á los acreedores hipotecarios, dando á la hipoteca del acreedor anterior no satisfecho, un alcance y una extensión mayores de los que les corresponden por ley (1).

### ARTICULO III

#### *Efectos de la imputación.*

153. Bien poco hay que decir sobre este asunto, porque los efectos de la imputación son los mismos que los del pago. La imputación de un pago total extingue la deuda, las hipotecas y las prendas que lo garantizan, y libera á todos los coobligados principales y fiadores. Una vez hecha por el deudor ó por el acreedor ó determinada por la ley, no puede retractarse, ni modificarse en daño de terceros. Dueños son el acreedor y el deudor de ponerse de acuerdo para hacer revivir el crédito; no revivirán por esto las hipotecas y las prendas dadas á los terceros, ni resurgirán las obligaciones de los fiadores ó de los codeudores (2).

154. Se preguntará si ocurre lo mismo cuando el deudor ó el acreedor se levantan contra la imputación hecha por dolo ó por sorpresa; pero estamos entonces en los términos de imputación nula, ó como puede decirse de un pago no válido, que no ha extinguido nunca el crédito. Subsisten, pues, las fianzas y todas las demás garantías así como el vínculo jurídico de los coobligados (3).

155. La imputación del pago parcial, debiendo dirigirse á los intereses comenzando por los más antiguos, no impide la prescripción quinquenal (4).

(1) Génova, 14 de Junio de 1869 (*Annali*, 1890, 1, 2, 240).

(2) Aubry et Rau, § 320, nota 10, donde cita Cas. rej., 25 de Julio de 1864 (*Sirey*, 1864, 1, 452); Demolombe, V, 61 y 62, que cita Caen, 17 de Abril de 1869 (*Dev.*, 1870, III, 180).

(3) Demolombe, V, 61 y 62.

(4) El Código alemán regula la imputación en los arts. 366 y 367 de manera casi conforme con nuestro Código. En el primero reconoce al deudor la facultad de declarar entre varias deudas de la misma especie á cuál quiere hacer la imputación. Si nada declara, la imputación tiene lugar *in causam graviozem*. En el segundo establece que el pago parcial extingue primero los gastos; y luego los intereses sobre el capital. Como bien se ve, en éste se encuentra regulada la imputación legal en la deuda única. En el otro la imputación del deudor y la legal en la pluralidad de deudas.

En cuanto al acreedor, se limita á declarar en el art. 376, que si el deudor hace una imputación diferente á la legal en el caso de pago parcial de una deuda única, el acreedor puede rechazarla.

## SECCION II

## EFECTOS EXCEPCIONALES DEL PAGO, Ó SEA PAGO CON SUBROGACIÓN

*Observaciones generales.*

156 La figura jurídica de que pasamos á hablar, es de las más singulares y difíciles á los ojos del teórico, de las más liberales y benéficas en manos del práctico. En teoría, el pago con subrogación se rebela contra las reglas más elementales, porque, mientras participa del pago y de la cesión se resiste á sujetarse á sus preceptos y con su índole rebelde se escapa á toda definición. En el terreno de las aplicaciones, facilitando el cobro de los créditos, favorece la suerte de los deudores; y las palabras con que se enuncia, *prodesse non nocere*, hace al pago con subrogación una de las instituciones más beneméritas del vasto mundo de los negocios civiles y mercantiles.

Sus primeros gérmenes se encuentran en el derecho romano; pero la esplendida luz y la sabiduría de los preceptos de Paulo ó de Ulpiano no alcanzaron á fecundar estos gérmenes de manera que adquirieran la unidad y la simplicidad necesaria para convertirse en una figura jurídica distinta y con caracteres propios: ni las teorías de los doctores, ni las observancias judiciales se aprovecharon mejor del derecho común para el progreso jurídico de esta institución, que habiendo quedado confusa y diseminada en el vasto campo del derecho, permitió decir á Zanchi (1): *perdifficilem hanc subingressus materiam eximii iuris interpretes vocitant*. El pago con subrogación como aparece en el Código, *simplex dumtaxat et unum*, debe su origen al antiguo derecho francés; donde Dumoulin, Renusson, Loyseau y Pothier, con larga y sagaz meditación, recapitulaban sin proponérselo sus preceptos en beneficio de los compiladores del Código Napoleón, que los reunieron, y en pocos artículos formularon las reglas, las condiciones, los efectos de esta institución (2); el legislador italiano añadió algunas pocas aclaraciones y, hecha una importantísima modificación, de que nos ocuparemos á su tiempo, reprodujo las disposiciones del Código francés (3).

Pero las dificultades no han desaparecido todas. En verdad, la controversia más viva y más seria que divide aun á las escuelas de los juristas, recae en la determinación de la naturaleza ju-

(1) Zanchi, *De prelat. credit.* Exercitatio 2, § IX al principio.

(2) Arts. 1249 y 1252, y 874, 875, 2029, 2037, Cód. Nap.

(3) Arts. 1251 á 1254; 1030, 1916, 1928, 2011, 2022, Cód. civ. it.

rídica del pago con subrogación. Dado, como principio cardinal, que el pago hecho por quien quiera que sea extingue enteramente la obligación junto con los accesorios, resulta difícil de comprender cómo pueda en buena lógica admitirse la subrogación en los derechos del acreedor á quien se pagó. ¿No quedaron estos derechos extinguidos para siempre? ¿el pago no hizo desaparecer el crédito con todas sus secuelas? Tendrán ciertamente el mandatario, el gestor, el fiador el coobligado la acción de regreso contra el deudor ó el coobligado; pero este regreso no puede tener nada de común con el crédito extinguido por el pago.

No es, pues, maravilla que los escritores se dividan en varias escuelas. El pago con subrogación, según algunos, no oculta otra cosa, bajo la corteza de las palabras, que una cesión de crédito. Lo sostienen por ciertas expresiones del derecho romano respecto á la cesión de derechos, que el fiador podía pedir al acreedor (1); así como por las definiciones que algunos antiguos escritores franceses dieron de esta figura jurídica (2). Esta escuela, si bien va perdiendo terreno hoy en día, no carece tampoco al presente de secuaces, al menos por lo que se refiere á la subrogación convencional (3); pero es más especiosa que sólida, ya que, lo digimos en otra ocasión, son sensibilísimas las diferencias entre la cesión y el pago con subrogación, tanto bajo el respecto de la capacidad de quien lo consiente, cuanto bajo el de la formalidad que la acompaña.

Sin decir nada más, en el pago no es necesaria notificación ninguna, y el regreso no puede pasar de la suma pagada; mientras en la cesión, cualquiera que sea el precio desembolsado, el cesionario puede exigir la totalidad, y la notificación al deudor es siempre necesaria. Ni el rescate litigioso, ni las prohibiciones que impiden la cesión de ciertos créditos, encuentran aplicación al pago con subrogación; como no hay lugar en él á la prestación de garantía, la cual á su vez es de cargo del cedente (4): porque

(1) *LL. 17 y 36, D. de fideiuss. et mandat.* (XLI, 1).

(2) Dumoulin, *De usuris*, quaest. 49; Pothier, *Introd. au titre XX de la Cout. d'Orleans*, núm. 66; los cuales, por otra parte, convienen en que la subrogación ha acabado la cesión.

(3) Championnière et Rigaut, *Traité des droit d'enregistrement*, II, 1250; Delvincourt, II, pág. 559; Toullier, IV, 119, 136; Duvergier, *Vente*, II, 237.

(4) Véase el vol. VI, núms. 61 y sigs.; Duvergier, *Vente*, II, 237; Delvincourt, II, pág. 559; Toullier, IV, 119; Championnière et Rigaut, *Traité des droits d'enregistrement*, II, 118, 1240 y 1254; que por lo demás se apoyan en las *LL. 17 y 36, D. de fideiuss. et mandat.* (XLI, 1); Pothier, *Introd. au titre XX de la Coutume d'Orleans*, 66; Dumoulin, *De usuris*, quaest. 49; y Basnage, *Traité des hypotheques*, chap. XV; Laurent, XVII, 8, 9, 11 y sigs.; Gasca, *ob. cit.*, II, 1079; Trani, 12 de Marzo de 1900 (*Annali*, 1900, I, 2, 1131).

el cesionario compra *lucri facendi causa*, mientras el tercero ó el coobligado, pagando y haciéndose subrogar, *certat de damno vitando*. Y estas razones no desaparecen distinguiendo la subrogación legal de la convencional. Piénsese en una ú otra, las diferencias de la cesión son las mismas.

Dejando á parte esta escuela falaz, otras, inducidas demasiado por las diferencias que separan la cesión del pago con subrogación, han llegado al extremo contrario, negado absolutamente la identidad del crédito reservado en favor del tercero subrogado con el crédito antiguo extinguido por el pago. Según ellos se trataría en su lugar de una novación por cambio de acreedor; salvas, por disposición de ley, las garantías de la obligación novada (1). Consecuencia por otra parte exagerada y contraria al texto de la ley, que en el art. 1251 habla de subrogación en los *derechos del acreedor*. Dice así propiamente: luego preguntemos, ¿el primero y más substancial entre los derechos del acreedor, no es el crédito mismo? ¿Cómo, pues, limitar el efecto de la subrogación á las garantías del crédito?

157. Dejando, por lo tanto, las exageraciones y ateniéndonos á los sistemas intermedios, consideraremos en el pago con subrogación una figura jurídica *sui generis*; ni toda cesión, ni toda pago. No la llamaremos una cesión entre el tercero que paga y el deudor, y un pago entre el tercero y el acreedor (2). Tampoco la llamaremos una cesión oculta (3), saliendo de una dificultad para entrar en otra: ya que si se reputara que el acreedor había cedido el crédito, ¿cómo explicar que no se verifiquen los efectos de la cesión? El pago con subrogación es para nosotros una institución con caracteres del todo propios y especiales, que lo distinguen de cualquier otra: es una figura por la que el pago hecho por el tercero ó por el coobligado extingue el crédito con respecto al acreedor, pero lo deja subsistir al efecto del regreso en las relaciones entre el deudor y el que paga, el cual se considera la misma persona del acreedor (4). Hay, pues, una ficción que consiste en suponer que el tercero es la misma persona del acreedor.

(1) Se citan como defensores de este sistema Grappe, recordado por Merlin, *Quest. subrogation*, § 1; Bugnet sur Pothier, II, págs. 136 y 299; Marcadé, 1252, 1; Daniel de Folleville, *Des caractères distinctifs du payement avec subrogation*.

(2) Loaré, *Legist*, XII, pág. 369; Mourion, *De subrogat.*, págs. 6 á 14, y pág. 48; Colmet de Santerre, V, 189 bis, I á V; Aubry et Rau, § 321, nota 2; Larombière, 1249, 2, 1250, 25 y 1252, 7; Demolombe, IV, 325, 326. Conforme Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.) vol. IV, 120 texto y nota, pág. 584; Gasca, *lug. cit.*

(3) Laurent, XVIII, 6.

(4) Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, nota 1.

Quizás sería úan mejor no hablar nada de ficción, porque verdaderamente se detuvo ante una sutileza legal quien observó que el pago debía necesariamente extinguir la obligación. Ciertísimo en las relaciones entre quien paga y quien recibe el pago; pero si quien paga es un tercero, he aquí nueva serie de relaciones entre éste y el deudor; he aquí la obligación extinguida con respecto al acreedor; pero viva y subsistente con respecto al deudor. El no tener en cuenta esta distinción, y el ciego respeto á la sutileza legal, impidieron al pago con subrogación abrirse paso á cara descubierta en las antiguas legislaciones; pero finalmente el uso y la necesidad, que á menudo suplen á la ciencia, introdujeron el pago con subrogación en la práctica de los negocios, y llenaron el vacío dejado por la legislación. Y hoy que ha tomado lugar en el Código, sería mejor desengañarse y confesar francamente que el famoso principio por el que el pago extingue á todos efectos la obligación, es un principio exagerado y no conforme con la verdad, porque existen pagos que no obran su efecto más que sólo por un lado. La ciencia no sufriría con ello y la armonía volvería entre las diferentes disposiciones que rigen el pago.

Pero sea lo que quiera de la disputa, mientras permanece en el campo árido de la teoría, en la práctica todos comprenden cual es el efecto del pago con subrogación; que es el que procura al tercero ó al coobligado que hizo el pago el reembolso mediante las acciones principales y accesorias que son propias del crédito, y se gozaban por el acreedor. La subrogación, por decirlo en dos palabras, conserva y pone á disposición del tercero aquel crédito que él pagó y que cambia sólo de *causa* y de *objeto*. De causa, porque realizado el pago, aparece el intento de procurar el reembolso, cualquiera que fuese la causa precedente; de objeto, porque se extiende únicamente á la suma que fué pagada, aun cuando el crédito precedente hubiera sido de suma mayor.

158. Y aquí terminarían las observaciones generaies. Más, antes de dejar el asunto, conviene saber de pasada que el Código italiano se ha aproximado un poco al sistema que considera la subrogación como una cesión al menos de las relaciones entre el tercero y el deudor; en efecto, en el Código francés el art. 1252 sancionaba la regla *nemo censetur subrogasse contra se*: de manera que en caso de pago parcial, el acreedor era preferido al tercero subrogado para recuperar el residuo; ahora bien; el artículo 1254 de nuestro Código, habiendo invertido esta teoría y equiparado desde este punto de vista la subrogación á la cesión, quita al acreedor todo derecho de preferencia sobre el tercero subrogado. ¿Fué esto un progreso ó un retroceso de nuestra legislación? Lo veremos al hablar de los efectos de la subrogación;



bástenos entre tanto el haber indicado en línea de principio la diferencia entre las dos legislaciones.

159 Para que pueda hablarse de subrogación es preciso un pago hecho por quien, no siendo deudor, ó al menos no único ó principal deudor, tenga derechos de regreso contra el deudor principal ó el codeudor, para recuperar en todo ó en parte la suma desembolsada. Es, pues, necesario un acuerdo de las partes interesadas, ó una disposición legal, que dé derecho á la subrogación.

De aquí la necesidad de distinguir la subrogación *convencional*, y la subrogación *legal*; para venir luego á hablar de los efectos de la una y de la otra.

## § 1

### *Subrogación convencional* (1).

160. Esta especie de subrogación supone un acuerdo entre dos personas, una de las cuales debe ser necesariamente el tercero que paga, mientras la otra puede ser el acreedor ó el deudor.

(1) DERECHO COMPARADO.—*Efectos excepcionales del pago.—Pago con subrogación.*

I. *Derecho Español.—Subrogación personal en el pago de las obligaciones.* -

A) *Derecho histórico.—Casos diversos de subrogación.*—E aun dezimos que se podría renovar en otra manera el pleito que fuese hecho primeramente; assi como si el deudor que deudiese alguna cosa á otra, renouasse el pleyto otra vez dando otro deudor o manero en su lugar, á aquel á quien deudiese la debda, á plazer dél; diziendo abiertamente el deudor, que lo fazia con voluntad que el primero fuesse dessatado, á este deudor a manero que metieron en su logar de nueuo que fincasse obligado por la debda a el otro qinto. Ca estonce valdría el segundo pleyto o sería desatado el primero (*Ley 15, tit. 14, partida 5.<sup>a</sup>*)

B) *Código civil.—Subrogación e personal de un tercero*—Nuestro derecho considera como *novación* propiamente tal la sustitucion de la persona del deudor, y la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, toda vez que las modificaciones de la relación jurídica que se establecen, tanto por la alteración de las cosas, de las condiciones ó de las personas, producen los mismos efectos en el objeto de la prestación. A la sustitución de la persona del deudor la denominan nuestros autores *delegación*; á la alteración de un acreedor por otro *subrogación*. Siguiendo el plan de lá obra nós limitaremos á la subrogación propiamente dicha.

a) *Subrogación de acreedores.*—La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código. En los demás será preciso establecerla con claridad (*art. 1209 del Código civil*)

b) *Cuándo se presume la subrogación.*—Se presumirá que hay subrogación: 1.º, euando un acreedor pague á otro acreedor preferentemente; 2.º, cuando un tercero no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa ó tácita del deudor y 3.º, cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto á la porción que le corresponde (*art. 1210 idem*).

Pero no requiere el consentimiento del acreedor y del deudor conjuntamente; basta que sea consentida *aut a creditore, aut a debitore*.

c) *Subrogación sin consentimiento del acreedor*.—El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada (*art. 1211 del Código civil*).

C *Jurisprudencia civil*.—a) *Subrogación consentida por el primer acreedor*.—Según los artículos del Código civil que regulan el pago de las obligaciones, es válido el verificado por cuenta de otro. ya lo conozca y apruebe, ya lo ignore el deudor, aun cuando en este último caso no puede el tercero competir al acreedor á que le subrogue en sus derechos, sin que estos preceptos ni el art. 1209 requieran el consentimiento del acreedor para la eficacia del pago y para la consiguiente subrogación, porque su derecho que no va más allá del cumplimiento de la obligación, se acaba ó extingue con el pago; y, por lo tanto, partiendo del hecho de que el deudor, ya rehabilitado por virtud del convenio mientras estuviese subsistente en el ejercicio de sus derechos civiles, prestó su asentimiento á la consignación hecha por un derecho, es visto, que la Sala, al declarar á éste subrogado en los derechos del recurrente como acreedor dando por terminada su personalidad en los autos, no ha cometido infracción legal ninguna (*Sentencia de 4 de Noviembre de 1897*).

b) *Interpretación del art. 1209 del Código civil*.—En la sentencia se declara probado que quien prestó la cantidad mencionada en el documento, proporcionándosela por medio de una operación de crédito por distinta persona y partiendo de tal supuesto, sostiene el recurrente que la Sala ha infringido el art. 1209 del Código civil por no haber estimado que aquel quedó subrogado en los derechos del prestamista, mediante á que figuró como acreedor por voluntad suya, y á que recibió el documento de sus manos, sin tener en cuenta que estos hechos *no constan en la sentencia*, y que conforme á dicho artículo, la subrogación de un tercero en los derechos de un acreedor *no se presume*, por regla general, siendo preciso que se establezca *claramente* para que pueda tener efecto (*Sentencia de 16 de Noviembre de 1898*).

c) *Carácter convencional expreso ó tácito de la subrogación*.—Si bien el pago de una deuda es un acto tan independiente del deudor que puede ser firme y valedero hecho por tercera persona que no tenga interés en el cumplimiento de la obligación, y aun cuando aquél lo ignore, ni en este caso puede el que paga en su nombre competir al acreedor á subrogarle en sus derechos, ni esta subrogación se presume, sino cuando el pago se realiza con aprobación expresa ó tácita del deudor, á tenor de lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 1210 del Código civil (*Sentencia de 1.º de Julio de 1904*).

## II. Derecho hispano-americano.—Del pago con subrogación.

*Argentina*.—a) *Casos en que se verifica el pago con subrogación*.—El pago con subrogación tiene lugar, cuando lo hace un tercero, á quien se transmiten todos los derechos del acreedor. La subrogación es convencional ó legal. La subrogación convencional puede ser consentida, sea por el acreedor, sin intervención del deudor, sea por el deudor, sin el concurso de la voluntad del acreedor (*art. 801 del Código civil de la Argentina*).

b) *Naturaleza de la subrogación convencional*.—La subrogación convencional *tiene lugar*, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le transmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda. En tal caso, la subrogación se registrará por las disposiciones sobre la *cesión de derechos*. Puede hacerse también por el deudor, cuando paga la deuda de una suma de dinero, con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo (*art. 803 y 804 ídem*).

El orden del discurso exige, pues, que hablemos separadamente, primero de la subrogación consentida por el acreedor y luego de la consentida por el deudor.

*Bolivia.—a) Naturaleza jurídica del pago con subrogación.*—La subrogación es la traslación de derechos y acciones, que por título legítimo tiene una persona contra otra. La subrogación es convencional ó legal (*art. 840 del Código civil de Bolivia*).

La jurisprudencia boliviana (*Gaceta judicial*, núm. 562, pág. 25) tiene establecido que el arrendamiento por licitación de las rentas públicas contiene una subrogación convencional en el sentido del art. 840 del Código civil y que, en su virtud, al transferir al *rematador* (rematante) la facultad de recaudarias, representando al respectivo administrador ó *colector* oficial directo no se altera la naturaleza del impuesto ni se releva al contribuyente de la obligación que tenía para con el fisco y continuando aquí en su calidad de deudor al Erario, puede ser demandado para el pago ante la autoridad del Prefecto y por los medios establecidos para la realización coactiva de los créditos fiscales.

*b) Casos en los cuales es convencional la subrogación.*—1.º, cuando el acreedor habiendo sido pagado por un tercero, le subroga en sus derechos, nociones y privilegios ó hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que la paga; 2.º, cuando el deudor presta una suma para pagar su deuda, y con el objeto de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor (*art. 841 del Código citado*).

*c) Requisitos esenciales de la subrogación convencional en virtud de suma prestada para el pago de la deuda.*—Para que esta subrogación sea válida, es menester: 1.º, que el instrumento del préstamo y el finiquito se hagan ante escribano; 2.º, que en el instrumento se declare que la suma se ha tomado prestada para el pago, y 3.º, que en el finiquito (carta de pago) se exprese que el pago se ha hecho *de* (con) dinero dado á este objeto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se hace también sin consecuencia del acreedor (*párrafos 3.º y 4.º del artículo anteriormente expresado*).

Como derivación de estos preceptos, la Corte Suprema de Bolivia tiene establecido que el simple endoso de un pagaré, no constituye transferencia del crédito, sino sólo concesión de cobranza conservando el endosante su calidad de acreedor principal (*Gaceta Judicial*, núm. 590).

*Chile, Colombia y Ecuador.—a) Definición legal del pago con subrogación.*—Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor á un tercero que le paga (*art. 1608 del Código civil de Chile, 1666 del de Colombia y 1598 del de El Ecuador*).

*b) División de la subrogación.*—Se subroga un tercero en los derechos del acreedor ó en virtud de la ley ó en virtud de una convención del acreedor (*arts. 1609, 1667 y 1599 respectivamente de los anteriores Códigos*).

*c) Carácter de la subrogación convencional.*—Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor, cuando éste recibiendo de un tercero el pago de la deuda, se subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta á la regla de cesión de derechos y debe hacerse en la carta de pago (*arts. 1611, 1669 y 1601 de los Códigos respectivos*).

*Guatemala.—Principio general aplicable al pago con subrogación.*—Dentro de las reglas generales del pago establece este Código que no se extingue la obligación del deudor, si un tercero hace el pago, *sustituyéndose* en sus derechos al acreedor. Esta *sustitución* se verifica ordinariamente por *convenio*, pero tiene también lugar por *ministerio de la ley*, siempre que el tercero es legalmente interesado en hacer el pago (*art. 2315 del Código de Guatemala*).

## ARTÍCULO I

*De la subrogación convencional consentida por el acreedor.*

## I

161. Por derecho romano, el acreedor que recibía el pago de un tercero, podía subrogarlo en sus derechos, con tal de que la subrogación se hiciera al mismo tiempo: *quum convenisset, ut*

*Honduras.*—Reproduce literalmente este Código los preceptos del derecho civil español, acerca de la subrogación en sus *artículos 1310, 1316, 1317, 1318.*

La misma doctrina sustentan los *arts. 814, 815 y 790 del Código civil de Costa Rica.*

*Méjico.*—*a) De la subrogación.—Sus caracteres.*—La subrogación es legal ó convencional (*art. 1590 del Código civil de Méjico*).

*b) Subrogación convencional.*—La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos, privilegios, acciones ó hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago (*art. 1592 del Código citado*).

*c) Subrogación en las deudas de dinero.*—Si la deuda fuese pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestase para ese objeto, solamente quedará subrogado el prestamista en los derechos del acreedor, si el préstamo constase en título auténtico, en que se declare que el derecho fué prestado para el pago de la *misma* deuda. A falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato (*art. 1593 del Código de Méjico*).

*Perú.*—*a) Carácter de la subrogación.*—Como el Código de Guatemala y en armonía también con el español, considera á la subrogación como novación, en la cual, además de otras circunstancias de fondo, ó se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, ó se pone un nuevo acreedor en lugar del anterior (*art. 2265 del Código civil del Perú*).

*b) Principio general.*—No se extingue la obligación del deudor, si el tercero hace el pago, sustituyéndose al acreedor en sus derechos. Esta sustitución se verifica ordinariamente por convenio, pero tiene lugar también por ministerio de la ley, siempre que el tercero esté legalmente interesado en hacer el pago (*art. 2234 en concordancia con el 1468, 2216 y 2217 del Código peruano*).

*Salvador (El).*—El Código de esta República, como sus congéneres los de Chile, Colombia y Ecuador, contiene la misma definición que aquéllos asignan al pago con subrogación (*art. 1496*) su naturaleza convencional ó en virtud de la ley (*art. 1497*) y últimamente como aquéllos códigos, determina que la subrogación convencional está sujeta á las reglas de la cesión de derechos (*art. 1469 del Código civil de El Salvador*).

*Uruguay.*—*a) De la subrogación.—Definición legal.*—La subrogación es una ficción jurídica por la cual una obligación extinguida por el pago hecho por un tercero, se juzga que continúa á favor de éste, como si formase una misma persona con el acreedor (*art. 1442 del Código civil del Uruguay*).

*b) Casos en que tiene lugar.*—1.º, la subrogación se verifica convencionalmente ó por disposición de la ley; 2.º, la subrogación *convencional* tiene lugar, *independientemente de la voluntad del deudor*, cuando el acreedor recibe el pago de manos de un tercero, no interesado y le subroga en todos sus derechos y acciones y garantías contra el deudor. Esta subrogación debe verificarse al mismo tiempo que la paga y debe expresarse claramente que se ceden los derechos, ya se use ó no de la palabra

*mandarentur actiones* (1); sin lo cual, ni había lugar á subrogación ninguna en favor del tercero, ni éste podía luego obligar al acreedor á cederle sus derechos (2). Por otra parte, concedida la subrogación por el acreedor en el acto del pago, el tercero adquiriría el derecho de ejercitar las acciones correspondientes al anterior acreedor, como si le hubiesen sido cedidas ó las hubiese comprado: *pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio quae fuit, perempta videatur* (3).

Ateniéndose á estas normas, que fueron también seguidas, no sólo por el antiguo derecho francés, sino por la práctica universal, el Código Napoleón en el art. 1250, núm. 1.º, y el Código civil italiano en el art. 1252, núm. 1.º, disponen que la subrogación convencional tiene lugar *cuando el acreedor, recibiendo el pago de una tercera persona, la subroga en los derechos, acciones, privilegios é hipotecas, que tiene contra el deudor; esta subrogación, termina el párrafo, debe ser expresa y hecha al mismo tiempo del pago*. Es esta, pues, la primera manera de subrogación convencional; la cual, pareciéndose á la cesión más que todas las otras especies de subrogación, se diferencia de ella por otra parte, no sólo substancialmente en razón del efecto que produce y de la capacidad de quien la consiente (4), sino

---

subrogación; 3.º, la subrogación *convencional* puede hacerse también por el deudor, *sin consentimiento del acreedor*, cuando toma prestada una suma para pagar su deuda y subroga al prestamista en los derechos del acreedor. Para que la subrogación sea válida, se requiere que los *documentos de empréstito y de resguardo* se hagan por escritura pública, y en el documento de empréstito se declare que la suma ha sido prestada para verificar el pago, y en el resguardo que el pago se ha efectuado con el dinero del nuevo acreedor (*artículos 1425, 1443, 1444 y 1445 del Código civil de esta República Oriental*).

*Venezuela.*—a) *Pago con subrogación.*—La subrogación de los derechos del acreedor en favor de un tercero que paga, es convencional ó legal (*art. 1224 del Código civil de Venezuela*).

b) *Requisitos de la subrogación convencional.*—La subrogación es convencional; 1.º, cuando el acreedor al recibir el pago de un tercero, lo subroga en los derechos, acciones, privilegios ó hipotecas, que tiene contra el deudor; esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago; 2.º, cuando el deudor toma una cantidad á fin de pagar su deuda y de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Para la validez de esta subrogación es necesario que el acto de préstamo y el de pago tengan fecha cierta; que en el acto de préstamo se declare haberse tomado éste para hacer el pago, y que en el de pago se declare que éste se ha hecho con el dinero suministrado á este efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se efectúa sin el concurso de la voluntad del acreedor (*art. 1225 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) *L. 76, D. de solution., etc.* (XLVI, 3).

(2) *L. 5, C. de solut., etc.* (VIII 43); Brunemannus, *Ad leg. 1, Cód. de his qui in prior. cred. toc. succedant, y ad l. 5, Cód. de solutionibus, etc.*

(3) Citada *L. 76, D. de solut. etc.*, (XLVI, 3).

(4) Véase, núm. 163.

también formalmente, puesto que en la cesión, la transmisión de las hipotecas y de los otros accesorios se realiza también tácitamente, como secuela de la transmisión del crédito (1); mientras que en el pago, la subrogación en los derechos, acciones, privilegios, hipotecas debe ser expresa; además de que en la subrogación no se requiere la notificación á los terceros (2).

## II

162. La subrogación *a parte creditoris*, exige requisitos intrínsecos y extrínsecos. Los intrínsecos son:

- 1.º consentimiento y capacidad del acreedor;
- 2.º pago con dinero del tercero no obligado.

Comenzando por el consentimiento, todo el mundo comprende que es el primer elemento, tratándose de una concesión voluntaria por parte del acreedor. Este puede concederla ó negarla; y concediendo la subrogación puede á su placer restringir sus efectos; limitarla, por ejemplo, á las acciones de la fianza ó á las hipotecarias. Dueño es el tercero, no contento, de retirar el ofrecimiento de pago; pero en vano pretendería, por las razones poco antes indicadas, conseguir á la fuerza la subrogación. Sólo en los casos en que la subrogación tiene lugar de pleno derecho, el consentimiento del acreedor no es necesario; pero estamos entonces fuera de los términos de la subrogación convencional.

Se ha preguntado si el consentimiento del acreedor puede ser nunca suplido por el del deudor. El deudor, supongamos, se presenta junto con el tercero al acreedor y declara que consiente en la subrogación pedida por el tercero en el momento de pagar. ¿Podrá el acreedor negar su consentimiento? La respuesta es fácil. El art. 1252 conoce dos especies de subrogación convencional: una *por recibo*, es decir, consentida por el acreedor; la otra *por acto de préstamo*, ó sea consentida por el deudor. Luego si el acreedor niega la subrogación que se le pide, el deudor y el tercero tienen pronto remedio; proceder á la subrogación por préstamo entre ellos; cumplan las formalidades requeridas por la ley para esta especie de subrogación; estipulen los documentos de préstamo y de pago con fecha cierta, y la subrogación estará hecha.

Pero se objeta: ¿para qué obligar al deudor y al tercero á este inútil dispendio, cuando el acreedor no tiene en sustancia ningún

(1) Arts. 1541, Cód. civ. It.; 1692, Cód. Nap.

(2) Duranton, XII, 125 y 127; Marcadé, 1250; Massé et-Vergé sur Zachariae, § 363, nota 3; Mourlon, *ob. cit.*, págs. 15 y 249; Colmet de Santerre, V, 189 bis, X; Aubry et Rau, § 321, nota 21; contra, Delvincourt, II, pág. 559; Toullier, IV, 127; Duvergier, *Vente*, II, 187; Laurent, XVIII, 13.

interés serio en oponerse á la subrogación? ¿Por qué obligar al deudor y al tercero á hacer dos documentos, cuando podrían más simplemente alcanzar su intento con un recibo? Se contesta que la ley ha previsto y regulado dos especies de subrogación convencional: una con consentimiento del acreedor, la otra con el consentimiento del deudor, y para una y otra ha requerido formalidades extrínsecas diferentes. Ahora bien: estas formalidades no pueden descuidarse sin incurrir en una violación de la ley. Admitir la subrogación por recibo sin el consentimiento del acreedor, sería lo mismo que prescindir del requisito más sustancial y necesario exigido por el Código. Forzar al acreedor á prestar el consentimiento, equivaldría á violar el art. 1238 y su regla de que el tercero no interesado no tiene derecho á pretender la subrogación. Por lo demás, el daño y el dispendio de las formalidades mayores se limitan á bien poco, porque un mismo documento puede bien contener el pago y el préstamo (1).

Por otra parte, no es preciso que el acreedor manifieste enseguida el consentimiento; también puede bastar que lo haga luego, siempre que en el acta del pago, quien paga haya hecho la reserva de obtener la subrogación (2); tampoco es necesario que manifieste el consentimiento personalmente; puede conceder la subrogación también por medio de representante. El mandatario general, sea convencional, sea legal, tiene siempre este poder (3); no así el mandatario especial *ad exigendum*. Todos de acuerdo en que, no teniendo éste poderes para conceder la subrogación, cuando no le hayan sido conferidos explícitamente, si esto no obstante, se permite recibir el pago que se le ofrece bajo condición de subrogación, el acreedor queda en libertad de ratificarlo ó rechazarlo completamente (4). Pero se encuentran dos dificultades y ponen en desacuerdo á los escritores. ¿Puede aceptarse por el acreedor el pago y rechazarse la subrogación, ó bien debe aceptarlo todo ó rechazarlo todo? ¿Pueden los terceros interesados impugnar la subrogación, no obstante que el acreedor la haya ratificado? No faltan las partidarios de la afirmativa (5); pero nos parece que están equivocados. En efecto, aceptar el pago y re-

(1) Demolombe, IV, 361, 362; Aubry et Rau, § 321, nota 4; Gauthier, *ob. cit.*, 167, Laurent, XVIII, 46; Larombière, 1250, 77.

(2) *L. 76, D. de solut.* (XLVI, 3); Cas. Turín, 31 de Marzo de 1881 (*Legge*, 1881, II, 694); Catanzaro, 4 de Agosto de 1904 (*Giostra*, 1904, 63).

(3) Mourlon, *De la subrogat.* pág. 14; Gauthier, *De la subrogat.* 103; Aubry et Rau, § 321, texto y nota 5; Larombière, 1250, 8 y 30; Demolombe, IV, 348; Laurent, XVIII, 2.

(4) Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IVª ed.), vol. IV, texto y nota Venzl q. pág. 607; Casación Florencia, 31 de Diciembre de 1894 (*Temi ven.*, 1895, 73); Cas. Nápoles, 18 de Diciembre de 1890 (*Dir. e giur.*, XV, 805).

(5) Gauthier, *ob. cit.*, 104 bis; véase también Larombière en los lugares citados.

chazar la subrogación, sería una violación de los derechos del tercero que pagó; el cual, no obligado á pagar, lo hizo bajo condición de ser subrogado en los derechos del acreedor para ser indemnizado (1). Conceder á los terceros, por ejemplo al deudor, ó al acreedor hipotecario posterior, el derecho de impugnar la subrogación, cuando el acreedor la haya ratificado, sería lo mismo que conceder á éstos el ejercicio de un derecho correspondiente al acreedor. Sólo éste es el verdadero y propio *dominus negotiationis*; y no sería racional que otro pudiera ejercitar por él sus derechos.

Por esto, si el ujier encargado de proceder á la ejecución, acepta el pago que se le ofrece, bajo condición de subrogación, por un pariente ó un amigo del deudor, consideraremos válida la subrogación cuando el acreedor la ratifica; negaremos á éste el derecho de recibir el pago y rechazar la subrogación; negaremos á las demás personas la facultad de impugnarla, si el acreedor la acepta (2). De otro modo, aun prescindiendo de argumentos jurídicos, se tropezaría con el inconveniente de hacer inútil la subrogación en los momentos en que se hace sentir mayormente su oportunidad; y se quitaría la voluntad y el valor á los amigos, á los parientes mismos del deudor para intervenir por él, salvándolo del desastre de la ejecución.

En lo que respecta á los cajeros, la máxima más admitida es que sin mandato expreso no tienen la facultad de consentir la subrogación. La Corte de apelación de Roma la negó á un encargado del cajero de un acreedor privado, y manifestó que no la admitía tampoco con respecto al mismo cajero (3). La Casación de Turín no fué de opinión contraria respecto á los cajeros de Obras pías, argumentando que la facultad de exigir no podía inferirse la de consentir una cesión de crédito. Opinó que á ta efecto debía acudirse, mediante las debidas autorizaciones, con un contrato de subrogación convencional (4).

También somos nosotros de este parecer, y no tenemos que hacer otra cosa que referirnos á las razones otra vez expuestas á propósito de los Cajeros ó Contadores del Estado (5). Si bien la

(1) Laurent, XVIII, 52; Cas. rejct., 7 de Abril de 1858 (*Dallos, Réc.*, 1858, I, 155); opinan que el acreedor poniendo el dinero en la caja ratifica implícitamente la subrogación, y no puede impugnarla ya.

(2) Demolombe, IV, 350 y sigs.; Aubry et Rau, § 321, 5; Colmar, 21 de Diciembre de 1832 (*Sirey*, 1833, 2, 251); Nancy, 3 de Mayo de 1856 (*ivi*, 1856, 2, 237); Civ. rej., 7 de Abril de 1858 (*ivi*, 1858, 1, 810), citadas por los autores indicados.

(3) Roma, 29 de Marzo de 1881 (*Legge*, 1881, 2, 345).

(4) Cas. Turin, 31 de Marzo de 1881 (*ivi*, 1881, 2, 694).

(5) *Dottrina delle persona giuridiche*, II, 208.



subrogación total no expone por regla al acreedor subrogante á las obligaciones de garantía, sin embargo no se la puede considerar absolutamente privada de peligros, aunque sólo fuese por el temor de las molestias y de los pleitos que el subrogante puede recibir del subrogado. Esto basta para que tal acto no se pueda consentir por los cajeros, si no están especialmente autorizados para ello y requiera la intervención de los funcionarios administrativos, encargados del aseguramiento de los créditos, acompañada de las garantías autorizadoras necesarias para los actos de enajenación diversos de los pagos simples ya puestos al cobro.

163. Hasta aquí del consentimiento. Nada diremos respecto á la capacidad del acreedor para poder conceder la subrogación. No es preciso que éste tenga capacidad para vender, como se requeriría para poder hacer una cesión; le basta la capacidad para cobrar el crédito de que se trata. Por ejemplo, el acreedor solidario no puede ceder el crédito común; pero bien puede recibir un pago con subrogación (1).

164. La segunda condición necesaria para la validez de la subrogación convencional es el pago con dinero del tercero extraño á la obligación. Si fuese hecho con dinero del deudor, la subrogación sería inconcebible (2).

Por lo demás, poco importa la razón por la que el tercero se determina á pagar. La subrogación puede ser hecha á favor del primer llegado, dicen los franceses (3); y dicen bien, siempre que tenga tanta capacidad, como se requiere para hacer un pago válido. Tampoco es necesario que el tercero pague directamente con sus manos. Puede hacerse representar por un mandatario *ad solvendum* bajo condición de subrogación, sin lo que se necesitaría la ratificación del tercero para hacer irrevocable dicha subrogación (4).

Del mismo modo se estimó válida la subrogación por recibo, cuando el acreedor haya extraído dinero de cuenta del tercero: por ejemplo, depositado en las cajas públicas, y proveniente de los bienes de éste (5).

(1) Laurent, XVIII, 12. Véase también Bolonia, 30 de Abril de 1906 (*Temis*, 1906, 488), con respecto al acreedor anterior.—Hay discusión sobre si en este caso, cuando se altere el vencimiento ó la cuantía de los Intereses, hay novación. La decisión citada está por la negativa. Por la afirmativa, Génova, 19 de Junio de 1905 (*Temis gen.*, 1905, 427).

(2) Cas. Turin, 21 de Febrero de 1877 (*Legge*, 1877, 1, 575); Cas. Roma, 9 de Abril de 1881 (*ivi*, 1881, 1, 721); Roma, 1.º de Marzo de 1899 (*ivi*, 1899, 2, 47).

(3) Demolombe, IV, 333; Laurent, XVIII, 23.

(4) Demolombe, IV, 354; Laurent, XVIII, 23.

(5) Demolombe, IV, 252; Cas. Paris, 14 de Diciembre de 1864 (*Devill.*, 1865, I, 188); Aubry et Rau, § 321, nota 3.

165. Pero es grave controversia la de si el tercero puede hacerse presentar por el deudor; y si es válida la subrogación por simple recibo entregado por el acreedor al deudor, pero escrito en favor de dicho tercero, con cuyo dinero ha declarado el deudor que paga. Para no perdernos en disquisiciones inútiles, diremos que la cuestión no ofrece interés respecto al deudor y á sus herederos; pero lo tiene grande con respecto á todas las demás personas interesadas en impugnar la subrogación: las cuales pueden temer fraudes en su daño, sea porque se finja que el pago se hizo por el tercero cuando realmente se hizo con dinero del deudor, sea porque se quiera oponer á los terceros un recibo con fecha posterior á la verdadera del pago, para hacer aparecer contemporánea al pago una subrogación concedida después.

Sobre el primer punto, si los otros interesados pretenden que es simulada en su daño la declaración de que el dinero fué suministrado por un tercero, tendrán libertad para probar la simulación, aun por testigos, porque se trata de un fraude consumado en su daño, ó de un hecho que no pueden probar con documentos. Imagínese, por ejemplo, un acreedor hipotecario que pretendiese que la simulación se encaminó á hacer aparecer que el dinero era de un acreedor con documento privado ó de un acreedor hipotecario posterior, á fin de que éste obtuviera el subingreso en las hipotecas anteriores del acreedor pagado: ¿no podría acaso este interesado probar la simulación? Mas fallando la prueba, creemos que bajo el respecto jurídico sería válida la subrogación por recibo entregado al deudor como mandatario del *solvens*, y no aceptamos las observaciones de quien pretende disminuir su eficacia bajo el pretexto de que, habiendo el tercero consentido en entregar su dinero al deudor más bien que al acreedor, ha seguido la fe del primero y se ha contentado con la obligación personal de éste (1). No; con permiso de Demolombe, esta doctrina es más sutil que verdadera: pues la ciega confianza del tercero lo pone en peligro de tenerse que contentar con la obligación del deudor, si este no consigue la subrogación; pero no se comprende cómo debe impedirle aprovechar la subrogación, si el deudor lealmente la hace estipular en el recibo. Mas equitativa fué ciertamente la doctrina de Ulpiano, cuando enseñó que la subrogación concedida al tercero que paga *per debitoris personam*, podía *benigne* considerarse como eficaz, siempre que por otra parte no fuese hecha *post aliquod intervallum* (2).

(1) Demolombe, IV, 359; Aubry y Rau, § 321, núm 2; que citan á Renusson, *ob. cit.*, chap. XI, pág. 317, núms. 2 y 5; Gautier, *ob. cit.*, 767.

(2) L. 24, § 3, D. de reb. auct. iud. possid. (XLII, 5); Larombière, 1250, 7; Laurent, XVIII, 23; Turin, 5 de Agosto de 1862 (*Legge*, 1862, 1, 853).

Aun daremos gustosos un paso más hacia adelante y consideraremos eficaz tal modo de subrogación, aun cuando el deudor no tuviese mandato del tercero, sino que la hiciese como gestor, bien entendido, con tal de que el tercero ratificara lo hecho y la subrogación estuviese hecha al tiempo del pago. Pero nuestro deber es decir que esta máxima encuentra por ahora poco favor entre los escritores y en la jurisprudencia francesa (1).

Hemos dicho que el segundo peligro de la subrogación por recibo, cuando es el deudor quien manifiesta que paga por cuenta de un tercero, nace de la posibilidad de aplazar la fecha: porque mientras la subrogación por préstamo ó como de otro modo se dice, consentida por el deudor, exige la fecha cierta, esta necesidad no existe según el texto de la ley, en la subrogación por recibo. He aquí, pues, el peligro de que el pago hecho por el deudor en nombre del tercero, sirva de pasaporte á un préstamo, al que se quiera, á pesar de la ley, aplicar el beneficio de la subrogación, haciendo suscribir por el acreedor complaciente un recibo con fecha posterior, que podrá también oponerse á tercero. La cuestión, por otra parte, se enlaza con la investigación más general sobre la fecha de los recibos con subrogación frente á los terceros, que debemos examinar un poco más tarde (2).

166. Pero lo que sobre todo estimamos necesario para la validez de la subrogación *á parte debitoris*, es que el pago se haga con dinero del tercero no obligado á pagar. Si el tercero estuviera él mismo obligado á pagar todo lo que desembolsó, faltaría la razón de la subrogación, porque no tendría regreso que ejercitar. Por esto se decidió justamente, que no era subrogación válida si el que pagó era deudor, y aceptó la delegación á favor del acreedor (3). Si el tercero fuese un coobligado ó un fiador, podría, sin dudar, obrar en regreso contra los codeudores, ó el codeudor principal para recuperar el total ó la cuota excedente de su deuda personal: pero de todos modos la subrogación convencional estaría fuera de lugar, porque concurriría á su favor la de la ley (4).

167. Es inútil recuerdo el indicar que la subrogación de que hablamos, no requiere para nada el consentimiento del deudor. Dueño, si quiere, de dar su consentimiento y de estar presente al pago que haga el tercero; pero la subrogación sería válida aun

(1) Demolombe, IV, 358 y decisiones citadas por el mismo.

(2) Véase el núm. 185.

(3) Cas. Turín, 21 de Febrero de 1888 (*Ann.*, 1888, I, 2, 206); Florencia, 11 de Junio de 1907 (*Mon. pret.*, 1907, 481); Cas. Roma, 15 de Febrero de 1907 (*Rep. For. it.*, 1907, voz *Surrogazione*, núm. 2).

(4) Larombière, 1250, 7.

á pesar suyo; sería válida también si el acreedor entregase el recibo tanto á él como al tercero que paga por él (1).

## III

168. Dos son las condiciones extrínsecas de la subrogación consentida por el acreedor, debe ser:

- 1.º expresada en el recibo;
- 2.º simultánea al pago.

Y comenzando por la primera, se tiene por cánon cierto que la subrogación no se presume; pero no exige por otra parte palabras solemnes. En el silencio ó en la duda, quiere la razón que se favorezca la liberación absoluta, efecto natural del pago; pero no se requieren hoy en el día, por el Código, palabras solemnes, como no se requerían antiguamente (2); en vez del verbo subrogo, puede hacer sus veces cualquier frase equivalente para poner de manifiesto la voluntad del acreedor de colocar al tercero en su sitio: *cedo, sustituyo, podrá ejercitar mis derechos*, y otras semejantes, son todo frases que, según el prudente discernimiento del intérprete, pueden manifestar la subrogación. Igualmente no se requiere la completa enunciación de los *derechos, acciones, privilegios, hipotecas*, hecha *demonstrationis causa* por el artículo 1252; una de estas palabras puede hacer las veces de las otras y dar certeza al pensamiento del acreedor de conceder la plena subrogación (3).

Se estima, por otra parte, que las solas expresiones *salvo su recurso ó regreso*, no envuelven subrogación (4); ni á tal efecto se reputa eficaz la facultad conferida por el acreedor al registrador de la propiedad de cambiar la inscripción en favor del tercero (5). Por último, la subrogación debe, en sentido de muchas

(1) Demolombe, IV, 355; Laurent, XVIII, 20.

(2) Zanchi, *De praelatione credit.* Exercit. 4, § IX, núms. 44, 45: «Eius tamen animum subingrediendi in locum creditoris dimissi posse etiam argui ex coniecturis extrinsecis, et praeclive ab expressa conventionione, consentunt..... cum hoc desuper non sit certa verborum formula praestituta, sed totum facit solventis animus, qui talis illuceat, oportet ut subingressum vultum suadeat».

(3) Colmet de Santerre, V, 190 bis. II; Laurent, XVIII, 24; Larombière, 1250, 14; Demolombe, IV, 365, 366; Aubry et Rau, § 230, nota 9; Toullier, IV, 121 y slgs.; Duranton, XII, 118; Mourlon, pág. 216; Cas. Turin, 16 de Enero de 1879 (*Guir. it.*, 1879, I, 1, 209); 6 de Marzo de 1879 (*Legge*, 1879, 1, 468); Cas. Milán, 20 de Enero de 1864 (*ívi.*, 1, 126).

(4) Toullier, IV, 121, 1.º 3; Duranton, XII, 118; Marcadé, 1240, 1; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 216; Colmet de Santerre, V, 190, II; Gauthier, *ob. cit.*, núms. 105 y 106; Larombière, 1250, 13, 14; Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, nota 4; véase Roma, 12 de Octubre de 1907 (*Palazzo di giust.* 1908, 80).

(5) Catania, 28 de Julio de 1879 (*Giur. catanese*, 1879, 110).

sentencias y de autores respetables, tenerse por nula cuando el recibo en que se pretende leerla, sea obscuro ó dudoso, dejando incertidumbres acerca de la persona del tercero, ó sobre la suma pagada por él ó sobre la época del pago (1); de manera que toda duda deberá volverse contra la eficacia de la subrogación en general; dejando, sin embargo, ancho campo al prudente arbitrio del Juez, por envolver cuestiones más de hecho que de principio.

169. En la jurisprudencia patria se ha discutido la cuestión de si la subrogación concedida al acreedor requiere acto escrito.

Un tal Doctor Fortunato Monti, había pagado á la casa Ballaidier un crédito de 14.000 liras con pacto verbal de subrogación en los derechos hipotecarios de ésta. Promovido pleito por la casa Odero, otra acreedora, Monti quería mediante interrogatorio probar la subrogación verbal. El Tribunal de Vigevano admitió el interrogatorio; lo rechazó en apelación la Corte de Casale; pero aquel medio de prueba tuvo por fin abiertas las puertas de la Casación turinense. Fué criterio del Colegio Supremo subalpino, que la subrogación convencional *a parte debitoris*, puede también ser verbal, porque el art. 1252, núm. 1.º, no hace mención de acto escrito; y el art. 1314, al enunciar los actos que han de probarse por escrito bajo pena de nulidad, no menciona la subrogación. mientras por otra parte la libertad de la fórmula es la regla dictada por los principios generales del derecho (2). Tal decisión responde también á la máxima prevalente en la doctrina francesa; ya que, si bien Gauthier elevó un tiempo graves dudas sobre la necesidad de la escritura, los más recientes autores y la Casación de Francia no dudan en admitir la subrogación verbal que haya de probarse precisamente en materia civil por medio de testigos ó por presunciones, cuando la naturaleza de la deuda lo permita, á más del interrogatorio ó el juramento decisorio; en materia comercial, también por la correspondencia, por los telegramas y por los libros (3).

(1) Laurent, XVIII, 31; Demolombe, IV, 373; Aubry et Rau, § 321, nota 12, y decisiones citadas por estos autores; Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, nota 5.

(2) Cas. Turín, 6 de Marzo de 1879 (*Foro*, 1879, 1, 607): Por lo que ni el texto de la ley ni los principios generales justifican la sentencia apelada, la cual á consecuencia de la consideración equivocada de que taxativamente y con pena de nulidad estaba requerido por la ley el documento público ó privado para hacer eficaz una subrogación, como el Monte pretendía, reparó la sentencia del Tribunal de Vigevano, que había omitido las instancias del Dr. Fortunato Monti, y admitido el interrogatorio presentado por él, en dicha sentencia; y ordenó á su vez en el cap. IV que se concediera la subrogación á Fortunato Monti por 14.000 liras, que se le negaba en la antedicha sentencia apelada.

(3) Larombière, 1250, 6; Mourion, *ob. cit.*, pág. 298; Colmet de Santerre, V, 190 bis II, Demolombe, IV, 377, 378; Laurent XVIII, 27 y 28; Cas., 14 de Diciembre de 1838

Mas creemos necesaria otra distinción entre las materias civiles y las mercantiles. Siempre que el pago resulte de un recibo escrito en que no se dice nada de subrogación, no podrá ésta probarse en materia civil por testigos, ya que se opone á ello el artículo 1341 del Código civil, por el que no se puede probar oralmente nada que no figure en el contenido del acto. No por esto será nula la subrogación, como escribe erróneamente Borsari (1), sino que podrá probarse por interrogatorio ó por juramento. Por el contrario, en materia comercial, podrá hacerse la prueba por testigos fuera del contenido del recibo, porque el art. 44 del Código de Comercio, concede al Juez facultad de admitirla, cuando lo estime conveniente.

169 bis. En este orden de ideas se ha promovido así mismo cuestión acerca de si el subrogado debe también hacerse entregar por el acreedor pagado los títulos de su crédito. Nadie duda de que es prudente hacerlo; pero si no se hace, y, por lo tanto, el acreedor, después de haber recibido el pago, dispone de dichos títulos y los entrega á un tercero, se pregunta si el subrogado podrá hacer valer sus derechos anteriores contra el nuevo poseedor de los títulos.

En nuestra opinión, es preciso distinguir la naturaleza de los títulos ó documentos; dado que sean títulos á la orden debidamente endosados ó títulos al portador, como ocurre á menudo en materia comercial, la simple posesión de estos documentos conferirá al poseedor la propiedad del crédito y de la mercancía que representan. Cuando en vez de esto sean documentos privados civiles, deberá decirse lo contrario, porque el art. 1126 del Código civil no se puede aplicar á los créditos, que no son muebles por naturaleza, y el escrito en que se ha reconocido la deuda no es el crédito mismo, sino que únicamente constituye su prueba (2).

#### IV

170. No basta que sea *expresa*; la subrogación por recibo debe ser también *contemporánea* del pago. Y la razón es clara: si fuese posterior sería inútil, porque no podría hacer revivir los derechos y garantías, extinguidos *ipso iure* é irreparablemente por el pago; por breve que fuese, pues, el intervalo, la subrogación sería nula, por estar hecha *cum nulla actio superfuert* (3).

(Dev. 1860, I, 987). Art. 44, Cód. com.; contra Aubry et Rau, § 321, nota 16 que limitan la regla sólo á las materias mercantiles.

(1) Borsari, *Commento al Codice civile*, § 3203.

(2) Véase Toullier, VII, 126; Durautou, XII, 126; Gasca, *ob. cit.*, II, 1801.

(3) *L. 76, D. de solutionibus, etc.* (XLVI, 3); Renusson, *ob. cit.*, cap. XII, núm. 1

Mas la regla, aunque clara en su razón, presenta varias dudas de aplicación. Ante todo, para tener la contemporaneidad requerida por la ley, ¿es necesario que el recibo sea redactado en seguida, ó, consintiéndose la subrogación en el acto del pago y haciendo expresa reserva de la misma, la redacción del recibo puede aplazarse para otro momento? Sobre este punto hay un poco de confusión en las escuelas y en la jurisprudencia; esto no obstante, puede considerarse doctrina casi generalmente aceptada, que la ley al requerir la contemporaneidad de la subrogación y el pago, mira al sentido y no á la redacción material del acto, que puede, concurriendo razones plausibles, ser diferido por un breve lapso de tiempo. Supóngase que el tercero ha depositado provisionalmente el precio en poder del Notario, ó en las manos del mismo acreedor, bajo condición de subrogación y la redacción del documento sea diferida, ó porque el Notario no pueda acudir por el momento á ello, ó porque no se han reunido los documentos necesarios; en tal estado de cosas, el recibo con subrogación escrito siete ú ocho días después, no estará viciado por ello, sino que producirá todo su efecto. En suma, es cuestión *de bono et aequo*, en que el Juez procederá midiendo las causas, la duración del retardo y asegurándose bien de que el pacto de la subrogación es verdaderamente contemporáneo del pago; porque si el pensamiento y el pacto de la subrogación nacieron cuando el pago estaba ya hecho, no está en facultad del acreedor subrogante el hacer revivir por medio de declaración posterior una obligación ya extinguida (1).

Por otra parte, si la subrogación debe ser contemporánea, no por esto está prohibido hacerla antes del pago, y no comprendemos los escrúpulos contrarios de Gauthier, ya que la razón única por la que la subrogación debe ser contemporánea al pago es precisamente por la necesidad de ultimarla antes de que desaparezca su objeto por la extinción de la deuda. Ciertamente, una subrogación que no estuviera seguida de pago, sería sin valor; pero si le sigue el pago, he aquí reunidos todos los extremos exigidos por la ley para la validez de la subrogación (2).

y sig.; Locré, *Législat.* VI, pág. 170 y XII, pág. 369; Toullier, IV, 120; Duranton, XII, 119; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 216; Marcadé, 1250, 1; Colmet de Santerre, V, 190 bis, II; Laurent, XVIII, 25; Aubry et Rau, § 321, nota 11, Larombière, 1250, 5; Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, nota 5; Demolombe, IV, 368; Cas. Turin, 31 de Marzo de 1881 (*Legge*, 1881, 2, 694); y 17 de Noviembre de 1890 (*Giur. tor.*, 1891, 775).

(1) Véase Duranton, XII, 116; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 224; Larombière, 1250, 6; Gauthier, *ob. cit.*, núm. 110 y sigs.; Aubry et Rau, § 321, nota 13; Demolombe, IV, 372; Massé et Vergé sur Zachariae, *lug. cit.*; Laurent, XVIII, 26; contra Cas. Turin, 31 de Marzo de 1882 (*Legge*, 1882, 2, 694).

(2) Marcadé, 1259, I; Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, nota 5; Larombière,

171. Se ha promovido también cuestión respecto á la validez de la subrogación cuando el documento que la consagra está separado del recibo, si bien es contemporáneo. A decir verdad, la ley no requiere unidad de redacción en los documento, que deben hacer constar la subrogación y el recibo (1); de manera que una subrogación pactada al mismo tiempo que el pago, sería válida contra el deudor y sus sucesores á título universal, aunque resultase de un acto separado. Sólo los terceros y los sucesores á título singular podrían impugnarla, considerándola una contradicción que á ellos no perjudica (2); y creemos que también podrían impugnar la fecha.

172. Pero aquí precisamente nace disputa sobre la certeza de la fecha con respecto á terceros. Según la doctrina más en boga, la fecha no podría impugnarse por ninguno de los obligados personal ó hipotecariamente (3). Nosotros, por otra parte, estamos de acuerdo mientras se habla de los obligados personales y de modo principal: no así con respecto al fiador y al tercer poseedor, porque éstos pueden bien reconocer el pago y rechazar la subrogación. Tal distinción no será acaso posible cuando el pago y el recibo resulten de un solo acto, que es forzoso aceptarlo por entero ó rechazarlo todo; ¿pero por qué no podrá hacerse cuando los actos sean separados?

¿Qué diremos para los que aleguen una cesión de fecha posterior á la de la subrogación ó para los otros acreedores subrogados, embargados ó secuestrantes bajo fecha cierta, pero posterior á la de subrogación? Es seria la disputa respecto á la eficacia de la fecha para paralizar sus derechos. Hay quien opina que pueden no reconocer la fecha del recibo subrogatorio, porque tienen legítimo interés en impugnar tanto el pago como la subrogación, y se encuentran en la verdadera condición de terceros, según el art. 1327 (4). Oponen otros que la regla del artículo citado sufre excepción en materia de recibos; en efecto, cuando hablamos de la facultad correspondiente al deudor cedido, de oponer

---

1250, 6; Demolombe, V, 374; Laurent, XVIII, 26; Aubry et Rau, 321, nota 14; Dalloz, *Rép. Obligations*, pág. 561. Véase Cas. Turín, 8 de Julio de 1870 (*Giur. tor.*, 1870, 315); si el subingreso, decide esta sentencia, se concedió en documento posterior al pago realizado con promesa de subingreso, el pago extintivo se reputa no realizado antes de aquel documento.

(1) Contra Pacifici Mazzoni, *ob. cit.*, (IVª ed.) Vol IV, 121 y nota ivi.

(2) Arts. 1319, Cód. civ. it.; 1321, Cód. Nap.; Aubry et Rau, § 321, nota 15; Toullier, IV, 116; Demolombe, IV, 371; contra Laurent, XVIII, 29.

(3) Aubry et Rau, § 321, nota 7; Demolombe, IV, 379; Laurent, XVIII, 32; y las decisiones francesas citadas por dichos autores.

(4) Aubry et Rau, § 321, nota 8; Duranton, XII, 321; Laurent, XVIII, 33 y sentencias citadas por el mismo; Dalloz *Rép. Oblig.*, 1853.



al cesionario los recibos anteriores á la notificación de la cesión, hicimos constar una máxima, según la que se estima generalmente que en los recibos no es necesaria la fecha cierta, porque no suelen registrarse (1). Apoyados en esta máxima, Larombière (2) y Demolombe (3) enseñan que el recibo, aun hecho con subrogación, no pierde el carácter de recibo, y puede, por lo tanto, oponerse á los terceros, aunque esté desprovisto de fecha cierta. Esta observación adquiere mayor peso frente al Código italiano, que suprimida la necesidad del instrumento público en la subrogación por préstamo, á que se refiere el núm. 2.º del artículo 1252, la ha sustituido por el documento privado con fecha cierta; luego si nuestro Código hubiese querido la fecha cierta, también en la subrogación por recibo no habría dejado de decirlo. En lugar de ello, el legislador ha callado.

Bastará, pues, el recibo sin fecha cierta aun contra terceros; pero no estará prohibido á éstos probar la falsedad de la fecha, bien que el acto del recibo aparezca separado del acto de subrogación, bien que esté unido al mismo; y podrán hacer esta demostración valiéndose de todos los medios consentidos por la índole de la prueba que quieran hacer (4), según que tiendan ó no á probar un fraude en que tenga participación el tercero, contra el que dirigen sus demandas.

Cuando el pago se haga en varios tiempos no está prohibido pactar la subrogación una vez sí y otra no; la subrogación se limita al pago con el que se enlaza. Pero si al hacer el primer pago se puso expresamente por condición que al hacer el último pago se daría lugar á la subrogación por todos ellos, entonces la subrogación total expresada en el recibo definitivo es válida por la totalidad y cubre también los pagos anteriores (5).

173. Para no omitir nada en materia de tanto interés práctico, conviene notar que, entre todas las maneras de subrogación, la que se hace con consentimiento de acreedor es la subrogación que tiene mayor parecido con la cesión, y con la que se puede fácilmente confundir; nunca serán excesivas las investigaciones y la perspicacia con que nos dedicaremos á encontrar la intención de las partes para dar al acto la interpretación conveniente. Si se

(1) Véase el vol. VI, núm. 122.

(2) *Ob. cit.*, 1250, 35.

(3) *Ob. cit.*, IV, 381.

(4) Demolombe, IV, 383; Aubry et Rau, § 321, notas 18 y 19; Laurent, XVIII, 34 y 35; Larombière, 1250, 10 y sigs.

(5) Mourlon, *ob. cit.*, pág. 247; Aubry et Rau, § 421, nota 14; Laurent, XVIII, 26; Larombière, 1250, 32; Dalloz, *Recueil*, 1815, I, 254 y 568; Cas., 28 de Junio de 1845 (*Journ. Pal.*, 1845, 1656); Turín, 1 de Agosto de 1864 (*Ginr. tor.*, 1864, 321); y 8 de Julio de 1870 (*ivi*, 1870, 513).

nos aparece como hecha en interés del tercero que ha pagado, estaremos en términos de cesión; si por el contrario, en interés del deudor, tendremos un pago con subrogación. Y nótese que será evidente el interés del deudor cuando el pago se haya hecho bajo la amenaza de coacciones judiciales (1).

No tenemos necesidad de recordar las diferencias en los efectos de la subrogación, confrontándolos con las de la cesión: esto es, advertir que el cesionario, convirtiéndose en propietario del crédito, obra por la totalidad del mismo, aun cuando el precio desembolsado por él sea muy inferior, mientras que el subrogado no puede valerse de los derechos del acreedor más que para conseguir recuperar lo que desembolsó. Antes bien, es conveniente detenerse en la garantía de derecho, á que está obligado el acreedor cedente, mientras el acreedor subrogante no está sujeto á esta obligación, porque si bien un tiempo se discutió sobre ello, y se recuerdan autores y sentencias que impusieron la obligación de la garantía también á cargo del subrogante (2), hoy nadie duda ya de lo contrario (3), salvo si el acreedor subrogante ha prometido con pacto expícito garantizar la verdad de los derechos, en los que subroga al tercero. A falta de este pacto, el tercero que hubiese pagado una deuda no subsistente, tendría sólo la repetición de lo indebido con ó sin indemnización de perjuicios, según la buena ó mala fe del que recibió el pago (4). Si la subrogación fuese nula, debería, según las circunstancias, verse cuál era la responsabilidad del subrogante.

## ARTÍCULO II

### *De la subrogación convencional consentida por el deudor.*

#### I

174. RAZONES Y ORIGENES. LOS CÓDIGOS MODERNOS (5), reconociendo como válida la subrogación concedida por el deudor á

(1) Pacifici-Mazzoni, *lug. cit.*

(2) Véase Duranton, XII, 128, y XVI, 488; Delvincourt, II, pág. 539; Toullier, IV, 164; Duvergier, *Vente*, 287; Poujol, *Obl.*, II, pág. 183; Cas., 4 de Febrero de 1846 (*Sí rey*, 1846, I, 971).

(3) Troplong, *Priv. et hyp.*, 953 bis; Championnière et Rigaud, *Droit d'enregistr.*, II, 1248; Benussou, *ob. cit.*, chap. 2, núm. 22; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 14; Gauthier, *op. cit.*, 96; Marcadé, 1250; Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, nota 6; Larombière, 1250, 27; Demolombe, IV, 332; Laurent, XVIII, 24 y 36; Gasca, *lug. cit.*; Turín, 12 de Diciembre de 1863 (*Giur. tor.*, 1864, 13); Palermo, 12 de Junio de 1905 (*Foro sic.*, 1905, 409).

(4) Véase el vol. V, núms. 112, 121.

(5) Arts. 1252, núm. 2, Cód. civ. it.; 1250, núm. 2, Cód. Nap.

quien le presta el dinero para pagar, no han hecho más que ampliar las normas del derecho romano, siguiendo los dictámenes de la equidad y de la conveniencia. Para los romanos el pacto estipulado por el mutuante con el deudor de que el dinero prestado debía emplearse en el pago de un acreedor precedente, *ut antecedens dimitteretur*, bastaba para subrogar al mutuante en los derechos del acreedor anterior, *ut idem pignus ei obligetur, et in locum eius succedat* (1); si se trataba de pago de un crédito privilegiado y especialmente de un crédito fiscal, la subrogación se sobreentendía siempre (2); pero tanto en este caso como en el caso ordinario, dicha subrogación no requería nunca el asentimiento del acreedor. Tales los principios del derecho romano que permanecieron, se puede decir, sin alteración bajo el imperio del derecho común (3). Mas dicha subrogación de los antiguos tiempos permanecía circunscrita á la transmisión del privilegio y de la propiedad del grado hipotecario, y no transfería todos los derechos del acreedor como hace la subrogación moderna; la noción había sido así fijada imperfectamente en el texto y tratada tan infelizmente en las obras de los antiguos jurisconsultos, que las legislaciones modernas la han renovado por completo. No podemos, por lo tanto, oponernos á los escritores que reivindican al derecho antiguo francés el origen de esta institución, y la encuentran en una declaración promulgada por Enrique IV en 1609. Verdaderamente, en el Código Napoleón, y salvo leves modificaciones en el Código italiano, fué copiada aquella disposición (4).

Pero detengámonos un momento. Cuando los Códigos reconocieron la subrogación por hecho del deudor, ¿no abjuraron de los preceptos de la ciencia, y no abandonaron las vías de razón? Si el crédito es cosa perteneciente al acreedor, y nadie ciertamente querrá ponerlo en duda ¿cómo se concibe que el deudor disponga de él á su arbitrio y contra la voluntad del acreedor? La objeción hace efecto á primera vista; pero en esencia es más sutil que verdadera, y no puede detener á quien anteponga á las nimiedades leguleyas los nobles fines de la justicia. En verdad,

(1) *L. 3, D. quae res pign. vel hyp. datae obl. non poss.* (VIII, 17); *L. 1, C. de his, qui in priv. cred. loc. succed.* (VIII, 19; Voet, XX, 4, 34.

(2) *L. 4. C. de his qui in prior. credit.* (XII, 19).

(3) Fierli, *Osservazioni pratiche*; Osserv. CIX sobre la ley *Aristo 3 D. quae res pignoris, etc.*; Zanchi, *De praelat. creditorum*, exercit. 2, § IX, núm. 37, nos enseña que según la glosa á la ley citada, *Aristo*, eran tres las condiciones principales de la subrogación: la entrega del dinero *ad praecisum effectum solvendi creditoris*, el pacto *de subingrediendo*, y la prueba *effectivae versionis pecuniarum*.

(4) Véanse Pothier, *Introduct. au titre XX de la Coill. d'Orleans*, 89; Renusson, *ob. cit.*, chap. II, núm. 19; Demolombe, IV, 392 y sigs.

el crédito es cosa del acreedor, pero mientras subsiste la obligación. Cuando ésta se extingue, y el deudor también la extingue al pagar con dinero ajeno, los derechos del acreedor acaban, y no queda ofendida la justicia por un pacto que tiende á conservar los derechos del acreedor en favor sólo del mutuante para que pueda reembolsarse. Y si son estas las vías de la justicia, no menos elocuentes nos aparecen las razones de conveniencia: porque dicho modo de subrogación permite al deudor quitarse un peso grave cuando consigue encontrar un mutuante más benévolo que le preste el dinero con pactos menos onerosos que el crédito que va á extinguirse.

175. En tal estado de cosas, la subrogación por préstamo produce dos saludables efectos: favorece al acreedor, que llega más pronto á recuperar lo suyo; favorece al deudor que puede dejar la carga más grave de la deuda antigua. Y la historia confirma el argumento, porque de hecho fué para suministrar manera á los deudores de liberarse del grave peso de las antiguas rentas, por lo que Francia decretó las disposiciones que hemos indicado.

Acaso se objetará, ¿pero no queda sacrificado el acreedor que puede encontrarse privado del beneficio de un empleo cauto y ventajoso de su dinero? Mas la respuesta es fácil cuando se distingue. Si el acreedor goza el beneficio de un término estipulado en su favor, no puede ciertamente ser privado de él; pero para asegurarle este derecho bastan las reglas generales sobre el término y sobre el pago, que las reglas especiales sobre la subrogación no tienen la virtud de modificar. Por otra parte, si el acreedor no goza dicho beneficio, le falta el derecho para rechazar el pago, y la ley, prefiriendo á quien *certat de damno vitando*, al que se obstina en proporcionarse un lucro, no comete ciertamente un error

Finalmente, y sea esta la última observación preliminar, á primera vista hace impresión ver al deudor disponer del crédito; pero desaparece la aparente extrañeza cuando se reflexiona que la subrogación *por préstamo* se hace más bien *ministerio legis*, que por consentimiento del deudor: bastan, y lo veremos dentro de poco, las formalidades prescritas por la ley para que tenga efecto la subrogación sin necesidad de consentimiento explícito del deudor (1).

---

(1) Véase Pothier, *Introd. au titre XX de la Coutume d'Orleans*, núm. 80; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 174; Demolombe, IV, 293.

## II

176. REQUISITOS INTRÍNSECOS. Son tres:

- el préstamo hecho por el tercero al deudor,
- la inversión que el deudor hace del dinero que se le presta en la extinción de la deuda,
- el consentimiento común y la declaración de prestar y de recibir el dinero para extinguir la deuda.

a) *Préstamo hecho por el tercero.*— Aunque la ley habla solamente de préstamo, es opinión de algunos respetables autores, que se puede aplicar la subrogación eficazmente á toda forma de suministrar dinero hecha por el tercero con intención de extinguir la deuda, y también cuando el dinero deba luego ser restituido á persona diversa del tercero que lo suministró. El Edicto francés de 1609, del que toma origen la subrogación de los Códigos modernos, hablaba en términos generales y no dejaba duda de que la subrogación podía ser consentida en cualquier forma de suministrar el dinero. Ocurrió con esto que los antiguos escritores no dudaron en enseñar dicha amplia doctrina (1); y entre los modernos la han defendido también Mourlon (2), Demolombe (3), Aubry et Rau (4), y nuestro Pacifici-Mazzoni (5). Por su parte, la jurisprudencia, estimando que el Código habla demostrativamente, reconoce alguna vez la subrogación en la constitución de dote, cuando se pague al marido para emplearla en la extinción de las deudas, subrogando á la dotada en los derechos de éstas (6).

Pero contra dicha interpretación extensiva, se levantan Dailloz (7) y Laurent (8), poniendo de manifiesto la diferencia entre el Edicto de 1609 que hablaba en general de suministro, y el Código vigente que habla sólo de préstamo: y añadiendo que en materia de subrogación nada es demostrativo, sino todo riguroso y de estricta interpretación; en este sentido, parece que haya deci-

(1) Renusson, *ob. cit.*, chap. XIII, 42.

(2) *Ob. cit.*, págs. 326, 328.

(3) *Ob. cit.*, IV, 396.

(4) *Ob. cit.*, § 321, nota 29.

(5) *Ob. cit.*, *lug. cit.*, 122.

(6) Véase Metz, 16 de Octubre de 1811, decisión citada por Mourlon y por los otros autores franceses; Cas. Nápoles, 29 de Enero de 1883 (*Legge*, 1883, 1, 703), y 27 de Junio de 1889 (*Gazz. proc.*, 1889, 307).

(7) *Rép. Oblig.*, 1866.

(8) *Ob. cit.*, XVIII, 39.

dido también alguna de nuestras Cortes supremas (1). Con todo esto, nosotros preferimos la aplicación extensiva, porque *est eadem ratio*; y no nos persuade la afirmación, verdadera bajo otros respectos, de que la subrogación es materia de derecho estricto, ya que la interpretación que adoptamos no es por cierto dañosa al interés de los terceros, siempre que se cumplan las formalidades impuestas por la ley en su defensa (2).

El dinero es de ordinario la materia del préstamo, así como la del pago; pero creemos con Larombière (3), que cualquier cosa fungible, que pueda ser objeto de mutuo, resulta también materia idónea para la subrogación de que hablamos.

177. b) *Inversión del dinero en la extinción de la deuda.*—Estando encaminada la subrogación por préstamo á transmitir los derechos del acreedor á quien presta el dinero para pagar, no se puede dudar de la necesidad del empleo efectivo del dinero en la extinción de la deuda: condición tan indispensable que no puede ser suplida por ninguna otra. Si el deudor distrae el dinero *mutuator ipsi sibi suæ que facilitati imputet, si minus caute crediderit, cum potuerit deponere, vel alio modo de versione sibi tutius consulere* (4). Bastaría también, por otra parte, la inversión parcial, si el acreedor se allanase á recibir el pago por partes; pero nótese bien, la subrogación sólo podría ser parcial; y por el resto, acreedor y tercero subrogado vendrían, según el Código italiano, á contribución (5).

El empleo debe ser hecho por el deudor, ó al menos por otro en su nombre. Pero aquí también ha usado la ley una palabra que debe ser entendida latamente: porque en esta materia, deudor tiene significación jurídica tan extensa que comprende también al deudor *pro parte*, al coobligado subsidiariamente, al heredero beneficiado, al tercer poseedor, y al acreedor posterior que paga al anterior. En verdad, todas estas personas están en cualquier modo obligadas; y si pagasen con dinero propio tendrían indudablemente la subrogación legal por el art. 1253. A su vez, pagando con el dinero ajeno, es natural que puedan poner, por decirlo así, en su pie al mutuante, porque goza de su subro-

(1) Cas. Milán, 30 de Enero de 1864 (*Legge*, 1864, 1, 853); Cas. Nápoles, 18 de Diciembre de 1889 (*Dir. e giur.*, 1889, 805).

(2) Pacifci-Mazzoni, *ob. cit.* (IVª ed.), vol. IV, 122 y nota, Venzi s, pág. 607); Casación Nápoles, 29 de Enero de 1883 (*Legge*, 1883, 1, 703); 27 de Junio de 1889 (*Gazz. Proc.*, XXIII, 307).

(3) *Ob. cit.*, 1258, 82.

(4) Zanchi, *ob. cit.*, exercitat. 2, § IX, núm. 58.

(5) Laurent, XVIII, 40. Art. 1234, Cód. civ. it.; Cas. Turin, 11 de Diciembre de 1868 (*Giur. tor.*, 1868, 183).

gación legal. Por lo que no sufre controversia la máxima de que toda persona que se encuentra en condición de gozar de la subrogación legal, puede, empleando en el pago dinero ajeno, sustituir en el beneficio de la subrogación legal al mutuante; salvo que entre en el goce de su propio derecho, al pagar á dicho mutuante (1).

Las discrepancias doctrinales se encuentran al aplicar esta máxima al comprador de un inmueble, que paga con dinero prestado á los acreedores inscritos. Trátase, todo el mundo lo comprende, de determinar el grado de los respectivos créditos, y de saber si el mutuante queda subrogado en los derechos de los anteriores acreedores que han sido pagados, ó en los del vendedor; cuestión importantísima en los juicios de graduación de créditos. Pedro, pongamos por caso, quiere comprar una casa que cuesta 100.000 libras y que está gravada con tres hipotecas: una á favor de Primo por 10.000 libras, otra á favor de Segundo por 40.000, y finalmente, una á favor de Tercero por 20.000. No poseyendo todo el dinero se hace prestar 50 000 libras por Jacobo para pagar á los dos acreedores hipotecarios, á los que el vendedor cede, como es natural, el precio de la venta; al mismo tiempo subroga á Jacobo en los derechos, nótese esto, no del vendedor que queda con el crédito de parte del precio, sino de Primo y de Segundo, acreedores pagados con su dinero. Hecho esto no transcurre mucho tiempo, cuando, á instancias de Tercero, el fundo se vende en pública subasta por 60.000; y en tal condición de cosas se abre la prelación de créditos. Ahora bien, se pregunta si Jacobo, subrogado á los dos acreedores hipotecarios anteriores, puede *ex iuribus* de éstos vencer tanto al vendedor como al acreedor hipotecario posterior; ó si debe entenderse subrogado al vendedor, y por lo tanto, venir á contribución con éste y ser por ello vencido por el acreedor no satisfecho. Venir á contribución con el vendedor, decimos, porque según nuestro art. 1254, el subrogante satisfecho en parte, concurre con el subrogado para recuperar el resto; de manera que, si la subrogación estuviese limitada á los derechos del vendedor, habría lugar á la contribución. Por el art. 1252 del Código francés la condición del mutuante, cuando fuese subrogado únicamente en los derechos del vendedor, sería aún peor: porque el subrogante, según tal disposición, vence siempre al subrogado para recuperar los residuos. En cuanto á los acreedo-

---

(1) Larombière, 1250, 68; Aubry et Rau, § 321, nota 30; Demolombe, IV, 397, 398, que cita Cas., 7 de Noviembre de 1854 (*Devilleneuve*, 1854. I, 715); contra Laurent, XVIII, 41; que si bien contrario en línea de principio, inclina por otra parte la cabeza en la práctica ante la opinión que domina.

res del vendedor no habría duda, tanto por nuestra legislación como por la francesa de que, venciendo estos al vendedor; vencerían *a fortiori* al subrogado en los derechos del vendedor.

Sentado esto, una escuela numerosa enseña que Jacobo, volviendo al ejemplo, no puede nunca vencer á los acreedores del vendedor, ni al vendedor mismo. Su razón es esta. El comprador no es deudor del precio con respecto á los acreedores hipotecarios, sino con respecto al vendedor: y si en apariencia paga á los acreedores de éste, *in veritatis rei* paga al vendedor, de quien son representantes los acreedores; por esto la subrogación, aunque hecha en los derechos de los acreedores anteriores, no produce efectos diferentes de los que produciría si fuese consentida en los derechos del vendedor. Para decirlo con otras palabras, el mutuante queda en realidad subrogado en los derechos del vendedor; y no puede vencer á dicho vendedor, ni mucho menos á los acreedores de éste, aunque posteriores á aquellos cuyo crédito ha sido extinguido con su dinero (1).

Pero la falacia de esta doctrina y la debilidad de sus argumentos se descubre fácilmente. Basta reflexionar que el vendedor se convierte en deudor con respecto á los acreedores inscritos en la finca; y poco importa que sea deudor personal ó hipotecario, porque con una ú otra calidad se encuentra igualmente en las condiciones requeridas por el art. 1252, núm. 2.º, al efecto de poder, tomando dinero del adquirente y empleándolo en el pago de los acreedores inscritos, subrogar á éstos en sus derechos. Basta pensar que el comprador no es deudor únicamente del vendedor, sino también de los acreedores inscritos: porque, si con respecto al primero lo liga una obligación personal, con respecto á los segundos está ligado por la acción hipotecaria. No ve, pues, en éstos únicamente los mandatarios del acreedor, sino sus acreedores directos, que aun independientemente de la adjudicación, está obligado á pagar; y se encuentra en las condiciones necesarias para entrar á gozar los derechos y acciones que les corresponden.

No se tenga por imposible dicha subrogación: porque el comprador, siendo deudor del vendedor, y convirtiéndose en acreedor de éste en el acto que paga los créditos inscritos, la compensación extingue el crédito y hace inútil la subrogación. Esto es también una sutileza. Porque si valiese el argumento, conduciría

---

(1) Renusson, *ob. cit.*, chap. XV, núms. 9 á 14; Merlin, *Rép. Subrogat. de person.*, sect. II, § 8, núm. 7; Delvincourt, II, pág. 565; Duranton, XII, 189; Grenier, *Des hypoth.*, II, 394; Persil, *Rép. hyp.*, I, art. 2103, § 2; Pont, *Des priv. et hyp.*, art. 2103, núm. 225; Gauthier, *ob. cit.*, 204 y sigs.; Barilliet, *Revue pratique*, 1862 (tomo XIV, págs. 50-113); Dutruc, *Observat. sur Devilleneuve, etc.*, 1862, II, 433 y 1863, I, 288.



lógicamente á estimar como imposible la subrogación del tercer adquirente que paga directamente á los acreedores hipotecarios, cuando tal subrogación está legalmente autorizada por el número 2.º del art. 1253. Así se obtiene una razón más en favor de la subrogación de que hablamos. En verdad, si el adquirente tiene entrada legal en los derechos de los acreedores inscritos, cuando va directamente á pagarles, no se comprende cómo haya de estar prohibido conseguir el mismo efecto, conformándose con las formalidades impuestas por el art. 1252, núm. 2.º, y poniendo en su puesto al que suministra el dinero. Lo hemos dicho ya: la subrogación convencional puede ser concedida por quien pretende dinero á préstamo para efectuar el pago, al cual se concede una subrogación legal.

Por último, si el rigor de los principios favorece al adquirente, las razones de la equidad no secundan menos sus intenciones. No hay perjuicio de parte de los acreedores posteriores y del vendedor, que serían vencidos sin duda por los acreedores anteriores, si no hubieran sido pagados por el adquirente; daño á su vez, manifiesto é irreparable del adquirente si se le ponía detrás de los acreedores posteriores; puesto que perdería el precio desembolsado y el beneficio de subrogación legal, que habría indudablemente conseguido si, cumpliendo menores formalidades, se hubiese presentado sin más á los acreedores anteriores y les hubiese pagado.

Por estas razones, la escuela más reciente y esclarecida acaba por reconocer la eficacia de la subrogación consentida en favor del adquirente en los derechos de los acreedores pagados, y su derecho de preferencia sobre el vendedor y sobre los acreedores posteriores no satisfechos (1). Respecto al vendedor que aun es acreedor de una parte del precio, hemos dicho ya que el adquirente subrogado en los derechos de los acreedores les será indudablemente preferido, como los acreedores pagados habrían obtenido preferencia sobre el vendedor.

Cerraremos nuestras observaciones haciendo notar que no es precisa la inversión de las mismas monedas desembolsadas por el mutuuario, sino que basta el empleo de la suma, porque el dinero se evalúa *non ut corpora, sed ut quantitas* (2). Tampoco es necesario que la inversión en las manos del acreedor se haga por

(1) Troplong, *Priv. et hypoth.*, I, 234; Mourlon, *ob. cit.*, págs. 303 y sigs. Decaque-ray (*Revue pratique*, 1858, VI, págs. 81, 176, 177 y sigs.); Larombière, 1232, 39; Aubry et Rau, § 341, nota 32; Demolombe, IV, 403 y sigs.; y las muchas decisiones citadas por estos últimos, entre las que son notables Cas., 28 de Diciembre de 1853, y 7 de Noviembre de 1854 (*Devill.*, 1854, I, 715 á 719); Laurent, XVIII, 42.

(2) Véase el núm. 18; Demolombe, IV, 421.

el deudor en seguida del préstamo; puede ser hecha también por el tercero con anuencia del deudor mutuuario (1), y realizarse después de algunos días. Los antiguos, aunque presumían que el pago después de tres ó cuatro días había sido hecho con el dinero del préstamo, decían, sin embargo: *arbitrio iudicis standum esse* (2).

178. *c) Consentimiento y declaración de las partes respectivamente de prestar y de recibir á fin de extinguir la deuda.* — No bastarían el préstamo y la inversión efectiva, si no se declarase la común voluntad acerca del destino del dinero al pago de la deuda. Por decirlo con otras palabras, el préstamo debe ser hecho y aceptado bajo condición explícita de aquel empleo: de otro modo podremos decir con los antiguos: *pecuniae transierunt in dominium debitoris, qui ex providentia sua non mutuantis persolvit* (3). Pero esta declaración común equivale á voluntad de subrogar, y produce su efecto sin necesidad de que las partes hablen de subrogación: razón por la que dicha especie de subrogación se podría llamar más legal que convencional (4).

Igualmente es inútil el consentimiento del acreedor, que interviene solamente para recibir el pago, y suscribir el recibo (5). Veremos dentro de poco por qué medio puede vencerse su negativa (6); en tanto indiquemos que si interviene y consiente expresamente, la subrogación es válida como hecha por el acreedor, aun cuando esté falta de las formalidades rigurosas requeridas por el art. 1252, núm. 2.º (7).

(1) Toullier, IV, 133; Duranton, XII, 134 y 135; Larombière, 1250, 81; Aubry et Rau, § 321, nota 38; Colmet de Santerre, V, 19 bis, XI; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 296; Laurent, XVIII, 54; contra Marcadé, 1251, II.

(2) Zanchi, *ob. cit.*, exercit. 2, § IX, núms. 3 y 11.

(3) Zanchi, *ob. cit.*, *lug. cit.*, núm. 55; Aubry et Ran, § 321, texto y nota 33; Gauthier, *ob. cit.*, 168; Demolombe, IV, 395 y sigs.; Larombière, 1250, 71; Laurent, XVIII, 47 y siguientes.

(4) Merlin, *Rép. Privileg.*, sect. IV, § 2; Duranton, XII, 133; Toullier, IV, 129; Mourlon, *ob. cit.*, págs. 260 á 268; Aubry et Rau, § 321, nota 27; Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, nota 11; Larombière, 1250, 66; Demolombe, IV, 413; Laurent, XVIII, 71; Pacifici-Mazzoni, *lug. cit.*, y nota Venzi *l.*, pág. 607; Cas. Palermo, 23 de Octubre de 1898 (*Foro sic.*, 1898, 821); Nápoles, 27 de Diciembre de 1897 (*Sinossi*, Serie 2.ª, fasc. 134, pág. 55). Si hay varios codeudores solidarios, basta que la subrogación sea consentida por algunos de ellos.

(5) Trani, 28 de Julio de 1900 (*Riv. giur. Trani*, 1900, 640).

(6) Véase núm. 181.

(7) Laurent, XVIII, 60, que cita Nimes, 29 de Febrero de 1861 (*Dallos*, 1862, 2. 21); Nápoles, 27 de Diciembre de 1897 (*Ann.*, 1898, 41), por esta decisión basta la declaración de un codeudor solidario entre varios deudores; pero entonces no sirve para las garantías hipotecarias concedidas por los otros; en el mismo sentido, Nápoles, 16 de Julio de 1898 (*Foro nap.*, 1898, 435).

## III

179. REQUISITOS EXTRÍNECOS. — a) *Actas de préstamo y de recibo.*—Para que la subrogación por parte del deudor sea válida es conveniente que el préstamo y el pago resulten de documentos escritos con fecha cierta, que hacen fe del cumplimiento de las condiciones extrínsecas.

Pero veamos separadamente qué es lo que deben contener una y otra acta. «Para la validez de esta subrogación (dice el artículo 1252, núm. 2.º, después de haber exigido la fecha cierta) es necesario que en el acta de préstamo se declare que la suma se tomó á préstamo para hacer el pago; y en el recibo se declare que el pago ha sido hecho con dinero suministrado á tal efecto por el nuevo acreedor.» Empréstito y recibo son, pues, dos documentos que deben contener distintos enunciados y no pueden suplirse el uno por el otro. El primero hace mención del origen y del destino: el otro del empleo efectivo de la suma desembolsada por el mutuante.

Pero el préstamo y el recibo pueden también formularse en un sólo documento que contenga especificados todos los extremos. Así, será este el modo más seguro para el tercero; haciéndolo de esta manera pondrá directamente su dinero en manos del acreedor, y no correrá el riesgo de ser engañado por el deudor, que después de haber tomado el dinero haga de él uso diferente del prometido (1).

180. ¿Por quién deben hacerse las declaraciones? De ordinario serán hechas por el deudor que va á pagar con el dinero prestado, aun cuando la declaración de la procedencia y del destino podría también hacerse válidamente por el mutuante, y la del empleo por el que lo recibe (2). Por lo demás, los terceros tienen siempre derecho de probar la simulación, porque tal simulación constituiría fraude á la ley, y trama urdida en su daño, de modo que serían admisibles los testigos y las presunciones (3).

Las declaraciones de la procedencia y del empleo del dinero, deben figurar en el texto de los respectivos documentos; de otro

(1) Mourlon, *ob. cit.*, pág. 294; Aubry et Rau, § 321, nota 39; Larombière, 1250, 77; Gauthier, *ob. cit.*, 157; Colmet de Santerre, V, 191 bis, XI; Demolombe, IV, 428 y 358; Laurent, XVIII, 46.

(2) Gauthier, *ob. cit.*, 166; Demolombe, IV, 411; Laurent, XVIII, 49.

(3) Merlin, *Rép. Subrog. de personne.*, sect. II, § 8, núm. 2; Duranton, XII, 133; Toullier, IV, 132; Aubry et Rau, § 321, nota 41; Demolombe, IV, 425; Laurent, XVIII, 57.

modo serían ineficaces. La procedencia y el empleo del dinero deben hacerse constar en el recibo y el destino en el acta de préstamo; creemos, por lo tanto, indispensable que en ella se anuncie igualmente el crédito que se desea extinguir (1).

181. ¿Pero qué diremos si el acreedor se niega á hacer mención en el recibo de la procedencia del dinero, ó si se encuentra por algún motivo cualquiera en la imposibilidad de recibir y dar la carta de pago? La oferta real y el depósito remediarán hoy también todo, como lo remediaban antiguamente (2). A decir verdad, en Francia se promovieron dudas sobre si el acta de oferta podía equivaler al recibo, pero una ordenanza de 4 de Julio de 1816, habiendo habilitado á los Cajeros públicos para dar recibo con la mención exigida por el art. 1250 del Código Napoleón, acabó con toda controversia (3).

No conocemos entre nosotros una disposición parecida, pero sin embargo creemos también que sería vano perderse en vacilaciones. En efecto: por el art. 906 del Código de procedimiento civil, las diligencias de depósito, redactadas por el funcionario público, podrán contener el nombre del tercero en cuyo interés y con cuyo dinero se hace el depósito, y las condiciones bajo las que se hace éste: ahora bien; entre estas condiciones se podrá muy bien enunciar una para hacer saber que el depósito se hace con dinero prestado, verbigracia, de Juan á Francisco, al efecto de obtener la subrogación dispuesta en el art. 1252, núm. 2.º del Código civil, y con todo esto quedará, á nuestro parecer, cumplido el deseo de la ley.

Pero no servirá para reparar la negativa ó el escrúpulo del acreedor, añadir al recibo un documento distinto; ya se decidió que una adición de esta clase, si bien escrita al pie del mismo recibo, era ineficaz para convertir el simple recibo en un recibo subrogatorio (4).

182. Muchas controversias é incertidumbres se encuentran en la doctrina francesa sobre la exigencia de que las dos actas de préstamo y de recibo sean hechas al mismo tiempo, así como sobre la entrega del dinero del mutuante al mutuuario, y del deudor al acreedor, juntamente con la estipulación del acta correspon-

(1) Véase Mourion, *ob. cit.*, pág. 268; Gauthier, *ob. cit.*, 162; Aubry et Rau, § 321, nota 33; Larombière, 1250, 71; Demolombe, IV, 409; Nápoles, 14 de Septiembre de 1898 (*Trib. giud.*, 1898, 550).

(2) Zanchi, *ob. cit.*, exercit. 2, § IX, núm. 29.

(3) Mourion *ob. cit.* pág. 271; Gauthier, *ob. cit.*, 176 bis; Demolombe, IV, 422; Laurent, *lug. cit.*

(4) Toullier, IV, 130; Gauthier, *ob. cit.*, 178; Larombière, 1230, 72; Demolombe, IV, 411.

diente (1). Estas controversias, por otra parte, tienen más gravedad en el derecho francés que en el nuestro, teniendo en cuenta la necesidad del documento público requerido por el art. 1250 del Código Napoleón, mientras nuestro art. 1252 se contenta con el documento privado. De aquí que la cuestión de la entrega del dinero ante Notario, sobre la que se detienen los franceses, no puede nacer entre nosotros.

Á nuestro parecer, es preciso distinguir claramente la forma de la esencia. Es disputa esencial si el préstamo debe hacerse al mismo tiempo que el pago, y hemos contestado ya que no, siendo únicamente necesario que el pago no sea anterior al préstamo. Es también disputa de esencia, si las entregas de dinero, tanto en el préstamo como en el recibo, deben ser hechas mientras se escribe el acta, y se resuelve negativamente, siempre que en dicha acta se haga mención de cómo y cuándo se ha realizado la entrega; tan es así, que se estima por todos que se puede hacer el convenio de préstamo mediante la apertura de un crédito (2). Es finalmente cuestión de forma, si los dos documentos destinados á dar fe el uno del préstamo, el otro del pago, deben hacerse en la misma fecha, y aquí también se replica que no, porque la ley no lo requiere. Pueden hacerse en un solo acto, pueden hacerse en dos consecutivos, siempre que en el único ó en los dos documentos, aparezca con toda certeza que el préstamo no se ha efectuado después del pago, y cuando ya la obligación se había irremisiblemente extinguido de manera que ya no era posible la subrogación. Esto es lo que está en la intención del legislador á fin de evitar los fraudes que podrían consumarse de mil maneras en daño de los terceros y de los coobligados, si fuese permitido pactar el empréstito después del pago, y hacerlo constar en documento falto de fecha cierta con respecto á aquellos.

Por lo demás, todo el mundo comprende cuán ancho campo se abre á las investigaciones de hecho por parte de los jueces para hacer constar en cada caso si se ha cumplido el deseo de la ley, precisamente porque el campo es muy amplio se encuentran sentencias aparentemente disconformes y resulta imposible formular teóricamente reglas menos generales. Sólo podemos indicar esto: que cuanto mayor sea el tiempo transcurrido entre el préstamo y el pago ó entre el convenio verbal del uno ó del otro y el acto destinado á hacerlo constar, tanto más grave resultará, na-

(1) Véase Larombière, 1250, 76; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 260; Colmet de Santerre, V, 191 bis, IX; Demolombe, IV, 415; Laurent, XVIII, 53 y sigs.; y en otro sentido Gautier, *ob. cit.*, 168; Aubry et Rau, 231, nota 34; y las muchas decisiones que citan.

(2) Aubry et Rau, § 321, núm. 36; Laurent, XVIII, 64; Demolombe, IV, 416; Cas. Paris, 28 de Abril de 1863 (*Dallos Rec.*, 1863, I° 329).

turalmente, la sospecha de simulación (1), pero el Código, no establece ninguna presunción legal en razón del tiempo.

183. Se ha dudado también, si podría estipularse válidamente un acta de subrogación después del préstamo, pero antes del pago, y las opiniones de los escritores se han dividido. Opina Mourlon por la no validez (2), ya que estima necesario que se haga al mismo tiempo la subrogación y el préstamo, debiendo hacerse el préstamo en vista de la subrogación Demolombe, con mejor sentido, distingue (3): ó la deuda que nace del préstamo está ya vencida en el momento en que se pacta la subrogación, ó no lo está todavía. En el primer caso, la subrogación debe ser válida, pues faltan buenas razones para tenerla como ineficaz: se funda *in veritate rei* sobre un nuevo préstamo que va á ultimarse al mismo tiempo. En el segundo caso, la subrogación no puede ser válida, porque faltan todas las razones para tenerla como tal. No se presta la letra de la ley, que requiere que el empréstito se haga con intención de subrogar al mutuante en los derechos del acreedor, ni se saca mejor partido del espíritu de la misma porque, encontrado el dinero y obtenido el préstamo, el deudor no tiene ya necesidad del auxilio de la subrogación, habiendo ya obtenido sin necesidad de ésta lo que deseaba, y que la ley, al establecer la subrogación, se propuso facilitar. A lo más, añade el escritor citado, podría admitirse también la subrogación en ésta hipótesis, cuando las partes anulasen de acuerdo el préstamo precedente y consintiesen uno nuevo con pactos diferentes y bajo condición de subrogación (4).

184. ¿Pero cuál será el efecto de la subrogación cuando concurren varios préstamos sucesivos? Supongamos que el deudor se haga prestar primero 20.000 liras de Ticio, después de poco tiempo 20.000 liras de Cayo y en ambas actas, mutuante y mutuuario declaren que el préstamo tiene por objeto el pago de la misma deuda; ¿cuál de los dos mutuantes gozará el beneficio de la subrogación? Es preciso distinguir:

ó el recibo no hace mención ni del uno ni del otro préstamo

(1) Pothier, *Obl.*, 81; Renusson, *ob. cit.*, chap. XI, núms. 12, 19; Gauthier, *ob. cit.*, 371; Colmet de Santerre, V, 191 bis, XI; Merlin, *Rép. Subrog. de personnes*, sect. II, § 8, núm. 2; Larombière, 1250, 81; Toullier, IV, 132; Duranton, XII, 136; Gauthier *ob. cit.*, 171; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 274; Demolombe, IV, 423; XVIII, 56; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (1V<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 122, *lug. cit.*; Turin, 2 de Diciembre de 1873 (*Giur. tor.* 1873, 277); Turin, 10 de Marzo de 1874 (*ivi*, 1874, 314); véanse también Trani, 10 de Julio de 1901 (*Riv. giur. Trani*, 1901, 851); Cas. Roma, 20 de Junio de 1902 (*Corte Supr. Roma*, 1902, 142).

(2) *Ob. cit.*, págs. 285 á 294.

(3) *Ob. cit.*, IV, 2, 19.

(4) Larombière, 1250, 80; Gauthier, *ob. cit.*, 164.

y la subrogación no puede ser gozada ni por Ticio, ni por Cayo, porque falta una condición esencial para su validez.

ó el recibo hace mención de uno sólo de los dos préstamos, y la subrogación será gozada por aquel de los dos mutuantes cuyo nombre figura en el recibo, siempre que, bien entendido, no se pruebe por los interesados que aquella mención es falsa ó que, mencionado el préstamo de Ticio, se ha aplicado en su lugar en el pago el dinero de Cayo. Ninguno de los dos mutuantes podría entonces disfrutar de la subrogación; faltaría á Ticio la formalidad intrínseca, á Cayo la extrínseca, esenciales igualmente para hacer eficaz la subrogación (1).

Pero si el recibo hace mención del uno y del otro préstamo, la dificultad resulta más seria, y varían las opiniones. Laurent (2), enseña que la fecha de los recibos determina la subrogación y vence, por lo tanto, el mutuante á cuyo favor se escribió el primer recibo; pero esta solución, aunque justísima, no resuelve la dificultad, cuando sea uno el recibo ó siendo varios tengan todos la misma fecha. Según Larombière (3), la subrogación tendría lugar á favor del último mutuante mientras, según Demolombe, debería en su lugar dividirse por regla general su beneficio entre uno y otro, en proporción á la suma prestada. Aceptamos esta última doctrina, que era también la de los prácticos antiguos (4); pero reservamos, como también hace el eminente escritor, la cuestión de hecho, dejando libre á las partes interesadas, libre al juez, de dar la preferencia al mutuante que por las circunstancias del caso aparezca, no obstante las declaraciones del recibo, como el único proveedor del dinero empleado en el pago (5).

Pero si al crédito que es objeto de la subrogación tuviese anexas garantías hipotecarias, sólo el mutuante que hubiese hecho primero que todos la anotación prescrita por el artículo 1994 del Código civil, podría hacer valer la subrogación del derecho hipotecario.

184 bis. Análoga á la precedente es también la siguiente cuestión. Ticio, habiendo comprado, supongamos por 80.000 liras, un inmueble sobre el cual graviten las hipotecas, A por 10.000 liras, la B por 20.000 y la tercera C por 30.000 liras toma á mu-

(1) Colmet de Santerre, V, 370, 191 y 191 bis, XII; Larombière, 1250, 76; Demolombe, IV, 427; Laurent, XVIII, 58.

(2) *Ob. cit.*, XVIII, 58.

(3) *Ob. cit.*, 1250, 76.

(4) Zanchi, *ob. cit.*, exercit. 2, § IX, núms. 18 y 19.

(5) Demolombe, *lug. cit.*; que cita Renusson, XI, 2; Mourlon, pág. 305; Gauthier, 174.

tuo de Cayo una suma, y subroga al mutuante en los derechos de los dos primeros acreedores que con dicha suma quedaban pagados. Pero Ticio queda, no obstante, como deudor de 80.000, por resto de precio; y luego, el tercer acreedor hipotecario no pagado, hace subastar el fundo y abrir la prelación de créditos. Nace disputa acerca de los efectos de la subrogación. Delvincourt (1) y Durantón (2) enseñan que el mutuante no puede hacer valer la subrogación en perjuicio de los derechos del acreedor no satisfecho ni de los del vendedor. Otros autores enseñan á su vez que el que suministró el dinero queda subrogado en los derechos de los acreedores satisfechos con su dinero, con preferencia al acreedor posterior y al vendedor por resto de precio (3); y esta opinión nos parece más equitativa y racional.

185. *b) Fecha cierta.*—No basta que el acta de préstamo y la de recibo contengan las menciones requeridas: la ley quiere también que tengan fecha cierta. Tal necesidad está sugerida por el deseo de evitar los fraudes en daño de terceros. Podría, en efecto, acontecer que extinguida ya la deuda por el pago, se estipulase un préstamo con fecha anterior á la verdadera, ó se escribiese un recibo con fecha posterior á la real, para hacer revivir en daño de los fiadores, de los terceros poseedores ó de otros acreedores, privilegios é hipotecas ya extinguidos. Para prevenir tal peligro el Código Napoleón requería que el préstamo y el recibo fuesen estipulados por medio de notario; pero nuestro legislador reputa con razón suficiente el documento privado, siempre que tenga fecha cierta, según las reglas contenidas en el artículo 1327 del Código civil (4).

Por otra parte, la certeza de la fecha no está, por las reglas indicadas, limitada á las pruebas extrínsecas más que con respecto á terceros, esto es, á las personas que ejercitan un derecho propio, así según nosotros, no se puede oponer la falta de tal certeza ni por el deudor ni por sus causa habientes, que obran *ex iuribus* del deudor; á su vez contra estos producirá efecto la subrogación mientras no hayan probado la falsedad de la fecha, sea con documentos, sea con testigos ó con presunciones; mientras que, aun sin prueba de la falsedad, el préstamo ó el recibo serían ineficaces con respecto á los demás acreedores.

---

(1) *Ob. cit.*, II, pág. 365.

(2) *Ob. cit.*, XII, 189.

(3) Troplong, *Priv. et hypot.*, I, 231; Aubry et Rau, § 341, nota 3; Demolombe, *ob. cit.*, IV, 403; Laurent, *ob. cit.*, XVIII, 42; Gasca, *ob. cit.*, II, 1082. Véase también más adelante núms. 249 y sigs.

(4) Véase Huc, *Le Code civil italien, et le Code Napoléon*, I, pág. 252.



## IV

186. **COROLARIOS.** De cuanto hemos dicho se deducen dos corolarios: el primero es que no se requieren para la validez de esta subrogación otras formalidades extrínsecas ni intrínsecas fuera de las antedichas; en efecto, así como no es necesaria la mención explícita de la subrogación, tampoco se requiere la entrega de los títulos de crédito. Este acto de ejecución puede á veces resultar necesario para el ejercicio de la subrogación, ó para completar su prueba; pero no está requerido nunca para la validez de la misma; no obstante, la doctrina contraria de Toullier (1), no adoptada por los otros escritores (2).

187. El segundo corolario que debemos deducir es la necesidad del concurso acumulado de las indicadas formalidades intrínsecas y extrínsecas, á fin de que sea válida la subrogación. Cuando falte una, la subrogación no tendrá valor jurídico, y todo interesado podrá deducir su nulidad. La voluntad del legislador no podría ser más clara. *Para la validez de tal subrogación*, dice el artículo 1252, núm. 2.º, enumerando las formalidades antedichas, *es necesario, etc.* Se trata, pues, de normas requeridas para la validez de la subrogación, omitidas las cuales el acto es nulo, sin que sea dado reparar la omisión con actos posteriores. Si el préstamo no habla del destino, si el recibo calla acerca de la procedencia del dinero, tendremos un préstamo y un pago puros y simples. De ahí que digan justamente los escritores que la subrogación es un contrato no tanto consensual como solemne (3).

Esto basta sobre la subrogación convencional, pues estamos apremiados por otro asunto mucho más grave.

## § 2.

*Subrogación legal* (4).

188. La voz *legal* en sentido lato denota cosa conforme con la ley; pero cuando está usada restrictivamente en materia de la

(1) *Ob. cit.*, IV, 126, 128 y 138.

(2) Duvergier sur Toullier, *lug. cit.*, nota a; y *Vente*, II, art. 1690; Gauthier, *ob. cit.*, 178; Demolombe, IV, 432.

(3) Mourlon, *ob. cit.*; pág. 314 y sigs.; Toullier, IV, 1:9; Gauthier, *ob. cit.*, 159; Larombière, 1250, 71; Demolombe, IV, 434; Cas. Nápoles, 18 de Diciembre de 1899 (*Diritto e giur.*, 1900, II, 805); Roma, 12 de Octubre de 1907 (*Giur. it.*, 1907, I, 2, 51).

(4) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español*.—*Subrogación legal ó presunta*.

A) *Legislación hipotecaria*.—En la nota anterior comparativa (véase pág. 180), se expusieron los preceptos del Código civil español referentes á los casos en que por

subrogación designa la especie de subrogación que, en contraposición á la convencional, se cumple *ministerio legis* al concurrir

expresa determinación de la ley la subrogación se presume (*arts. 1210 y 1211*). Examinaremos en la presente los que se relacionan con la legislación hipotecaria.

a) *Inscripción de subarriendo y subrogación de arrendamiento*.—Lo dispuesto en el párrafo 5.º del art. 2.º de ley (inscripción de arrendamiento cuando reunan determinadas condiciones) respecto á la inscripción de los contratos de arrendamiento, será también aplicable á los de subarriendos, *subrogaciones*, cesiones y retrocesiones de arrendamiento, siempre que tengan las circunstancias expresadas en dicho párrafo (anticipo de rentas por tres ó más años, plazo que exceda de seis años ó convenio expreso de las partes), pero debiendo hacerse en tales casos, no una inscripción nueva, sino un asiento de nota marginal á la inscripción que ya estuviese hecha del arrendamiento primitivo (*art. 5.º del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria*).

b) *Subrogación de hipoteca*.—Cuando la hipoteca legal constituida á favor de los bienes dotales de la mujer haya de subrogarse ó posponerse, habrán de seguirse las medidas de protección establecidas en la ley. La mujer podrá exigir la subrogación de su hipoteca en otros bienes del marido, en cualquier tiempo que lo crea conveniente, desde que haya consentido por escrito en la enajenación ó gravamen de los inmuebles afectos á su dote, ó como condición previa para prestar dicho consentimiento. Si la mujer se hallase en cualquiera de los casos previstos en los párrafos 2.º y 3.º del art. 182 (calificación de la hipoteca por el padre, la madre, el que diere la dote y el tutor), podrán también ejercitar este derecho, en su nombre, las personas designadas en el mismo artículo (*art. 190 de la ley hipotecaria*).

c) *Subhipoteca*.—Podrá hipotecarse pero con las condiciones que á continuación se expresan: El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho (*art. 107, núm. 8.º de la ley hipotecaria*).

B) *Jurisprudencia hipotecaria española*.

a) *Facultades de subarrendar*.—Aun cuando no estuviera expresamente autorizado el arrendatario de una mina para subarrendar por el propietario y no existiera tal autorización, como tampoco consta que prohibiere el propietario el subarriendo, es pertinente al caso el precepto del art. 1550 del Código civil, que autoriza al arrendatario para subarrendar en todo ó en parte, cuando no se le prohíba expresamente (*Resolución de la Dirección general de los Registros de 29 de Marzo de 1892*).

b) *Inscripción de subrogación de hipoteca*.—Procede la inscripción de una escritura de hipoteca en subrogación de la constituida en otra escritura, puesto que en dicha escritura nada se grava ni enajena, ni sufre disminución la garantía ofrecida, constando acreditado el valor de la fianza por los recibos de contribución ó por otro documento con referencia al amillaramiento (*Resolución de 5 de Abril de 1864*).

c) *Subrogación de hipoteca en garantía de renta vitalicia*.—Es válida é inscribible la subrogación real de una hipoteca inscrita constituida á la seguridad de una renta vitalicia, aunque no esté determinado el capital que tal pensión representa (*Resolución de 31 de Mayo de 1892*).

d) *Naturaleza jurídica de la subhipoteca*.—El contrato por el cual un acreedor dá en garantía á otra persona el derecho de hipoteca voluntaria envuelve necesariamente una cesión ó transferencia durante el tiempo que subsiste el contrato de una parte de los derechos que corresponden al primer acreedor en favor del segundo, sin cuya cesión ó transferencia la garantía consistente en la hipoteca del derecho de hipoteca no produciría efecto alguno jurídico, lo cual es abiertamente contrario á los principios generales sobre la naturaleza y efectos de los contratos, por cuya razón y con arreglo á los preceptos de la ley hipotecaria que exige el consentimiento de las personas á cuyo favor se hizo la inscripción ó de sus causahabientes, no pueden ser

las condiciones exigidas, sin necesidad de consentimiento explícito ni sobreentendido de las partes.

canceladas las inscripciones correspondientes á dichas hipotecas por el acreedor exclusivamente, sino que deben serlo por ésta y por el segundo acreedor, en quien habían recaído algunos de los derechos de aquélla (*Resolución de 19 de Julio de 1879*).

e) *Diferencias entre la cesión de hipoteca y la subhipoteca.*—La fundamental diferencia que separa la cesión de una hipoteca de la subhipoteca, estriba en que la primera es un acto de enajenación basado en el dominio que puede obedecer á una mera liberalidad ó ser manera de extinguir una obligación preexistente, y la segunda supone de *necesidad* una obligación principal que, lejos de extinguir, garantiza, mediante el derecho real de hipoteca. Deriva de la diversa naturaleza de una y otra institución la consecuencia lógica de que así como en la *cesión de la hipoteca* no se reserva derecho alguno el cedente, por lo cual no tiene acción contra la finca ni contra el deudor, ni se reputa válido en derecho el pago que éste le hiciese después de notificada la cesión; en la *subhipoteca*, por el contrario, no se desprende el subhipotecante de su derecho, y por esto no sólo puede percibir el importe de su crédito, sino que una vez satisfecho éste por el dueño de la finca, debe cancelarse el gravamen por reputarse hecho el pago á persona legítima. La doctrina sentada no es obstáculo á que el acreedor subhipotecario pueda dirigirse, en su caso, contra el mismo inmueble, y *subrogándose en el lugar del hipotecario* instar su enajenación, con lo cual no se niega el derecho del primer acreedor sobre la hipoteca, ya que de otra suerte sería preciso negar también el dominio al propietario de la finca gravada con hipoteca, porque al fin transfirió á su acreedor la facultad de enajenar el inmueble con el propósito de obtener la solución del crédito garantizado. Negar al acreedor hipotecario el ejercicio de su acción real hipotecaria, llegado el caso de incumplimiento por parte del deudor de la obligación que se impusiera, vale tanto como despojarle de su derecho sin ventaja alguna para el subhipotecario que tiene suficientemente garantizados sus intereses con la intervención que en el acto del pago de la hipoteca le otorga el Real decreto de 20 de Mayo de 1880 (*Resolución de 19 de Junio de 1888*).

f) *Doctrina acerca de la subhipoteca.*—La prohibición de subhipotecar la *hipoteca legal*, descansa, según la exposición de motivos de la misma ley, en la necesidad de evitar que los protegidos por dicha hipoteca hagan ilusoria esta garantía; y bien se alcanza que siendo ésta la causa determinante de la prohibición, desaparece, y con ella el efecto que le es inherente, siempre que el mismo legislador autorice en casos determinados al hipotecario legal á desprenderse voluntaria y totalmente de su hipoteca. Si así no fuera, resultaría que el que tiene á su favor una hipoteca legal podría enajenarla, siendo capaz para ello y habiendo llegado el caso de exigir su importe, mas no subhipotecarla en idénticas circunstancias; absurdo evidente, por ser la subhipoteca un acto de enajenación como otro cualquiera, y ser notorio que donde hay la misma razón debe aplicarse el mismo precepto legal, y así no es dudoso que puesto que el matrimonio á que se refiere quedó disuelto años ha, es perfectamente exigible el crédito garantido con la hipoteca dota! subhipotecada, demostrando, por tanto, el razonamiento que procede la validez de esta subhipoteca (*Resolución de 21 de Agosto de 1895*).

g) *Cancelación de la subhipoteca.*—Según lo preceptuado en el art. 107, párrafo 8.º de la ley hipotecaria, la hipoteca constituida sobre el derecho de hipoteca voluntaria queda pendiente de la resolución del mismo derecho, y procede su cancelación cuando el que se halla inscrito en el Registro se extingue por completo, como sucede cuando el deudor paga su deuda, puesto que la *cesión de un crédito* no perjudica al deudor, á quien debe serle indiferente pagar al cedente ó al cesionario, al paso que la *subhipoteca* como acto ajeno al dueño de la cosa hipotecada, vendría á hacer más grave la situación de éste si no desapareciese simultáneamente con la hipoteca constituida á la seguridad de pago de una deuda en vista de la carta de pago correspondiente,

Esto basta para comprender que no puede hablarse de subrogación legal fuera de los casos en que un texto de ley la con-

por más que haya sido subhipotecado el mencionado crédito por el acreedor para garantir otra deuda (*Resolución de 13 de Agosto de 1896*).

II. *Derecho hispano-americano.*—*Del pago con subrogación: Subrogación legal.*

*Argentina.*—*Casos de subrogación por ministerio de la ley.*—La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor á favor: 1.º, del que siendo acreedor paga á otro acreedor que le es preferente; 2.º, del que paga una deuda al que estaba obligado con otros ó por otros; 3.º, del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo otros; 4.º, del que adquirió un inmueble y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble; 5.º, del heredero que admitió la herencia con beneficio de inventario y paga con sus propios fondos la deuda de la misma (*art. 802 del Código civil de la Argentina*).

*Bolivia.*—*Subrogación legal.*—Es legal la subrogación: 1.º, en favor de un acreedor que paga á otro, que le es preferible por los privilegios ó hipotecas; 2.º, en favor del adquirente de una cosa inmueble que emplea el importe de su adquisición en satisfacer á los acreedores á quienes estaba hipotecada la cosa; 3.º, en favor del que estando obligado con otros ó por otros al pago de una deuda tiene interés en satisfacerla; 4.º, en el del heredero beneficiario que paga con su dinero las deudas de la herencia (*art. 842 del Código civil de Bolivia*).

*Chile, Colombia y Ecuador.*—*a) Subrogación legal.—Principio general.*—Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, pero especialmente en los casos señalados en estos Códigos (*arts. 1610 de Chile, 1668 de Colombia y 1600 del Ecuador*).

*b) Casos especiales de subrogación legal.*—Se da especialmente y á beneficio: 1.º, del acreedor que paga á otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio ó hipoteca; 2.º, del que habiendo comprado un inmueble es obligado á pagar á los acreedores á quienes el inmueble está hipotecado; 3.º, del que paga una deuda á que se halla obligado solidaria ó subsidiariamente; 4.º, del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia; 5.º, del que paga una deuda ajena consintiéndolo expresa ó tácitamente el deudor, y 6.º, del que ha prestado dinero al deudor para el pago; constando así en escritura pública del préstamo y constando, además, en escritura pública de pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero (*casos 1.º á 6.º de los artículos respectivos de los Códigos antes citados*).

*Guatemala.*—No enumera este Código los casos especiales de subrogación legal. Partiendo del principio sustentado con el título referente al pago de que la *sustitución* tiene lugar también por ministerio de la ley, siempre que el tercero sea legalmente interesado en hacer el pago, y corroborando este protestado con el precepto contenido en la *novación* de que cuando ésta es de un nuevo acreedor, se transmiten á su favor todos los gravámenes é hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior, deja en su consecuencia, el exámen de la subrogación legal al estudio armónico del derecho contenido en los distintos artículos de su Código (*arts. 2315 y 2344 y concordantes del Código civil de Guatemala*).

*Honduras.*—A semejanza de nuestro Código patrio, establece el de Honduras, dentro de la sección correspondiente á la novación, los diversos casos en que se presume legalmente la subrogación y el especial relativo al pago de deuda para el cual se hubiese tomado dinero de modo expreso, especial y en documento fehaciente (*artículos 1317 y 1318 del Código civil de Honduras*).

*Méjico.*—*a) Definición de la subrogación legal.*—Es legal la subrogación cuando se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados (*párrafos 1.º y 6.º del art. 1591 del Código civil de Méjico*).

cede expresamente; pero no es de creer por esto que tal manera de subrogación quede limitada sólo á los cuatro casos á que se refiere el art. 1253 del Código civil: porque si ésta es la base de las disposiciones relativas al pago con subrogación, hay otras disposiciones en el mismo Código civil, y en otras leyes, que conceden excepcionalmente subrogaciones legales por el pago.

Además de esto, nuestra legislación reconoce también algunas subrogaciones por efecto de evicción, las cuales, si bien hablando propiamente no deben confundirse con la materia del pago, están, sin embargo, tan estrechamente enlazadas con la subrogación por pago, que hablando de una no se puede hacer menos que tocar de pasada también á la otra (1).

*b) Casos de subrogación legal:* 1.º, cuando el que es acreedor paga á otro acreedor preferente; 2.º, cuando el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación; 3.º, cuando se hace el pago con consentimiento expreso ó tácito del deudor; 4.º, cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia, y 5.º, cuando el que adquiere un inmueble, paga á un acreedor que tiene sobre la finca un crédito hipotecario anterior á la adquisición (*núms. 1.º á 5.º del artículo antes expresado*).

*Perú.*—Como el de Guatemala, establece con la misma brevedad de preceptos los casos generales de subrogación legal, tanto cuando el pago se hace por persona interesada en realizarlo como cuando la novación es una verdadera subrogación personal de acreedores (*arts. 1468, 2234, 2270 y concordantes del Código civil del Perú*).

*Salvador (El).*—En el libro IV, título 14, capítulo 8.º, en concordancia con los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador, con los cuales guarda íntima analogía, asienta el mismo principio que aquéllos con respecto á la subrogación por ministerio de la ley, y enumera los diversos casos, como los ya expresados en aquellos cuerpos legales, en los que especialmente se reconoce este beneficio (*art. 1498, casos 1.º á 5.º del Código civil de El Salvador*).

*Uruguay.*—*Subrogación por disposición de la ley.*—La subrogación por disposición de la ley ó se verifica *ipso jure*: 1.º, en favor del que siendo acreedor paga á otro acreedor de preferencia en razón de su privilegio ó hipoteca; 2.º, en favor del que estando obligado con otros ó por otros al pago de la deuda, tenía un interés en *cubrirla*; 3.º, en favor del que habiendo adquirido un inmueble está obligado á pagar á los acreedores á quienes el inmueble está hipotecado; 4.º, en favor del heredero beneficiario que paga con su propio dinero la deuda de la herencia, y 5.º, en favor del que paga una deuda ajena, consintiéndolo, expresa ó tácitamente el deudor (*artículo 1446 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

*Venezuela.*—*Subrogación legal.*—*Casos especiales en que procede.*—Aun cuando el Código de Venezuela guarde íntimas analogías con el anteriormente expuesto, su claridad y precisión nos impulsan á consignar los casos en virtud de los cuales tiene lugar la subrogación por mandato expreso de la ley. Los taxativamente expuestos por este Código, son los siguientes: 1.º, en provecho del que siendo acreedor, *ann por documento privado*, paga á otro acreedor que tiene derecho á ser preferido en razón de su privilegio ó hipoteca; 2.º, en provecho del adquirente de un inmueble que paga hasta concurrencia del precio de su adquisición á uno ó varios acreedores, en cuyo favor el fundo está hipotecado; 3.º, en provecho del que estando obligado con otros ó por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla, y 4.º, en provecho del heredero á beneficio de inventario que ha pagado con sus propios fondos las deudas de la sucesión (*art. 1226 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) Véase Mirabelli, *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, vol. II,

Resumiendo, por tanto, la subrogación legal tiene lugar en los casos siguientes:

Según el Código civil:

1.º á favor del que, siendo acreedor, paga á otro acreedor que tenía derecho de preferencia sobre él en razón de sus privilegios é hipotecas;

ó de un acreedor que queda vencido en el juicio de prelación de créditos por otro acreedor provisto de hipoteca extendida también á los demás bienes, fuera de aquellos cuyo precio recae en la prelación;

2.º en favor de quien ha adquirido un inmueble y hasta donde alcanza el precio ha pagado á uno ó á varios acreedores, á cuyo favor está hipotecado el inmueble;

además, á favor del tercer poseedor, cuando haya pagado créditos inscritos, ó tenido que ceder el inmueble ó sufrido expropiación, contra otros poseedores de fundos sujetos á la misma hipoteca;

3.º en favor de quien, estando obligado con otros ó por otros al pago de la deuda, tenía interés en satisfacerla;

4.º en favor del heredero con beneficio de inventario, cuando haya pagado con su propio dinero deudas hereditarias (1).

Según el Código de Comercio:

5.º en beneficio del asegurado en los derechos del asegurador (2); subrogación que puede reunirse lógicamente con la del coobligado de que hablamos en el anterior núm. 3.º;

6.º en favor del librador, de los endosantes y del interventor que pagan un documento á la orden ó una letra de cambio, en lugar del emitente ó del aceptante (3);

Según la ley sobre recaudación de los impuestos directos:

7.º en favor de los recaudadores, en los privilegios fiscales para el reembolso de las sumas anticipadas á la Administración pública, con respecto á los contribuyentes morosos, en los dos años del vencimiento del contrato de recaudación (4);

8.º en favor de quién ejercita el rescate del inmueble subastado, para reembolsarse los gastos del rescate, en el privilegio del Estado sobre el inmueble (5).

*Della surroga legale per pagamento*, núms. 3 y sigs.; *Della surroga per evizione*, núms. 33 y sigs., donde dilucida ampliamente este tema.

(1) Arts. 1253, 1032, 1916, 2011, 2022, Cód. civ. it.; 1251, 874, 2178, 2029, Cód. Nap.

(2) Art. 438, Cód. Com.

(3) Arts. 300, 318, 319, 322, 323 de dicho Código.

(4) Arts. 71 y sigs. Texto único, 29 de Junio de 1902 de la ley sobre recaudación de los impuestos directos.

(5) Art. 57 de la citada ley, texto único.

En todos estos casos, la subrogación, aunque legal, constituye un derecho, no una obligación para el subrogado, libre de renunciar al beneficio (1).

## ARTICULO I

### *Subrogación á favor del acreedor posterior.*

#### I

189. SUBROGACIÓN POR PAGO.—Tiene su origen en el *ius offerendi*, que el derecho romano concedía, en vez del derecho de subastar el fundo, al acreedor hipotecario posterior. Haciendo que dejara de tener interés el que le precedía, el acreedor posterior tomaba su puesto, y tenía modo de hacerse árbitro de la subasta promoviéndola en el momento en que le resultaba más oportuna (2). Modificada con el transcurso del tiempo la norma legislativa, y concedido á cualquier acreedor el derecho de promover la expropiación, desapareció la necesidad del *ius offerendi*; pero quedó la subrogación en provecho del acreedor hipotecario posterior que paga al anterior, ó también del acreedor por documento privado; mediante la cual, el posterior ó el acreedor con documento privado toma el lugar del acreedor pagado al solo objeto, nótese bien, de reembolsarse por las sumas que ha pagado y nunca para satisfacerse por su crédito propio, que queda en el grado que tenía (3). Pero si es así, surge espontáneamente la pregunta ¿para qué sirve esta subrogación? ¿No sería más sencillo para el acreedor posterior no cuidarse de satisfacer al anterior, ya que no recibe ningún provecho por el crédito propio? Pero basta un momento de reflexión para persuadirse de que el acreedor posterior puede muchas veces encontrar conveniente impedir la subasta con que amenaza el acreedor anterior, sea para esperar momentos más favorables, sea para evitar gastos y litigios (4). Se trata, pues, de una subrogación concedida más en

(1) Laurent, XVIII, 66, que cita Cas. Rejet, 1.º de Julio de 1857 (*Dallos*, 1857, I, 438).

(2) *L. 16, D. qui potiores in pignore, etc.* (XX, 4); *L. 22, Cod. de pignor. et hypot.* (VIII, 14); *L. 4, Cod. de his qui in prior. cred. loc. succed.* (VIII, 19). «Qui pignus secundo loco accepit, ita lus suum confirmare potest, si creditor debitam pecuniam solverit». Brunemaunus, *ad L. 1, Cod. si antiq. cred. pign. vend.*; Voet, XX, 1, 34 y siguientes.

(3) Véase Demolombe, *ob. cit.*, IV, 461, 464; Troplong, *ob. cit.*, págs. 214, 357; Aubry et Rau, § 321, notas 47 y 48; Duranton, *ob. cit.*, XIX, 150; Larombière, *ob. cit.*, 1251, 9 y 10; Toullier, IV, 151; Laurent, XVIII, 73, 75; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IVª ed.), vol. IV, 123, y nota Venzi *v.*, pág. 607; Turin, 12 de Abril de 1875 (*Giur. tor.*, 1875, 454); Bolonia, 7 de Abril de 1876 (*Legge*, 1876, 1, 822).

(4) Merlin, *Rép. Droit d'offerir*; Demolombe, IV, 451, 452, 449; Mirabelli, *ob. cit.*, núms. 3, 4 y 10.

interés del tercero que paga, *ut ius suum confirmet*, que en el del deudor; y justificada por la consideración de que no resulta perjudicial para nadie.

190. Por lo tanto, la primera condición indispensable para aprovecharse de esta subrogación es la calidad de *acreeedor* (1); pero á diferencia del derecho romano no importa hoy en día ser acreedor hipotecario; basta con tener un crédito escrito, pues nuestro Código ha dado fin en el sentido de la opinión más acreditada, á las discusiones que se agitaban sobre el asunto bajo el imperio del Código Napoleón (2). *Aunque sea documento privado*, dice en efecto nuestro legislador. No le es dado al acreedor anterior pretender que el posterior justifique tener interés proporcionado para legitimar el ejercicio del derecho; ya que este interés se presume legalmente y la opinión contraria, propuesta por Mourlon (3), no ha encontrado favor (4).

191. Pero es, por el contrario, indispensable que el acreedor á quien se ha pagado *tengü derecho á ser preferido en razón de sus privilegios ó de sus hipotecas*. Faltaría en absoluto el texto y la razón de la ley si el pago se hiciera á un acreedor posterior, ó á un acreedor no provisto de privilegio ó de hipoteca, sino de otro cualquier derecho meramente personal (5) La palabra taxativa del art. 1253, núm. 1.º, y la índole de la subrogación legal, bastan para rechazar la opinión contraria; ya en vano expuesta por algunos escritores (6) en el artículo anterior; el cual, si habla más generalmente de *derechos y acciones*, habla de ellos en materia de subrogación convencional y no en la de la legal. Faltaría especialmente si se tratase de un derecho de resolución; sobre cuyo asunto se decidió ya que pretendería inútilmente un acreedor del comprador sustituirle en la demanda promovida por éste para resolución de la venta, pagando el precio debido por dicho comprador (7).

Faltaría, además, al acreedor del donante, si se le ocurriese satisfacer las cargas de la donación para entrar en la acción de

(1) Arts. 1253, núm. 1, Cód. civ. it.; 1251, núm. 1, Cód. Nap.; Casale, 14 de Enero de 1888 (*Legge*, 1889, 2, 641); Cas. Turín, 29 de Marzo de 1890 (*ivi*, 1890, 1, 600); Cas. Roma, 23 de Junio de 1906 (*Foro it.*, 1906, 1, 784).

(2) Voet, XX, 4, 34.

(3) *Ob. cit.*, págs. 361 á 368.

(4) Demolombe, IV, 455, 456; Laurent, XVIII, 68.

(5) Merlin, *ob. cit.*, 358; Larombière, 1251, 9; Aubry et Rau, § 321, nota 49; Cas. Turín, 7 de Mayo de 1880 (*Legge*, 1880, 1, 545; *Giur. tor.*, 1880, 608).

(6) Marcadé, 1251, 1; Gauthier, *ob. cit.*, 222 bls.

(7) Demolombe, IV, 363, que cita Cas., 3 de Julio de 1854 (*Devill.*, 1854, 1, 423); Laurent, XVIII, 76.



revocación (1); y faltaría, finalmente, á quien quisiera entrar en los derechos de retención (2) ó de anticresis, estando á nuestro parecer fuera de duda que por sí solos no confieren ningún derecho de privilegio (3).

Pero ¿qué decir de la prenda? La respuesta nos parece fácil. La prenda está acompañada por el privilegio y esto basta para que la subrogación tenga lugar en favor del acreedor simple, que pague un crédito pignoraticio. Bien es verdad, que entre las condiciones de la prenda, enuméranse la posesión en manos del acreedor ó de un tercero elegido (4); la subrogación legal en el privilegio ocurrirá únicamente cuando la prenda se encuentre en manos de un tercero; ó si encontrándose la prenda en poder del acreedor satisfecho, éste la entrega al acreedor subrogado (5). ¿Pero será necesario para esto el consentimiento del deudor? Cuestión dudosa; nosotros preferimos la negativa, porque el derecho de subrogación legal no debe sujetarse al capricho del deudor (6).

Pero no habría ciertamente subrogación legal si fuera el acreedor anterior el que pagase al posterior. La ley no se presta tampoco á la duda; porque habla únicamente, y bien claro, del acreedor que paga á otro *que tiene derecho á serle preferido*. Podrá quizás censurarse tal disposición y creerse en teoría preferible la regla contraria del derecho romano (7), que, más equitativo y previsor, defendía también los intereses del acreedor anterior contra los caprichos del posterior. ¿Pero por esto qué? En la práctica no es dado al intérprete rebelarse contra la voluntad del legislador, clara y precisa (8).

Dígase lo mismo del acreedor que paga otro crédito colocado

(1) Duranton, XIX, 150; Troplong, *Priv. et hyp.*, I, pág. 214; Larombière, 1251, 10, Pont, *Priv. et hyp.*, 2103, 188; Demolombe, IV, 464, y declsiones por él citadas.

(2) Véase el vol. II, núms. 392 y sigs., 431; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 358; Aubry et Rau, § 321, nota 59; Larombière, 1251, 9.

(3) Art. 1897, Cód. civ. it. Véase el vol. II, núm. 432; Troplong, *Nantissement*, 448; Demolombe, IV, 466; Larombière, 1251, 9; Aubry et Rau, *lug. cit.*; Laurent, XVIII, 75.

(4) Arts: 1872, Cód. civ. it.; 456, Cód. Com.

(5) Ha sido reconocida la subrogación en favor de quien desempeña muebles del Monte de Piedad. Bolonia, 20 de Abril de 1877 (*Foro*, 1877, 1, 998).

(6) Laurent, XVIII, 73; contra Aubry et Rau, § 321, nota 48; y Demolombe, IV, 467; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IVª ed.), vol. IV, 123, texto y nota, pág. 542.

(7) *LL. 1 y 8, D. L. 5, Cod. de distract. pignor*, XX, 5; Pothier, *Introd. à la Coutume d'Orléans*, núm. 72; Renusson, *ob. cit.*, pág. 93, cap. IV, núm. 14; Zanchi, *ob. cit.*, exercit. 2, § IV, núms. 30 y 32.

(8) Véase Toullier, IV, 111; Duranton, XII, 242; Troplong, *Hyp., etc.*, I, 357; Aubry et Rau, § 321, nota 47; Larombière, 1251, 6; Colmet de Santerre, V, 193 bis, II; Gauthier, *ob. cit.*, 221 y sigs.; Demolombe, IV, 460; Laurent, XVIII, 70.

en su mismo grado. Espera en vano el entrar en los derechos del anterior, si no es cauto en estipularlo (1).

192. A más sería controversia dar lugar el establecer si es conveniente que el subrogante y el subrogado sean acreedores personales del mismo deudor; ó basta que se encuentren ambos inscritos sobre el mismo inmueble poseído por quien es deudor personal del uno y tercer poseedor con respecto al otro acreedor. Veremos reaparecer tal cuestión en materia de la subrogación que nace del art. 2011, y nos reservamos examinar entonces la cuestión (2); bástenos entre tanto decir que la mayoría de los escritores conceden la subrogación si el crédito está inscrito sobre el mismo inmueble, sea quien quiera el deudor principal; siempre que *eadem res duobus iure pignoris obligata sit* (3). Y la subrogación en todo caso se extiende también á las hipotecas del acreedor anterior, inscritas sobre los bienes no afectados por la hipoteca del acreedor posterior (4). Pero sobre ésto volveremos más adelante.

193. La segunda condición necesaria para la subrogación es el *pago*; esto es, que precisa que el acreedor posterior pague al anterior *pecunia sua*; pero no importa por lo demás que el dinero lo haya sacado de su bolsillo, ó se lo haya hecho prestar (5). Si el acreedor anterior fuera satisfecho con el precio de los bienes correspondientes al deudor común, no siempre el acreedor posterior obtendría subrogación, sino sólo en el caso á que se refiere el art. 2011, de que hablaremos dentro de poco (6). Sin embargo, como se admitía en el derecho antiguo que la subrogación tenía lugar en el pago ficticio por compensación (7), así es de creer que habría lugar también hoy en día.

(1) Demolombe, IV, 461; véase Bolonia, 31 de Julio de 1908 (*Temi*, 1908, 774).

(2) Véase el núm. 204.

(3) *L. 8, Cod... Qui potiores in pignore vel hyp.* (XX, 4); Larombière, 1251, 8; Demolombe, IV, 457.

(4) Mourlon, *ob. cit.*, pág. 383; Gauthier, *ob. cit.*, 270; Demolombe, IV, 496, que cita á Pothier, *Obl.*, 31; é *Introd. au titre XX de la Coutume d'Orléans*, 73; Renusson, *ob. cit.*, chap. V, núm. 8; Cas., 7 de Noviembre de 1854 (*Dev.*, 1854, I, 715); Cas., 7 de Abril de 1861 (*Dev.*, 1861, I, 536).

(5) Laurent, XVIII, 78; Gauthier, *ob. cit.*, 230; Cas. Rejet, 22 de Diciembre de 1846 (*Dallos*, 1847, I, 5); Cas., 7 de Noviembre de 1854 (*ivi*, 1854, I, 409).

(6) Mourlon, *ob. cit.*, págs. 376-377; Demolombe, IV, 471.

(7) Zanchi, *De praelat. cred.* Exercit. 2, § 9, núm. 25, 26: «Priori quidem casu, inferior creditor subingreditur in iura hypothecae, et anterioritatis creditoris dimissio indistincte, etsi de subingrediendo nullum adiecerit pactum, modo ad anteriorem creditorem pecuniam pervenerit». *L. Potior, N. D. Qui potiores in pign. hab. etc....* «Quae conclusio in eo etiam casu recepta, quo posterior creditor vice oblationis pecuniae, vellet suum creditum, quod forte in priorem habet, compensare». Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. II, tit. 28, núm. 12; Arias de Mesa, *var. resot.*, lib. 1, cap. 15,

Por regla general el pago debe ser completo (1); pero si el acreedor anterior aceptase un pago parcial ¿tendría lugar la subrogación? En el derecho francés varían las opiniones: hay quien sostiene la negativa, reputando que en semejante caso puede únicamente haber lugar á la subrogación convencional, si el acreedor lo consiente (2). Otro distingue, adoptando la afirmativa sólo en el caso de que el pago parcial haya sido impuesto por la necesidad de evitar la ejecución (3); y no falta tampoco quien sostiene resueltamente que la subrogación legal no puede ser negada nunca en el pago parcial del crédito extinguido (4). Nosotros seríamos también de esta opinión si debiéramos resolver la cuestión con respecto al Código Napoleón; porque entre las condiciones requeridas por la ley para tal subrogación está el pago; más ningún artículo dice que deba ser íntegro. Pero surge una grave razón para dudar con respecto al Código italiano, cuando se mira el art. 1254, y se ve que para el crédito que resta, subrogante y subrogado vienen á contribución. El subrogante no goza ya la preferencia, que le está reconocida por el Código francés: ahora bien, esta diferencia cambia la razón de decidir, porque la subrogación en el pago parcial sujeta al acreedor anterior satisfecho *pro parte* á un daño que no sufre por el Código francés. Teniendo esto en cuenta, nos parece más razonable el recurrir á otra distinción. O el pago parcial era efecto de un derecho, que la naturaleza excepcional de la obligación confería al deudor, y no puede dejar de haber lugar á la subrogación. O por el contrario, el pago parcial fué *benigne* aceptado por el acreedor, que renunció al derecho de ser pagado íntegramente; y en este caso, es preciso decir que no hay lugar á la subrogación, si el acreedor anterior no declara en el recibo que la consiente; porque las renunciaciones se interpretan siempre en el sentido menos perjudicial al renunciante (5).

Si bien en la subrogación legal no es necesaria ninguna declaración, el recibo será, por otra parte, necesario para probar el pago. Pero no estimamos necesaria la fecha cierta, por ser, como advertimos ya (6), inútil en los recibos; bien entendido que los ter-

---

número 3; Olea, *De cessione iur.*, tit. 4, quaest. 1, núm. 19; Bicci, *Della surrogazione ipotecaria per cessione*, núm. 8.

(1) *LL. 2 y 3, D. qui potiores in pign. etc.* (XX, 4); *L. 5, Cod. eod.* (VIII, 18); Demolombe, 4, 472.

(2) Laurent, XVIII, 70; en el mismo sentido, Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IVª ed.), volumen IV, 123, *lug. cit.*

(3) Mourlon, *ob. cit.*, pág. 365.

(4) Demolombe, IV, 473.

(5) Catania, 3 de Abril de 1903 (*Giur. cat.*, 1903, 124).

(6) Véase núms. 170 y sigs. y 185.

ceros interesados podrán combatir con todos los medios de prueba, tanto la fecha como las indicaciones que pudiera contener el recibo (1).

194. Cuando el acreedor se niegue, ocurre lo mismo que en materia de subrogación convencional; esto es, cuando consta: *Seium paratum esse offerre summam primo ordine creditam* (L. 20 D. *qui potiores*, etc.), y la negativa del acreedor anterior á recibir la suma ó á entregar recibo no puede perjudicar al que ofrece, que estará en el derecho de hacer oferta real y depósito (2). Pero el anterior, ¿tendría derecho de rechazar la oferta, si la subrogación perjudicase sus intereses? Todo el mundo conviene en que la subrogación instituída con el sólo fin de favorecer al subrogado no debe perjudicar al subrogante; y que *nemo censetur subrogasse contra se*, porque nadie está obligado á tolerar subrogaciones en propio daño (3). Pero con esto no se resuelve la dificultad, tratándose de aplicar este principio y formarse justo concepto del daño.

Para conseguirlo frente á la diversidad de las disposiciones entre el Código francés, que no admite la subrogación por evicción, y el italiano que la reconoce, creemos indispensable proceder con una distinción. O se trata de hipotecas que pesan todas sobre el mismo inmueble, ó se trata de hipotecas que gravan inmuebles diferentes. En el primer caso, el acreedor anterior, teniendo otros créditos con hipotecas posteriores, ¿pretenderá en buen derecho que se le paguen éstos también? Pablo, supongamos, hipotecó tres veces su inmueble: á Primo por 20.000 liras; luego á Segundo por 10.000; y por último, á Primo otra vez por 10.000. En tal orden de hipotecas, he aquí que Segundo ofrece á Primo pagarle el crédito hipotecario de primer grado para quedar legalmente subrogado en la correspondiente hipoteca. Primo, por otra parte, pretende también el pago del crédito de 10.000 liras, por el que tiene hipoteca de tercer grado. Se pregunta si esta pretensión está bien fundada.

195. Hay una escuela que responde sin vacilar que Primo no tiene derecho á pretender también el pago del otro crédito. Deduce sus argumentos de las leyes romanas (4), de la letra del Código, de los inconvenientes del sistema contrario, que haría casi

(1) Gauthier, *ob. cit.*, 124; Demolombe, IV, 1, 74.

(2) «Aut, cum obtulisse, isque accipere nolisset, eam obsignavit et deposuit». L. 1, C. *qui pot. etc.*; L. 20, D. *eod.*; Demolombe, IV, 475.

(3) Gauthier, *ob. cit.*, 256; Larombière, 1251, 7; Aubry et Rau, § 321, nota 50.

(4) L. 20, D. *qui potiores, etc.* (XX, 4); L. *unic. in fine Cod. Etiam ob chirograph. pecunia, etc.* (VIII, 27).

imposible la subrogación cuando el acreedor anterior tuviera otros derechos como acreedor (1).

Pero, dejando aparte el derecho romano, sobre cuya interpretación penden graves dudas, los argumentos de esta escuela son racionales y válidos, mientras se trata de una hipótesis, según la cual, el acreedor que paga no se convierta en preferente al acreedor pagado; pero pierden valor cuando se quieren aplicar á la hipótesis bien diferente según la que, después del pago, el acreedor que quiere ejercitar el subingresso, resulte preferente por la la subrogación al acreedor pagado. En verdad, ¿qué ocurriría aceptando esta opinión? El acreedor anterior satisfecho por su primer crédito, convirtiéndose en posterior al acreedor subrogado, se encontraría á su vez en condición de ofrecer el pago á quien tomó su puesto; de anterior y preferente se habría convertido en efecto en posterior y vencido; ¿por qué, pues, no tendría derecho de ofrecer y hacerse subrogar? Y he aquí abierta la vía á un círculo vicioso y perpetuo de subrogaciones, que haría ilusorio el beneficio de esta figura jurídica, y ridícula por no decir peor, la benéfica institución ideada por el legislador.

Esto es suficiente, sin necesidad de andar buscando otras razones, para estimar que el acreedor posterior, para ser subrogado, debe también pagar el otro crédito de Primo, si éste lo exige. No es el supuesto daño de Primo lo que nos mueve; porque, si bien no faltan escritores de mucha fama que piensan que el acreedor anterior no debe sufrir el daño de verse despojado de la anterioridad de grado, no creemos que se pueda hablar seriamente de semejante daño. La anterioridad no es hoy una condición necesaria para el ejercicio de la acción hipotecaria, como ocurría en otro tiempo, ni se podría hablar del peligro de colocación no útil del subrogante, ya que el primer crédito debe serle pagado y por el segundo no hay cambio de grado. Es propiamente la imposibilidad de dar efecto á la subrogación si no se pagan ambos créditos, la que nos induce á secundar los requerimientos de Primo. Sin duda, *adducere inconueniens non est solvere argumentum*; pero cuando el inconveniente es tal que hace imposible la aplicación de la ley y abre camino al absurdo, se acaban las razones para dudar, porque la voluntad del legislador no puede ser dirigida más que á un objeto práctico y útil (2). Solamente se haría excepción, si quien ofreciese en tales condiciones el pago, fuese un coobligado ó un tercer poseedor; pues siendo para él el pago

(1) Mourlon, *ob. cit.*, pág. 650 y sigs.

(2) Aubry et Rau, § 320, nota 50; Demolombe, IV, 437 y decisiones citadas por el mismo; Gauthier, *ob. cit.*, 254; Larombière, 1251, 7; Laurent, XVIII, 80.

una obligación y la oferta un derecho, el acreedor no podría rechazarla ni pretender á su vez nueva y contraria subrogación (1). Se aplicaría el núm. 3.º, no el núm. 1.º del art. 1253.

Si Primo se contenta con el pago de su crédito anterior, habrá renunciado, no sólo al derecho de hacerse pagar el otro crédito, sino también de obtener la subrogación. No puede ser de otro modo, ya que, cuando la pretendiese, Segundo, más astuto y vigilante en la conservación de sus derechos le respondería, invitándole á pagarle, no sólo el crédito por el que ya fué subrogado, sino también el otro propio suyo aunque posterior (2). Dígase lo mismo si el acreedor que tiene la primera hipoteca, tuviese también un crédito privado en lugar de otra hipoteca posterior (3).

Del todo diferente es la regla que debe seguirse cuando la subrogación no tenga por resultado atribuir prelación al subrogado sobre otros créditos del subrogante. Tiene Jacobo dos créditos hipotecarios sobre el mismo inmueble; y con grado posterior al uno y al otro tiene José su crédito, también hipotecado sobre el mismo inmueble. Si José ofrece á Jacobo el pago del primer crédito, para ser subrogado en los derechos del mismo, no estará ciertamente obligado á pagarle también el segundo crédito. Aquí no hay, en efecto, inconvenientes que deplorar, y la letra de la ley favorece los derechos de José (4).

196. Pasando ahora á la hipótesis de que las hipotecas graven inmuebles diferentes, puede suceder que el acreedor con hipoteca posterior, inscrita sobre un solo inmueble, pretenda la subrogación en las hipotecas anteriores inscritas sobre todos los inmuebles, con el fin de hacer recaer la expropiación sobre el inmueble que no está gravado por su hipoteca posterior; pero que tiene una segunda inscripción por otro crédito del acreedor subrogante. Sería manifiesto el daño si la disposición del art. 2011 de nuestro Código, que no se encuentra en el derecho francés, no hubiese eliminado el peligro y hecho inútiles las sùtiles controversias de la doctrina francesa (5).

(1) Larombière, 1251, 7; Gauthier, *ob. cit.*, 309; Demolombe, IV, 481; contra Laurent, XVIII, 8, el cual no ha reflexionado que la subrogación del coobligado es muy diferente de la que ahora se trata.

(2) Larombière, 1251, 7; Labbé, *Sur l'arrêt de la Cass.* 2 de Noviembre de 1870 (*Devilleuève*, 1871. I, 25); Demolombe, IV, 480.

(3) Laurent, XVIII, 80; Cas. Paris, Rejet, 2 de Octubre de 1870 (*Dallos*, 1870, I, 346).

(4) Demolombe, IV, 482.

(5) El acreedor que tiene hipoteca, dice el art. 2011, sobre uno ó más inmuebles, cuando sufra pérdida por haberse pagado con el precio de los bienes á su acreedor anterior, cuya hipoteca se extendía á otros bienes, se entiende subrogado en la hipoteca que pertenecía al acreedor pagado; y puede hacer practicar la correspondiente

Disputan, en efecto, los comentadores del Código Napoleón, si Primo, garantizado por un crédito, con hipoteca de primer grado sobre los fundos A y B, así como por otro crédito con hipoteca posterior sobre el fundo B, puede rechazar la oferta de Segundo, que acreedor á su vez con hipoteca de grado siguiente sobre el fundo A solamente, quiera subrogarse sólo en el crédito de primer grado. El objeto de Segundo podría ser malicioso. Quitar á Primo la facultad de elección en los fundos que se pueden sujetar á ejecución para regular luego la ejecución, según su propio interés en dano del subrogante Primo. Cuando Segundo obtenga la subrogación, dicen los escritores franceses, ejecutará naturalmente el fundo B, y se reservará el fundo A, en beneficio de la propia hipoteca. He aquí, pues, el daño de Primo, y su interés legítimo en rechazar la oferta, cuando Segundo no se allane á pagarle al mismo tiempo el segundo crédito, inscrito sobre el fundo B; aun cuando estando á la disposición literal de la ley, Segundo no debería pagar otra cosa más que el crédito que le precede, sobre el fundo A. Se podría también añadir el consabido inconveniente del círculo vicioso, porque apenas ocurrida la subrogación, Primo resultaría acreedor posterior con respecto á Segundo sobre el fundo B, y podría pretender á su vez la subrogación.

Ahora bien; estas maquinaciones, temibles con respecto al Código Napoleón, resultan imposibles en nuestra legislación, por la disposición citada del art. 2011. Por ella, la opción del acreedor inscrito sobre dos fundos, si bien libre, está compensada en su efecto por la subrogación que el acreedor posterior, vencido por la elección, obtiene en los derechos del acreedor que le venció. ¿Y á que efecto? Para ser preferido, nótese bien, á los acreedores que tienen sobre el otro fundo, afectado por la hipoteca del subrogante, una hipoteca *posterior á la suya*. Satisfecho, pues, el primer acreedor sobre el uno ó sobre el otro fundo, quien debe ser pagado es el acreedor inscrito sólo sobre el fundo A, ó sobre el fundo B, que merece preferencia por la anterioridad de la hipoteca. En tal estado de cosas, ni el daño, ni el interés en hacer una oferta maliciosa, resultan concebibles, ni se ve razón para autorizar á Primo á rechazar la oferta de Segundo que quiere pagarle sólo el crédito anterior, colocado sobre el fundo A y sobre el fundo B.

Estas mismas razones hacen inoportuna la disputa, tan agi-

---

anotación como se establece en el art. 1994, al efecto de ejercitar la acción hipotecaria sobre dichos bienes, y de ser preferido á los acreedores posteriores á su inscripción.

tada del otro lado de la frontera, sobre el derecho de ofrecer para hacerse subrogar cuando existen varios acreedores posteriores, inscritos sobre varios fundos, con respecto al único acreedor hipotecario anterior, inscrito sobre todos los fundos. La hace inoportuna, no ya por la supresión de las hipotecas generales, pudiendo suceder que en vez de una hipoteca general haya varias hipotecas especiales en garantía del mismo crédito, inscritas anteriormente sobre varios fundos, sino por la subrogación hipotecaria instituída por nuestro Código. Frente al Código Napoleón, cuando la elección del acreedor anterior puede arruinar al acreedor posterior, en cuyo daño ha recaído la elección, la importancia del derecho de oferta para librarse de este peligro, se comprende; pero no se comprendería entre nosotros, pues la suerte de los acreedores posteriores está determinada por el art. 2011, cualquiera que sea el fundo sobre que se haya hecho colocar el acreedor anterior por una de sus diferentes inscripciones. El ejercicio del derecho de oferta y la consiguiente subrogación por el artículo 1253, núm. 1, no tendrán nunca otro efecto que el de asegurar, al acreedor que ofrece, la anterioridad del grado, para obtener el reembolso de la suma entregada al acreedor pagado; el pago de su crédito propio estará de todos modos regido por la anterioridad entre los siguientes acreedores, según las normas del citado art. 2011.

Sería inútil, pues, seguir en esta materia las doctrinas de los escritores franceses.

197. Lo mismo, si dos acreedores tienen hipoteca sobre dos inmuebles; cada uno de primer grado en el uno, de segundo en el otro. Podrán ejercitar recíprocamente el derecho de oferta y obtener el subingreso el uno en la hipoteca del otro, sobre el fundo en el que cada uno se encuentra en grado posterior. Serán dos subrogaciones legales separadas, que producirán cada una su propio efecto (1).

Con mayor razón, añade Demolombe, no se opondría ningún obstáculo al derecho recíproco entre dos acreedores de obtener la subrogación, si el pago, que uno hiciese al otro, tuviese por consecuencia desinteresarlo totalmente. Pablo tiene una hipoteca por 20.000 liras, inscrita sobre el inmueble A en 1880; y por el mismo crédito otra hipoteca inscrita en 1883 sobre el fundo B. Supóngase á su vez que Pedro, por un crédito de 10.000 liras, tiene dos hipotecas, inscritas ambas en 1882, tanto sobre el fundo A, como sobre el fundo B. Ahora bien; el derecho de ofrecer el pago y de obtener la subrogación que se sigue de ello, corresponde eviden-

---

(1) Demolombe, IV, 483.



temente á los dos. Corresponde á Pedro sobre el fundo A, porque su hipoteca es posterior. Corresponde á Pablo sobre el fundo B por la misma razón. ¿Y la consecuencia? Que la facultad de pagar con subrogación será adquirida por el primero que se decida á ejercitarla; pero ejercitada una vez, sus efectos serán definitivos, porque extinguirá enteramente los derechos del acreedor satisfecho.

198. La subrogación de que hablamos, siendo un remedio instituído más en interés del deudor que en el del acreedor, se debe hacer según la opinión común, toda á expensas del subrogado. Este no tiene, por lo tanto, el derecho de pedir al deudor el reembolso más que del precio pagado al acreedor subrogado y aquellos intereses que por su propia naturaleza producía el crédito.

Por el art. 1994 del Código civil, la persona subrogada puede, como el cesionario, hacer anotar al margen ó al pie de la inscripción hecha por su antecesor, la cesión ó la subrogación, entregando al registrador el correspondiente documento. Precaución no indispensable para la validez de la subrogación, que sirve sólo para que el subrogado sea notificado de los actos ejecutivos y de las demandas de subrogación, y la hipoteca no pueda cancelarse ignorándolo él. La prudencia, por lo tanto, aconseja al subrogado que no omita la anotación para precaverse contra la mala fe del subrogante, que de acuerdo con los acreedores posteriores, podría adherirse á la cancelación de la hipoteca. Nos remitimos á lo que dijimos al hablar de la cesión (1).

## II

199. SUBROGACIÓN HIPOTECARIA POR EVICCIÓN. — La indivisibilidad de la hipoteca *tota in toto, tota in qualibet parte*, permite al acreedor garantizado por hipotecas inscritas sobre varios fundos, ejercitarla donde más le convenga. Si diferentes acreedores tienen hipotecas posteriores inscritas sobre aquellos mismos bienes, peor para aquel en cuyo daño recae la elección. Perderá sin remedio su crédito, si el precio del fundo no basta para satisfacer el crédito ajeno y el propio; importando poco que el acreedor anterior pudiera ejercitar su derecho sin hacer daño á nadie: *qui iure suo utitur, neminem laedit* (2). He aquí, pues, la suerte de

(1) Véase el vol. VI, núm. 81.

(2) *L. 2, D. qui potiores in pignore, etc.* (XX, 4); Brunemannus, *Ad dictam leg.* «Cui generaliter bona debitoris obligata erunt, poterit eligere rem alteri specialiter obligatam, quia debitor per specialem posteriorem hypothecam prioris ius minuere non potest; nec hoc fraudi est posteriori creditori specialem hypothecam habenti, qui

los acreedores posteriores á merced de quien les precede: he aquí al acreedor anterior, que abusando de su condición en la elección, puede arruinar por capricho ó por malicia á quien mejor le parezca: he aquí, pues, la necesidad de encontrar un remedio á este arbitrio peligroso; y, si queremos hablar según los principios de la equidad que desdeña las sutilezas legales, de asegurar el reinado de la justicia.

Ni el *ius offerendi* era remedio suficiente para el acreedor posterior, que no siempre se hallaba en disposición de pagar el crédito anterior, ni nos sentimos bastante fuertes para asegurar que de aquí viniera la primera idea de la subrogación por evicción. Puede ser que, admitida por la doctrina antigua la subrogación por pago ficticio, y por el derecho canónico el derecho del acreedor de obtener otro fundo en sustitución del que le había sido arrebatado por evicción de que fuese culpable el deudor, se abriese el camino á la subrogación hipotecaria por evicción (1); por otra parte, es cierto, que resultando vanas en Francia las tentativas de Troplong para introducir equitativamente dicha subrogación y las de Vatimesnil para consagrarla en el Código, las primeras leyes que abiertamente la reconocieron fueron dos leyes toscanas: Una de 27 de Julio de 1818, otra de 25 de Diciembre de 1819, refundidas en el Estatuto hipotecario de 2 de Mayo de 1836 (art. 187). Estas leyes sancionaron todas las subrogaciones en favor del acreedor hipotecario posterior que sufriera evicción por una hipoteca anterior extendida á otros fundos. Si la primera y la tercera de las citadas leyes no consentían subrogación más que cuando existiera una hipoteca anterior general, la de 1819 la admitía también en la hipoteca anterior especial extendida á varios bienes. El Edicto hipotecario subalpino de 16 de Julio de 1822 (art. 144), y el Código Albertino (art. 2350), tuvieron análogas disposiciones que fueron el germen de nuestro artículo 2011 (2). Pero, mientras el Edicto y el Código subalpino hablaban de hipotecas generales, y por lo demás las hipotecas generales quedaban suprimidas en el nuevo Código italiano, los redactores del mismo, adaptando la disposición á la hipoteca es-

---

habet ius offerendi». Zanchi, *De praelatione credit.* Exercit. IV, § 1, núm. 123: «Hypoteca demum quoad exercitium, est individua Gotofred. in prax. iudic. lib. 1, etc.... ut nimirum etsi plures res, pluresque fundi subiecti hypothecae habeantur, semper in eorum, earumve qualibet parte, pro arbitrio suo experiundi ius sit». *L. 1, § 1, Cod. si unus ex plurib. haered. et credit.*; Salgadás, *labyr. cred.* par. 2, cap. 11, n. 7, etcétera, etc.

(1) Cencio, *De censibus*, quaest. CI. n. 118; Bicci, *Della surroga ipotecaria per evizione*, 2 y sigs.

(2) Véase la relación de Pisanelli unida al proyecto, y la de Vacca á la Comisión del Senado; Ettore y Giordano. *La legislazione del Regno d'Italia*, vol. III, pág. 771.

pecial anterior extendida á varios inmuebles, concedieron la subrogación á los acreedores posteriores que hubieran sufrido evicción, cuando tuvieran colocación sobre los otros bienes gravados por la hipoteca anterior para recuperar su crédito, preferentemente á los demás acreedores posteriores á su inscripción propia. La concedieron también á éstos, vencidos por efecto de la subrogación, para valerse á su vez contra los otros acreedores posteriores sobre el remanente de los inmuebles afectados por la hipoteca que ocasiona la evicción. Y la concedieron, finalmente, no sólo en la hipoteca anterior, sino también en el privilegio fiscal por la contribución territorial y por las tasas de registro y de sucesión.

200. Tal es la conveniencia del principio equitativo de que está animada esta subrogación, que, si bien un tiempo combatida por autorizados jurisconsultos (1), se puede considerar hoy aprobada por la conciencia universal. Basta el haberla visto en todos los proyectos del Código civil italiano, de manera que llegó á ser ley sin oposición.

Tal es su naturaleza que todo el mundo la comprende. Por ella, el acreedor posterior, como si hubiese pagado al anterior con su propio dinero, toma su puesto, para obtener en el grado de la propia hipoteca, el recobro de su crédito. Sin embargo, difiere de la subrogación por pago, ya que verdaderamente el acreedor que ha sufrido evicción, no paga nada, sino que sufre un despojo viéndose sin culpa privado de la prenda sobre la que confiaba fundadamente. También difiere de ella, porque mientras la subrogación por pago, tiende á recobrar lo que un acreedor posterior ha pagado al anterior, la subrogación por evicción hace á su vez conseguir al acreedor posterior el pago de su propio crédito, mediante las hipotecas exuberantes del acreedor anterior y en el grado de la inscripción propia.

En todo rigor, la subrogación por evicción, es materia del sistema hipotecario, y sólo por estar estrechamente en contacto con el pago con subrogación, no podemos menos que hablar de ella por incidencia, pero diremos apenas lo necesario para completar la teoría del pago con subrogación.

201. Para que pueda hablarse de la subrogación sancionada por el art. 2011, es necesario:

que haya habido evicción,

que haya ocurrido por el hecho del acreedor anterior, que tenga otros fundos obligados en la hipoteca propia.

(1) Grenier, *Des hypoth.* I, pág. 226; Chiesi, *Il sistema ipotecario*, III, 549.

que la inscripción de esta hipoteca sobre el fundo, en el que quiere ejercitarse la subrogación, no haya sido cancelada.

La evicción, diremos con Bicci (1), es un despojo judicial de aquello que se ha adquirido, y con Mangilio (2), *evincere est rem vincendo auferre*. Es preciso entenderla: si el acreedor no hubiera sido despojado de una hipoteca que de otro modo le habría sido útil, faltaría la razón de la subrogación, y sería inútil afirmar que en lo dicho por el art. 2011, no se lee la palabra evicción, porque si falta la palabra existe el concepto ¿De qué otra cosa se trata, en verdad, sino de una pérdida ocasionada por el hecho del acreedor anterior, que habría podido dirigirse contra otros fundos? La jurisprudencia toscana estuvo firme en el asunto, considerando que, sin la evicción, la subrogación en lugar de ser el equitativo remedio de un daño sufrido, se convertiría en un modo injusto de mejorar la propia condición en daño ajeno (3). La jurisprudencia italiana, no tiene trazas de separarse de esta razonable tradición. En efecto; vemos negada por nuestros Tribunales la subrogación, cuando faltan los derechos hipotecarios posteriores, por haber sido perjudicados por cesiones anteriores (4). La vemos negada cuando la hipoteca sea de por sí insuficiente. Tratábase en este caso de un acreedor que, recibiendo un pago parcial de un tercero, que *ad hoc*, prestaba una cantidad de dinero al deudor, le concedió la subrogación con preferencia á su propia hipoteca, á fin de que se reembolsase la cantidad. Mas ejercitada la acción hipotecaria por el mutuario, ésta fué apenas suficiente para hacerle recobrar la suma desembolsada, por lo que el acreedor, que quedaba al descubierto por el resto del crédito, invocaba el art. 2011, y pedía el subingreso en los derechos hipotecarios que el mutuante tenia por precaución inscritos sobre otros bienes del deudor. Pero no; le respondieron los Tribunales; vuestra pérdida no es evicción, porque si la hipoteca que habéis estipulado fué apenas suficiente para cubrir parte del crédito, el mal no depende del ejercicio de la acción hipotecaria cedida por vos preferentemente al mutuario, sino de la insuficiencia de las garantías con las que al principio os distéis por satisfecho (5).

Se ha cuestionado sobre si compete la subrogación al acreedor que tiene la hipoteca no sólo sobre el fundo eviccionado,

(1) Bicci, *Della surroga ipotecaria, etc.* 28 bis.

(2) *De evict. quaest.* 1, n. 3.

(3) Bicci, *lug. cit.*, que cita *Annali toscani*, XII, 2, 642.

(4) Cas. Turín 23 de Febrero de 1892 (*Giur. tor.*, 1892, 281).

(5) Cas. Turín, 8 de Junio de 1881 (*Giur. tor.*, 1881, 554); 31 de Diciembre de 1896 (*ivi*, 1896, 1, 184); Cas. Palermo, 7 de Julio de 1894 (*Foro it.*, 1894, 1, 1156).

sino también sobre otros fundos que le quedan al deudor; continúa Bicci (1), y aunque indica las razones de la negativa, acaba por estimar que hay evicción y, por lo tanto, lugar á subrogación también en este caso. Somos de la misma opinión, porque hay siempre un daño eventual, y por esto mismo, un despojo al menos parcial, cuando la hipoteca no puede ejercitarse sobre todos los fundos en que está inscrita, y no se puede obtener el pago sobre un fundo en que de otro modo se habría conseguido. ¿No existe, en efecto, el peligro de que en los otros fundos la hipoteca quede en grado no útil? ¿de que estos fundos se deterioren, sobre todo, si se trata de inmuebles urbanos?

202. Bastante más difícil es el determinar si puede hablarse de evicción cuando el acreedor anterior, en lugar de hacerse colocar exclusivamente y por completo sobre el fundo hipotecado también al acreedor posterior, se contenta con una colocación parcial y proporcional sobre varios fundos, sobre los que estaba inscrita la hipoteca. Tenía el Marqués, Puoti, de Nápoles, hipotecados todos los inmuebles de su vasto patrimonio á algunos acreedores. Después de las inscripciones de éstos, venían otros acreedores con hipotecas sobre éste ó aquél inmueble, entre los cuales, un tal Prattico, cuya hipoteca gravaba pocos inmuebles, y no era, por otra parte, la última de fecha, respecto á otras que afectaban inmuebles diferentes de los hipotecados á él. Caído en expropiación todo el patrimonio de Puoti, en veintiocho lotes, el perito liquidador colocó antes los acreedores con hipoteca sobre todos los lotes; pero en lugar de atribuir á cada uno un lote por entero y dar luego lugar á las subrogaciones consiguientes, atribuyó á los acreedores sobre cada lote una cuota del precio proporcionada á la suma del crédito y al valor del fundo. Colocó después los acreedores posteriores sobre los lotes en que se encontraban inscritos y entre éstos fué precisamente Prattico, condenado á contentarse con los restos del precio de los bienes hipotecados á él, restos insuficientes para la completa satisfacción, sin que pudiese ejercitar la subrogación sobre los otros bienes, aunque en ellos se encontraban también hipotecas posteriores á la suya. Se quejó Prattico de dicha colocación, y la Corte de Apelación de Nápoles, corrigiendo el error del perito y del Tribunal, aceptó sus reclamaciones. Consideró la letra y el espíritu del art. 2011, y se convenció de que, para obedecer al mismo, los acreedores anteriores habrían debido ser colocados por entero sobre un lote, dándose luego lugar á la subrogación de los acree-

---

(1) *Ob. cit.*, núm 29.

dores que sufrieran evicción con arreglo á ley (1). Praticco, tuvo pues, la subrogación implorada.

Pero esta sentencia encontró las censuras del Profesor Cannada-Bartoli, el cual, con la sutileza propia de quien está especialmente versado en la materia hipotecaria, notó que cuando una hipoteca grava un fundo, es absurdo considerar el fundo como libre y librarlo totalmente del peso del gravamen hipotecario. Si la misma hipoteca grava otros fondos, esto querrá decir que el peso de la misma no debe gravitar por entero sobre el fundo; pero no que el fundo esté totalmente libre del vínculo hipotecario. Si la hipoteca, v. gr., está inscrita por 10.000 liras sobre los fondos de Corneliano y Semproniano, si cada uno de estos fondos vale 20 000 liras, cada uno estará gravado por 5.000. Por lo tanto, cuando ocurra que el crédito hipotecario esté colocado por 5.000 liras únicamente sobre Corneliano, no podrán los acreedores hipotecarios posteriores sobre el mismo fundo quejarse de evicción. Oponer la indivisibilidad de la hipoteca, termina el egregio escritor, es un error, porque aquí se trata de concurso sobre el precio, no ya sobre la cosa (2).

(1) Nápoles, 23 de Julio de 1879 (*Filangieri*, IV, 2, 241 y *Foro*, 1879, 1, 1283). Observa la Corte, que el art. 2011 del Código civil, atribuye al acreedor que tiene hipoteca sobre uno ó más inmuebles, cuando sufra perjuicio por haber sido satisfecho sobre el precio de los mismos un acreedor anterior, cuya hipoteca se extendía también sobre otros bienes, la subrogación legal á la hipoteca que pertenecía al acreedor satisfecho; con lo que se traduce en sanción legal lo que era una aspiración de la ciencia y de los votos de la jurisprudencia. Que dicha sanción mantiene firme en los principios de equidad la igualdad entre acreedores en sus derechos sobre la prenda común, por el fundamento de hacer recaer la insuficiencia de la masa entera en daño del último acreedor inscrito: esto es, de aquel acreedor que fué poco hábil en dar su dinero cuando todo el patrimonio del deudor estaba ya bastante gravado. Observa, que siendo ésta la razón en que viene informándose la disposición del citado artículo, debe ejercer sus efectos tanto en el caso en que el acreedor anterior sea satisfecho por entero, como si es satisfecho en parte de sus créditos sobre bienes no hipotecados al acreedor posterior; que en un caso y en otro se verifica la condición de aquél de quedar vencido por el concurso del acreedor anterior. Cuando la ley ha establecido un principio, es vano disputar si se debe aplicar en todo ó en parte por la modalidad de un concurso total ó parcial: tanto más cuanto que en el caso de que se trata, el juicio sobre las observaciones al estado de colocación había declarado expresamente ejercitable, por parte de los acreedores perjudicados, dicha subrogación del art. 2011 del Código civil. Observa, que el perito liquidador introduciendo un nuevo método que ha creído prudente y discreto, ha destruido el sistema de la ley: si cada lote representa un fundo, si la hipoteca por ley es indivisible, los efectos de la subrogación no pueden variar al arbitrio. Habría debido en su lugar colocar á los acreedores que tuvieran varias hipotecas sobre un sólo fundo; y verificada la evicción de los posteriores deducir derecho al subingreso, al que abre paso la ley; y no hacer que sobre la masa deudora sea satisfecho un acreedor posterior antes que un acreedor anterior.

(2) Véase en el *Filangieri*, la nota del citado autor á la sentencia que hemos referido.

Graves son sin duda estos argumentos, y deducidos del análisis muy sutil del derecho hipotecario; pero debiendo nosotros manifestar libremente nuestro parecer, decimos que no nos persuaden, porque conducen á la violación de la ley. En verdad, cuando el legislador ha dicho en el art. 2011, que todo acreedor perjudicado tiene derecho de subrogación del anterior para vencer á los acreedores posteriores inscritos sobre los otros inmuebles, ¿qué es lo que ha querido? No puede haber duda; que se tenga derecho por orden de fecha de todas las hipotecas inscritas sobre los inmuebles del deudor, de manera que el pago se haga con preferencia á los acreedores inscritos anteriormente y la pérdida recaiga sobre los últimos, sin mirar al inmueble sobre que pesan las hipotecas; y ha considerado, por lo tanto, como única prenda indistinta de todos los hipotecarios el completo patrimonio del deudor. Ahora bien; siguiendo el método defendido por Cannada-Bartoli, la consecuencia sería diferente. Quedarían perjudicados no los últimos en fecha, teniendo cuenta de todas las hipotecas inscritas sobre el patrimonio, sino las inscritas sobre un inmueble, cuyo precio quedaría más pronto agotado, aun cuando sobre otros inmuebles del deudor concurren hipotecas posteriores útilmente colocadas sobre el precio de aquellos inmuebles (1).

¿Se quiere la prueba? Imágínese una hipoteca inscrita en 1870 por 100.000 liras sobre los fundos Belmonte y Acquaviva y 100.000 liras sea el precio de cada fundo. Sobre Belmonte se inscribe otra hipoteca á favor de un segundo acreedor por 80.000 liras con fecha de 1875; y sobre Acquaviva otra por 50.000 liras á favor de un tercero con fecha de 1880. Procédase ahora á la colocación por el método proporcional. El primer acreedor tomará 50.000 liras sobre uno y otro fundo; y hasta aquí va bien. Pero he aquí el mal: sobre los precios que quedan del uno y del otro fundo por 50.000 liras cada uno, se encuentran colocadas las hipotecas de 1870 para el fundo Belmonte y de 1880 para el fundo Acquaviva; y como la hipoteca de 1870 es de 80.000 liras, quedará perdiendo 30.000 liras, sin poder concurrir sobre el fundo Acquaviva y vencer la hipoteca posterior de 1880, si se acepta la teoría que combatimos de que la colocación proporcional no produce evicción. Si, por el contrario, se da lugar á la colocación total de la primera hipoteca sobre el fundo Belmonte, la segunda tendrá el subin-

---

(1) Véase en este sentido Bianchi Emilio, *Delle ipoteche*, II, 561; Braccio, nota en el *Foro it.*, 1892, I, 75; y Castelbolognesi, *ivi*, 113; Casale, 2 de Abril de 1892 (*Foro it.*, 1892, I, 813); Cas. Turin, 30 de Diciembre de 1892 (*ivi*, 1892, I, 552; Nápoles, 1.º de Julio de 1906 (*Corte appello*, 1906, 239).

greso por evicción sobre el fundo Acquaviva y obtendrá la entera colocación por 80.000 liras, dejando, en parte, al descubierto al último acreedor de 1880, como quiere la ley.

Es inútil, pues, discutir. Podrá en el terreno de la ciencia opinarse que es erróneo el método seguido por el legislador, que es como decir la promiscuidad de todas las hipotecas y de todos los inmuebles del deudor; pero este es precisamente el método que debe seguirse en la práctica, porque bien ó mal, es el impuesto por el legislador.

203. Pasando á la segunda condición, para que tenga lugar la subrogación de que hablamos es necesario que el acreedor que realiza la evicción haya sido pagado íntegramente en daño del posterior (1), y tenga la misma hipoteca sobre otros fondos. No se admite subrogación en los derechos de especie diferente á la hipoteca; sobre lo que pueden valer aquí las observaciones hechas respecto á la subrogación por pago (2), con la restricción de que la subrogación por evicción no se admite tampoco en los privilegios que no estén mencionados en el art. 1962.

Todo esto vale, no sólo para la primera hipoteca vencedora, sino también para las sucesivas á medida que resulten eviccionadas, y tienen otras hipotecas posteriores.

204. Pero las hipotecas del que ejercita la evicción ¿deben, para que haya lugar á la subrogación, afectar á bienes pertenecientes al deudor común ó la subrogación puede también hacerse en las hipotecas que gravan bienes adquiridos por un tercer poseedor? Esta es la más grave controversia que todavía se agita respecto á la aplicación del art. 2011.

Comencemos por la hipótesis de que los bienes en cuya hipoteca quiere ejercitarse el subingreso no hayan pertenecido nunca al deudor del acreedor vencido. La disputa se había ya promovido en la jurisprudencia subalpina, rigiendo el Código Albertino y se había resuelto negativamente; hasta que en 1872, vuelta á proponerse la cuestión con respecto al Código italiano, la Casación de Turín cambió de improviso la máxima adoptada antes (3), y se vió entonces al mayor número de las Cortes de apelación

---

(1) Casale, 21 de Julio de 1884 (*Giur. casal.* 1884, 334); y 28 de Julio de 1884 (*ivi*, 1884, 348); Turín, 3 de Noviembre de 1883 (*Giur. tor.*, 1884, 59).

(2) Véase el núm. 191, y Milán, 3 de Agosto de 1869 (*Mon. trib. Mil.*, X, 1091); Palermo, 16 de Abril de 1873 (*Circolo giur.*, V, 45); Nápoles, 5 de Junio de 1889 (*Legge*, 1889, 2, 709); Cas. Nápoles, 13 de Junio de 1900 (*Riv. giur. Tran.*, 1900, 278); Bianchi Emitio, *Delle ipoteche*, II, 586 y sigs.; Cas. Turín, 7 de Mayo de 1880 (*Legge*, 1880, I, 544).

(3) Cas. Turín, 27 de Junio de 1872 (*Giur. tor.*, 1872, 524, y *Annali*, 1872, I, 1, 269)



marchar por el mismo camino (1), aun cuando no hayan faltado Cortes que permanecieran fieles á la máxima antigua (2); á la cual volvió la misma Casación turinense en el caso que pasamos á referir. Procopio Re, hipotecados en 1865 todos sus bienes á un cierto Lombardo, murió algunos años después dejando dos hijos Raimundo y Serapión, que se dividieron la herencia paterna. En 1872 Serapión contrajo otras deudas, hipotecando su cuota de bienes á Vercesi y Locatelli; por los cuales al año siguiente fué expropiado, quedándose por otra parte Vercesi y Locatelli sin cobrar, porque el precio se entregó al acreedor anterior Lombardo. ¿Qué hicieron éstos? Pensaron en el art. 2011, é invocaron el subingreso en las hipotecas de Lombardo sobre los bienes asignados á Raimundo Re, y vendidos por éste á otros; pero echaron mal sus cuentas, porque si bien favorecidos por la letra de la ley y victoriosos en las primeras instancias quedaron vencidos ante la Corte de Casación antedicha.

Por la cual se consideró principalmente que la acción hipotecaria falta cuando falta el fundamento de la acción personal; y el artículo 2011 no indica que el legislador haya querido separarse de este principio fundamental, sancionando una promiscuidad hipotecaria condenada por las normas de la justicia y no aconsejada por razones de conveniencia (3).

Pero quizás nos engañamos nosotros ó todas estas razones encuentran dos réplicas perentorias. La primera, de probar dema-

(1) Turín, 12 de Abril de 1875 (*Giur. tor.*, 1875, 452, y nota); Nápoles, 9 de Mayo de 1876 (*Annali*, 1876, 3, 331); Florencia, 6 de Marzo de 1878 (*ivi*, 1878, 3, 114); Trani, 12 de Febrero de 1878 (*ivi*, 1878, 3, 183); Génova, 9 de Marzo de 1880 (*Foro*, 1880, 1, 836 y nota); Lucca, 18 de Febrero de 1831 (*Annali*, 1831, 3, 86); Cas. Florencia, 22 de Febrero de 1836 (*ivi*, 1886, 1, 214); Lucca, 15 de Junio de 1886 (*ivi*, 1886, 941); Casale, 23 de Febrero de 1888 (*ivi*, 1883, 1, 238); Cas. Turín, 9 de Febrero de 1839 (*ivi*, 1839, 1, 812); Nápoles, 15 de Febrero de 1892 (*Foro*, 1892, 1, 537 con notas de referencia); Cas. Palermo, 29 de Marzo de 1894 (*ivi*, 1894, 1, 551); Cas. Turín, 20 de Marzo de 1908 (*Foro it.*, 1908, 1, 1009 con nota).

(2) Véanse Génova, 16 de Septiembre de 1878 (*Annali*, 1878, 3, 413); Catania, 31 de Diciembre de 1875 (*ivi*, 1875, 3, 210); además de las sentencias citadas por Luzzati, *Trascrizione*, II, § 358. Véase también Cas. Nápoles, 26 de Marzo de 1880 (*Gazz. proc.*, XV, 266); Bologna, 1.º de Abril de 1889 (*Riv. giur. bol.*, 1889, 330); 26 de Junio de 1889 (*Giur. it.*, 1890, 277); Cas. Turín, 9 de Febrero de 1839 (*Foro*, 1839, 1, 812); Trani, 11 de Diciembre de 1888 (*Riv. giur. Trani*, 1881, 13); Cas. Nápoles, 9 de Julio de 1888 (*Legge*, 1889, 1, 560); Palermo, 28 de Diciembre de 1901 (*Foro sic.*, 1902, 39); Génova, 30 de Agosto de 1907 (*Temi gen.*, 1907, 559); Cas. Palermo, 10 de Noviembre de 1908 (*Foro sic.*, 1908, 1, 603). Será erróneo, por otra parte, alegar en defensa de esta teoría la sentencia de la Casación romana de 6 de Julio de 1882 (*Foro*, 1882, 2, 469); porque se refiere á las disposiciones del reglamento legislativo pontificio. Véanse más recientemente Nápoles, 1.º de Diciembre de 1839 (*Giur. it.*, 1900, 236); Casale, 22 de Mayo de 1900 (*Giur. tor.*, 1900, 645).

(3) Cas. Turín, 25 de Agosto de 1882 (*Giur. tor.*, 1882, 647 y nota; *Legge*, 1882, 2, 765).

siado; la segunda, de restringir la ley, cuando está reclamada su aplicación, sin que la restricción esté justificada por el texto literal de la misma ley. Prueban demasiado porque todas las observaciones especiales sobre la imposibilidad de una acción hipotecaria no apoyada en la personal, si fueran justas, conducirían lógicamente á negar el ejercicio de la hipoteca contra el tercer poseedor, no obligado personalmente en la deuda. Será una exageración; pero el caso es el mismo. Y como el tercer poseedor no se puede lamentar de su suerte, porque no ignoró la hipoteca regularmente publicada, tampoco puede lamentarse de que el derecho hipotecario sea ejercitado por un Ticio ó por un Sempronio. ¿Tendría acaso nada que decir el tercer poseedor si el crédito ó la hipoteca fueran objeto de subrogación convencional ó de cesión? ¿Por qué, pues, dolerse de la subrogación legal? «Sería monstruosa institución, dice marchando en la línea de ideas de esta sentencia un docto y respetado autor (1), la que no hace nacer la hipoteca del crédito, sino que hace surgir el crédito de la hipoteca y ofrece el ejemplo de una especie de comunismo hipotecario por todos los respetos jurídico, moral y económico, fecundo en daños.» Especiosos argumentos, nos permitimos contestarle; pero no buenas razones. Mire el docto escritor la condición de todo tercer poseedor y verá que contra él siempre se ejercita un crédito representado por la hipoteca. Piense en la publicidad, condición indispensable de la hipoteca y verá como los temidos daños se convierten en quimeras. Quien causa su propio mal quejese á sí mismo, dice un antiguo proverbio, hecho á propósito para el tercer poseedor, el cual sabe bien que el inmueble está afectado por una hipoteca. Guárdese, pues, de adquirirlo, ó al menos válgase de los remedios que la ley le ofrece para liberarlo; pero no grite que no es justo, si el acreedor al que afecta una hipoteca ó un subrogado de aquél, se aprovecha de ella y ejercita la acción hipotecaria.

No basta; con aquella restricción se huye de aplicar la ley donde el espíritu y la letra requieren su aplicación. Sean, pongamos por caso, tres hermanos, que heredan del padre un latifundio ya gravado por hipoteca, y luego de la división, cada uno adquiere deudas por su cuenta, hipotecando á sus propios acreedores su respectiva parte. ¿Quién no ve en cada uno de éstos el interés de unirse al acreedor hipotecario del difunto para empujarle á perseguir los bienes asignados á los otros dos copartícipes de

---

(1) Luzzati, *Della trascrizione*, II, núms. 361 á 386 (2.<sup>a</sup> edic.). Es de la misma opinión Biccí, *ob. cit.*, 39 bis y sigs., que cita á Delvitto, *Comm. ad cod. civ.*, art. 211. Contra: Pochintesta, *Dei privilegi e delle ipoteche*, 362.

la división? Y en este caso precisamente, cuyo único remedio es el art. 2011, ¿faltarán sus benéficas disposiciones? No hay palabra en la locución del artículo que se preste á la pretendida restricción. Las antiguas leyes toscanas y sardas, que se referían á las hipotecas generales, que naturalmente sólo podían extenderse á los bienes del deudor, limitaban expresamente el beneficio de la subrogación á los otros *bienes del deudor*; pero esta limitación no se lee en el art. 2011. Razonaba, pues, mejor la Casación subalpina, cuando con las anteriores sentencias abandonaba la máxima antigua, buena bajo el Código Albertino, defectuosa bajo el imperio de nuestro Código, y establecía que el subingreso puede tener lugar también sobre los bienes sujetos á la hipoteca anterior, que no pertenecen al deudor del subrogado (1).

(1) La cuestión es muy controvertida en doctrina y en jurisprudencia, donde prevalece la opinión restrictiva y contraria á la nuestra. Admiten, en efecto, la subrogación Pochintesta, *Del privilegi, ecc.*, II, 362; Borsari, *Comm. al Cod. civ. it.*, artículo 2011, § 4 49; Cas. Turin, 27 de Junio de 1872 (*Ann.*, VI, 1, 269); Polacco, en la *Tenti veneta*, IX, núms. 19 y 20; Nápoles, 9 de Mayo de 1876 (*ivi*, X, 3, 334); Trani, 12 de Febrero de 1877 (*ivi*, XII, 3, 133); Florencia, 6 de Marzo de 1878 (*ivi*, XII, 3, 123); Génova, 9 de Marzo de 1830 (*Giur. it.*, XXXIII, 2, 467); Lucca, 18 de Febrero de 1881 (*Ann.*, 1881, 3, 86); Módena, 5 de Abril de 1882 (*ivi*, 1882, 3, 217); Cas. Roma, 10 de Mayo de 1833 (*Legge*, 1883, 2, 183); Cas. Turin, 31 de Diciembre de 1833 (*ivi*, 1834, 2, 734); Nápoles, 25 de Febrero de 1897 (*Gazz. proc.*, 1893, 176); Cas. Nápoles, 17 de Septiembre de 1898 (*Foro it.*, 1893, 1, 1132 con nota).

Por el contrario, excluyen la subrogación: Bicci, *ob. cit.*, 40 y sigs.; Bernardi, *Del subingreso ipotecario per evizione*, págs. 12, 20, 21; Delvitto, *Comm. teorico pratico del Cod. civ.*, art. 2011, nota a, § 2; Feri (*Ann.*, XVIII, 1, 354-356 nota); Ricci, *Corso teorico, ecc.*, X, 242; Luzzati, *lug. cit.*; Pacifici-Mazzoni, *Priv. e ipot.*, 42, II; Bianchi, *ob. cit.*, II, 597 y sigs.; Catania, 31 de Diciembre de 1875 (*Ann.*, X, 3, 211); Nápoles, 12 de Septiembre de 1879 (*Gazz. proc.*, 1879, 416); Cas. Turin, 25 de Agosto de 1882 (*Ann.*, 1882, 1, 1, 11); Cas. Roma, 19 de Junio de 1884 (*Legge*, 1885, 1, 111); Turin, 5 de Septiembre de 1884 (*Giur. tor.*, 1884, 750); Cas. Florencia, 22 de Febrero de 1885 (*Temi veneta*, 1886, 189). Véase también Lomonaco, *Il subingreso legale, ecc. (Filangieri)*, IV, 1, 443 y sigs.; Merlino, *Del subingreso ipotecario (Gazz. proc.)*, X, núm. 51; Brescia, 31 de Octubre de 1888 (*Ann.*, 1889, 341); Bolonia, 10 de Marzo de 1889 (*Riv. giur. bol.*, 1889, 248); Nápoles, 15 de Febrero de 1892 (*Foro it.*, 1892, 1, 537); Florencia, 28 de Diciembre de 1897 (*Ann.*, 1898, 179); Cas. Palermo, 29 de Marzo de 1894 (*Foro it.*, 1894, 1, 551), y 30 de Marzo de 1895 (*ivi.*, 1895, 1, 665); Trani, 13 de Junio de 1898 (*Riv. giur. Trani*, 1898, 744); Bolonia, 16 de Septiembre de 1898 (*Mon. giur. bol.*, 1898, 276). Cas. Florencia, 28 de Octubre de 1898 (*Foro*, 1899, 1, 208); Nápoles, 1.º de Noviembre de 1899 (*Giur. it.*, 1900, 236); Cas. Nápoles, 13 de Junio de 1900 (*Riv. giur. tran.*, 1900, 378); 20 de Diciembre de 1906 (*Trib. giud.*, 1906, 354).

Desde hace algún tiempo se sostiene una tercera opinión intermedia. Está defendida por el eminente Mirabelli, *Del diritto dei terzi*, II, *Surroga legale*, págs. 89 y siguientes; por Pinto, *Surroga ipotecaria-legale (Diritto e giurisprudenza)*, 1891, número XXIV, y *Archiv. giur.*, XII, 4; por Ferrazzani, nota en el *Foro it.*, 1898, 1, 1131). Según esta opinión, es preciso coordinar el art. 2011 con el 1253, núm. 3; y en su consecuencia, puede existir subrogación por evicción también en las hipotecas sobre bienes del tercero, siempre que el acreedor que pierde pudiera ejercer el subingreso por pago, según la norma establecida por el citado art. 1253, núm. 3. De otro modo la sub-

205. Estas consideraciones nos dictan la respuesta para la segunda cuestión. A todo rigor, el subingreso puede ejercitarse también sobre los bienes pasados al tercer poseedor, aunque sea la hipoteca posterior y haya sufrido evicción precedente ó subsiguiente á la adquisición, porque no es esta la hipoteca que se hace valer contra el tercero, sino la ya inscrita antes de su adquisición. Pero entre las diferentes vacilaciones de la práctica de juzgar, tiende á prevalecer la máxima según la cual no sería eficaz la subrogación si la hipoteca en que hay evicción hubiera sido inscrita después de que el tercero hubiera ya inscrito su título de adquisición (1); y aun cuando se puede responder que la inscripción impide el nacimiento de nuevas hipotecas *ex capite venditoris*, pero no quita la eficacia de las antiguas, y con la subrogación se ejercita precisamente una hipoteca antigua; sin embargo, la máxima está fortalecida por la siguiente observación, que el artículo 2011, al conceder al acreedor que sufre evicción el valerse de la hipoteca anterior, no le concede, por otra parte, el valerse del grado de la misma, porque le privan de vencer los acreedores de su propio grado; por la misma razón, pues, no puede vencer al tercero que inscribió antes de la inscripción hipotecaria propia del acreedor subrogado.

La observación es seria, y demuestra que sobre la cuestión no se ha dicho aún la última palabra. Quizás sería oportuna una resolución legislativa para sustraerla á las incertidumbres y al conflicto de los principios contrarios (2).

206. Por último, la subrogación requiere que la hipoteca en la que quiere ejercitarse el subingreso, no haya sido cancelada; ya que la publicidad de las hipotecas es el fundamento del sistema hipotecario (3).

rogación por evicción carece de fundamento. No se puede negar á esta doctrina un gran fondo de justicia. Pero nos satisface más que nos convence: porque no interpreta, sino que suple á la ley, anticipando la obra del legislador.

Confronta también en sentido análogo Cas. Florencia, 17 de Diciembre de 1883 (*Legge*, 1884, 1. 297); Florencia, 28 de Diciembre de 1897 (*Sinossi*, Ser. 2.<sup>a</sup>, fasc. 1.<sup>o</sup> 6, pág. 83).

(1) Véase para la eficacia de la subrogación: Cas. Roma, 10 de Mayo de 1883 (*Foro*, 1883, 1, 715); la cual refuta brillantemente las razones que se hacen valer en favor del tercer poseedor también en la hipótesis de que los bienes no hayan pertenecido nunca al deudor común; y casa la sentencia de la Corte de Perugia, 23 de Octubre de 1882 (*ivi*, VIII, 1, 49, que afirmaba la máxima opuesta. Contra: véase Bicci, núm. 47; Pescatore, *Giornale delle leggi*, II, 68; Bernardi, *lug. cit.*; Bianchi, *lug. cit.*, Gasca, *ob. cit.*, II, 1083; Turín, 20 de Febrero de 1875 (*Giur. tor.*, 1875, 453, y la nota); Nápoles, 17 de Diciembre 1878 (*Giur. it.*, 1879, 497); y 21 de Febrero de 1879 (*Gazz. proc.*, XIV, 105; Cas. Roma, 19 de Junio de 1881 (*Foro*, 1881, 1, 907 y nota).

(2) Véase art. 2022 Cód. civ. it., que ofrece un argumento por analogía.

(3) Véanse Cas. Turín, 10 de Agosto de 1876 (*Giur. tor.*, 1876); Génova, 8 de Febrero de 1908 (*Tem. gen.*, 1908, 1591).

Pero ¿estará, por lo tanto, en facultad del acreedor anterior eludir las disposiciones de la ley, haciendo imposible la subrogación con la renuncia y la cancelación? ¿Se desvanecerán con tanta facilidad las justas esperanzas del acreedor que ha sufrido evicción, y quedarán eludidos los prósperos cuidados del legislador? No: el art. 2087 presenta el remedio; porque prohíbe al acreedor que tiene hipoteca sobre varios inmuebles, bajo pena de indemnización de perjuicios, renunciar á su hipoteca sobre uno de los diferentes inmuebles, después de la notificación de la demanda de saneamiento y de la orden de venta (1). Ciertamente, la cancelación podría ser hecha antes de esta notificación (2); pero además de que no podría negarse el resarcimiento de los daños, si la cancelación fué efecto de conciertos fraudulentos, conviene observar que los acreedores posteriores tienen poco que temer de estas renunciaciones, porque el mismo interés del acreedor anterior las hace posibles. Es posible que renuncie á una hipoteca cuando por el ejercicio de la acción hipotecaria sobre un inmueble se ha asegurado el recuperar su crédito; pero no es creíble que lo haga antes de ejercitarla cuando aún no está seguro y tiene motivo para conservar todas las garantías hipotecarias.

207. También la subrogación por evicción, siendo de exclusivo interés del acreedor subrogado, puede ser renunciada por éste; y sería renuncia lícita el dejar que incurriera en caducidad una hipoteca que tuviera sobre el fundo, en el que debía más tarde ejercitarse la subrogación (3).

208. Efecto de tal subrogación es el hacer entrar al subrogado en las hipotecas del subrogante inscritas sobre los otros bienes, á que no se extendía la hipoteca que ha sufrido evicción: inscritas, nótese bien, por el mismo *crédito*, por el que el subrogante obtiene colocación sobre el precio del fundo, en que se encontraba la hipoteca del acreedor vencido. En efecto, la subrogación no se extiende á las hipotecas inscritas en favor del que ejercita la evicción por créditos diferentes (4); y el subrogado viene en sustancia á ejercitar por el propio crédito la hipoteca de aquél, pero con el grado de su propia inscripción: esto es, con preferencia sólo á los acreedores posteriores á él, y en la cantidad menor entre su propio crédito y el del subrogante. En suma, no se altera el orden y el grado de las hipotecas, no se hacen éstas más gra-

---

(1) Cas. Nápoles, 31 de Enero de 1880 (*Legge*, 1880, 524).

(2) Bicci, *ob. cit.*, 26, donde demuestra la imposibilidad de aplicar la acción revocatoria y critica justamente una sentencia contraria de la Casación de París, 22 de Abril de 1855 (*Dallos*, 1856, 1, 326).

(3) Cas. Nápoles, 25 de Junio de 1878 (*Foro*, 1878, 1, 1014).

(4) Bicci, *ob. cit.*, núm. 41.

vosas, ni se extienden más en daño de los otros acreedores. Si fuesen varios los acreedores subrogados con el mismo grado, vendrían á contribución (1).

Inútil añadir que la subrogación por evicción abre paso á sub-subrogaciones consiguientes en favor de los acreedores posteriores que sufren evicción por los acreedores subrogados. Todo esto está dicho explícitamente en los arts. 2011, y constituye una peculiaridad de esta especie de subrogación.

209. Quedaría por decir cómo debe regularse el concurso del acreedor subrogante con el subrogado, en el supuesto de que el primero no haya podido con su colocación conseguir el completo pago. A primera vista se podría creer aplicable también aquí el artículo 1254 del Código, según el cual, á diferencia de lo que establecían las legislaciones anteriores, subrogante y subrogado concurren á contribución con igual grado. Pero una reflexión más detenida nos convencerá de que dicha disposición, relativa solamente á las subrogaciones á que se refieren los arts. 1252, 1253, resulta del todo inaplicable á la subrogación decretada por el art. 2011.

En efecto, la subrogación por evicción no tiene eficacia más que respecto á los acreedores que tienen hipoteca posterior á la del subrogado, ¿cómo, pues, podría volverse en daño del subrogante, provisto necesariamente de hipoteca anterior? (2). Por ello estima la jurisprudencia más reciente que tal subrogación no se puede ejercitar si el que ha promovido la evicción no ha sido enteramente pagado (3).

Esto basta respecto á este asunto, correspondiendo á los tratados sobre el sistema hipotecario, detenerse en el modo de ejercitar la subrogación por evicción, y sobre las reglas de procedimiento, porque está regida.

## ARTÍCULO II

**Subrogación á favor del adquirente ó poseedor de un inmueble que paga á los acreedores hipotecarios.**

### I

210. SUBROGACIÓN Á FAVOR DEL ADQUIRENTE.—El derecho de ofrecer, que las leyes romanas concedían al acreedor hipotecario

(1) Cas. Roma, 11 de Junio de 1880 (*Giur. it.*, 1880, 1289); Trani, 12 de Febrero de 1878 (*Ann.*, 1878, 2, 209); Cas. Nápoles, 11 de Enero de 1881 (*Filangieri*, VII, 2, 209 y nota; *Repert. del Foro ital.*, 1878, núm. 9, voz subrogación y *Annali*, 1878, 1, 2, 183; Cas. Roma, 25 de Abril de 1901 (*Giur. it.*, 1901, 553).

(2) Bicci, *lug. cit.*, pág. 256, que cita en confirmación también el ejemplo de las antiguas leyes toscanas.

(3) Véase la nota al núm. 203.

posterior, no se concedía al simple acreedor por documento privado, y mucho menos á quien no era acreedor (1). Sin embargo, el poseedor del fundo tenía por favor especial el *ius offerendi* con respecto á los acreedores inscritos, y la consiguiente subrogación en sus derechos (2); pero á tal efecto ¿era necesario el pacto explícito, ó la subrogación se verificaba *ministerio legis*? Fue cuestión controvertida entre los intérpretes; aun cuando parece que ha prevalecido la afirmativa por todas partes, hecha sola excepción de los países donde reinaban las cosumbres francesas (3).

Si el adquirente y poseedor del fundo en lugar de valerse del *ius offerendi* empleaba, sin más, el precio de la adquisición en el pago de los acreedores hipotecarios, surgían otras graves disputas para saber si gozaba también del subingreso, sin necesidad de pactos explícitos, ó le competía al menos un derecho de retención para defenderse de los acreedores posteriores á los satisfechos por él. De ello hablan difusamente los antiguos tratadistas (4); pero sería para nosotros tiempo perdido liquidar en esta parte la herencia del derecho romano, porque el texto explícito del art. 1253, núm. 2.º del Código civil, copiado casi literalmente del art. 1251, núm. 2.º del Código Napoleón, concede la subrogación al adquirente que emplea el precio del inmueble adquirido en el pago de los acreedores hipotecarios. Inútil, pues, todo pacto explícito; superfluo el derecho de retención, porque está sustituido por un derecho más eficaz.

Pero se dirá: el adquirente paga la deuda propia y por ello nada debe recuperar; ¿á qué, pues, la subrogación? Mas un momento de reflexión basta para hacer comprender la utilidad de la subrogación para defenderlo de las acciones de los otros acreedores inscritos, que no han podido ser pagados; así como de las demandas de reivindicación, ó de resolución, que ponen en peligro su adquisición. No basta: la subrogación le proporciona me-

(1) Véase el núm. 189.

(2) 19, *D. qui potior in pignore, etc.* (XX, 4; *L. 12, § 1, quibus modis pignus vel hy. etc.* (XX, 6).

(3) Zanchi, *ob. cit.* Exercit. 2, § IX, núms. 32 y 33: «Ergo chirographarii creditores, prout quoque extranei ad ius hoc offerendi minime admittuntur, minusque subingressum acquirunt, nisi de succedendo convenerint, aliaque requisita Glossae in leg.» *Aristo D. quae res pignori.....* «Si modo possederit, et oblationis, et subingressiois habebit beneficium.» *L. 20, D. qui potior in pign. L. 12 in fine, D. quibus, modis pignus, etc.*; Voet, XX, 4, 34 al final; Negusantius, *De pignorib.* par V, membr. 3, núm. 6; Merlinus, *De pignor.*, lib. IV, tit. II, quaest. 46, núm. 4; Morott, *De iure offerendi*, cap. *De secundo creditore offerente*, 50; Mantica, *De tacit.*, lib. 11, tit. 24, núm. 26; Olea, *De cess. iur.*, tit. IV, quaest. 1, nota 17.

(4) Olea, *De cesione iurium, etc.* tit. IV, quaest. 2, núms. 3 á 11; y quaest. I, núm. 18 al final; De Luca, *De credito*, Disc. 2, núms. 2 y 3; Merlinus, *De pignoribus*, lib. IV, quaest. 44, núm. 11; Zanchi, *ob. cit.*, Exercit. 2, § IX, núms. 55 y 57.

dio de conservar el inmueble sin recurrir al saneamiento; ó recurriendo á él, de obtener colocación en el grado de las hipotecas anteriores á que está subrogado.

Es cierto, por otra parte, que tal subrogación resulta nociva al crédito territorial, y molesta al vendedor, obligado á tolerar la permanencia de inscripciones hipotecarias por una sospecha de evicción meramente eventual, cuando el adquirente podría considerarse bastante defendido con el remedio del saneamiento. De aquí nace que la subrogación en pro del adquirente, si bien ha entrado en el Código con el favor de la jurisprudencia antigua, no carece de enemigos, y tiene necesidad de ser aplicada con moderación, para no salir de los confines en que la restringe la razón de la ley. Con todo esto no será malo advertir, para comprender mejor su importancia, que el saneamiento, remedio efficacísimo para poner al adquirente á cubierto de toda molestia por parte de los acreedores inscritos, no equivale en sus benéficos efectos á la subrogación; porque obliga al comprador á pagar todo el precio sin distinguir créditos exigibles de créditos no exigibles; mientras con la subrogación el comprador puede gozar del plazo concedido al deudor para ciertos créditos, y, previo acuerdo, puede también hacer pagos parciales.

Hay asimismo quien halla contrario á los principios fundamentales del derecho civil que el adquirente pueda, mediante la subrogación, hacer valer en su favor las hipotecas sobre el fundo adquirido: ya que no se concibe hipoteca sobre el fundo propio. Pero, prescindiendo de que la objeción, aun cuando valiese, no impediría la subrogación en los otros derechos diversos de las hipotecas, dicha objeción se desvanece enteramente, reflexionando en la razón del principio invocado y en la razón de la subrogación. Aquel principio no consiente la existencia de un derecho fraccionario del dominio á quien goce la plenitud de dicho dominio; la hipoteca sola á quien tiene algo más: esto es la plena propiedad. Pero si la propiedad desaparece por la evicción ó está amenazada por el ejercicio de una acción de crédito, he aquí que resurge la hipoteca en defensa de aquel que creía ser propietario seguro y se ve en peligro de perder el inmueble. Y la prueba de esta verdad se lee en el art. 2017 del Código civil, por el que las servidumbres, las *hipotecas*, y los otros derechos reales, que correspondían al tercer poseedor sobre el inmueble, reviven después de la dejación ó después de la venta.

Por lo demás, la subrogación del adquirente, no es sólo una especie del más vasto género de todas las subrogaciones en favor del coobligado, regidas por el núm. 3.º del mismo art. 1253. En efecto: el adquirente con la investidura de tercer poseedor



está obligado, si no personalmente, de fijo hipotecariamente, al pago de las deudas inscritas sobre el inmueble; y el Código no por otra cosa consagra al adquirente una disposición explícita, más que en obsequio á las tradiciones que reconocían esta especie de subrogación legal mientras ignoraban la otra á favor del coobligado. A decir verdad, introducida en la legislación esta última especie de subrogación, habría sido mejor no hablar ya de la del adquirente; con mayor razón, cuanto las disposiciones establecidas respecto á los derechos del adquirente subrogado por el núm. 2.º del art. 1253, resultan académicas, pudiendo aquél gozar como coobligado por el núm. 3.º del mismo artículo todos aquellos derechos que no le están concedidos por el núm. 2.º, tanto más, así mismo, cuanto que en todo lo que se refiere á la subrogación del adquirente en las hipotecas, el art. 2022 tiene una norma de complemento, que hace también inútil, por cuanto se refiere al derecho hipotecario, el núm. 2.º del art. 1253, y en buena parte lo interpreta y lo aclara en las interpretaciones dudosas. Pero he aquí, al mismo tiempo, por que, hablando de la subrogación por pago que corresponde al adquirente, no podemos dejar de hacer indicación de la subrogación hipotecaria por evicción correspondiente al tercer poseedor (1).

211. Pero pasando á muy distintas consideraciones es necesario, ante todo, la persona de un comprador de inmueble ó de un derecho real. La ley misma habla de quien *habiendo adquirido un inmueble*, emplea su precio en el pago de los acreedores. Es, pues, necesario un *precio*, y como el precio no lo paga más que el comprador, es preciso decir que la disposición se escribió únicamente para el comprador. Si alguien adquiriera un inmueble á título de donación ó de permuta, y luego saca dinero de su bolsillo y paga á los acreedores hipotecarios inscritos sobre el fundo adquirido, no espere las subrogaciones en virtud de la disposición citada. Mas he aquí pronto advertido el inconveniente: lo que no le llega por la puerta, le llegará por la ventana, porque le corresponderá la subrogación como tercer poseedor, por el número 3.º del mismo art. 1253 (2), y podemos también añadir, por lo que se refiere á las hipotecas, en virtud del contenido del artículo 2022.

Es preciso, luego, que el pago no esté hecho antes de la adquisición. Dueño Ticio de paga á los acreedores hipotecarios

---

(1) Contra Mirabelli, *ob. cit.*, núm. 13; que la llama una subrogación por garantía de molestias eventuales.

(2) Colmet de Santerre, V, 195 bis, II; Laurent, XVIII, 91; Duranton, XII, 157; I. rombière, 1251, 27; Aubry et Rau, § 321, nota 56.

inscritos sobre el inmueble de Cayo, con la idea de comprar aquel fundo en tiempo oportuno y computar en el precio los pagos ya hechos, pero no tendrá subrogación legal, porque se encontrará fuera de las condiciones requeridas por el art. 1253, número 2.º, y tampoco podrá valerse por la misma razón de la subrogación concedida por el número siguiente (1).

212. ¿Pero qué decir si el primer comprador revende enseguida el inmueble á un segundo, que diligente paga el precio á los acreedores hipotecarios ó lo deposita á tal fin en la caja pública? Es opinión común que dicho pago ó su equivalente depósito, se consideran hechos por el primer adquirente y le sirven para conseguir la subrogación legal (2), reputándose que él había conservado la calidad de adquirente y la posesión del fundo por medio del segundo comprador. Pero sin disimular la importancia de esta doctrina, que además del sufragio de la mayor parte de los escritores, goza también el de la Casación de Francia, nos parece más correcta la teoría de Laurent, según la cual, es el segundo adquirente y no el primero, el que puede gozar de la subrogación legal; es el segundo, y no el primero, el que se encuentra en las condiciones requeridas por la ley, suponiendo como es de creer, que la segunda venta esté inscrita regularmente (3). El primer adquirente debería, según nosotros, valerse de la subrogación convencional.

213. ¿Pero es necesario que el comprador haya adquirido del verdadero propietario? Si adquirió de mala fe *a non domino*, y cometió luego la simpleza de pagar á los acreedores hipotecarios, no espere, piense lo que quiera el mismo escritor, gozar la subrogación, porque la mala fe no engendra derechos. Si en su lugar, engañado por las apariencias, adquirió de buena fe *a non domino*, la nulidad del título no puede ser obstáculo para la subrogación, destinada precisamente á defender al adquirente de buena fe de las consecuencias de la evicción (4). Era esta tam-

(1) Demolombe, IV, 511, que cita á Renusson, *ob. cit.*, cap. V, nota 19; Toullier, IV, 143; Duranton, XII, 158; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 384; Gauthier, *ob. cit.*, 287; Larombière, 1351, 21; Aubry et Rau, § 321, nota 53; Laurent, XVIII, 88; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (VI.ª ed.), vol. IV, 123; Casale, 8 de Julio de 1887 (*Giur. Cas.*, 1889, 347); Turin, 22 de Octubre de 1889 (*Giur. tor.*, 1889, 111).

(2) Gauthier, *ob. cit.*, 288; Larombière, 1251, 22; Aubry et Rau, § 321, nota 5; Demolombe, IV, 513; que cita Cas., 20 de Agosto de 1865 (*Devill.* 1865, I, 433), y 13 de Febrero de 1866, (*ivi.*, I, 197).

(3) Laurent, XVIII, 89.

(4) Mourlon, *ob. cit.*, pág. 391 y sigs.; Aubry et Rau, § 321, nota 57; Larombière, 1251, 15; Demolombe, IV, 515, 516 y decisiones citadas por estos autores; Laurent, XVIII, 86.

bién la antigua teoría, deducida de las puras fuentes del Derecho romano (1).

214. En segundo lugar, se requiere que la compraventa haya tenido por objeto un inmueble. Aquí, por cierto, no es preciso detenerse en demostrar que la subrogación no puede tener lugar á favor del adquirente de cosa mueble. La excluyen la letra de la ley y la naturaleza de los muebles, que no admiten reivindicaciones ni hipotecas. Antes bien, notaremos que la subrogación está concedida, no solamente á quien adquiere la plena propiedad del inmueble, sino también al adquirente de la nuda propiedad ó del simple usufructo, al enfiteuta, al señor directo, al poseedor de títulos de renta del Estado que sean susceptibles de hipoteca. También se ha decidido que favorece al adquirente de una servidumbre predial, así como de un derecho de excavación concedido á perpetuidad, ó de otro derecho semejante, real aunque incorpóreo, siempre que sea capaz de constituir objeto separado de una venta (2).

215. Por último, el pago en favor de uno ó varios acreedores á los que esté hipotecado el fundo, es la tercera condición para el ejercicio de dicha subrogación. El art. 1251 del Código francés hace nacer dudas sobre si el comprador puede gozar de la subrogación cuando pague con dinero propio á los acreedores más de lo que asciende el precio, verbigracia, después de haber entregado incautamente el precio al vendedor. Pero el legislador italiano ha acabado la disputa en sentido negativo, ya que concede la subrogación únicamente al comprador que paga *hasta donde alcanza el precio*.

Como en lo más está comprendido lo menos, el comprador goza la subrogación legal cuando pague al acreedor hipotecario una parte del precio. Si el inmueble cuesta, por ejemplo, 40.000 libras, y hay inscrita una sóla hipoteca por 20.000; si el comprador entrega el precio de 20.000 libras al acreedor hipotecario y el resto lo paga al vendedor, sería inúcuo y contrario al texto del artículo negarle la subrogación proporcional al precio pagado en manos del acreedor (3).

(1) *L. 12, § 1, D. quib. modis, etc.* (XX, 6): Qui pignoris iure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscumque possessor offerre vellet; neque enim debet quaeri de iure possessoris, quum ius petitoris removeatur soluto pignore. Véanse sin embargo las observaciones de Brunemanno, *ad dictam legem*, y de Chiesl, *ob. cit.*, II, 505.

(2) Demolombe, IV, 519; Cas., 28 de Diciembre de 1853 (*Devill.* 1854, I, 719; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 459).

(3) Gauthier, *ob. cit.*, 230; Demolombe, IV, 253; Laurent, XVIII, 78, que cita Cas., 22 de Diciembre 1846 y 7 Noviembre de 1854 (*Dalloz*, 1847, I, 57, y 1854, I, 409).

Pero no daría derecho á subrogación una simple promesa, no acompañada del hecho. Sobre esto están acordes todos los autores (1), los cuales, por otra parte, no nos dicen si podría bastar una compensación ó una *datio in solutum*, y observamos nosotros, que no puede dudarse de la equivalencia de una *datio in solutum* con el pago, siempre que sea aceptada por el acreedor, y también opinamos que es suficiente la compensación legal por las razones indicadas poco ha, y que aquí se dan por sobreentendidas (2).

216. Erróneamente ha creído algún escritor que el comprador no goza la subrogación cuando paga en virtud de adjudicación estipulada en contrato de venta. Ni el derecho romano ni el antiguo derecho francés, negaron nunca las cesiones de los derechos al comprador cuando pagaba á los acreedores por vía de adjudicación, antes bien, este pacto era una razón de más para que tuviera lugar la *successio in eorum ius*. Ni el Código actual, se presta á excluir la subrogación en el pago por adjudicación y es un sofisma asegurar que en semejante caso, el adquirente paga la deuda propia. Sea también: pero, ¿por esto qué? ¿no paga el precio de su adquisición (3), lo mismo que el adquirente que lo paga sin adjudicación? ¿y quién paga el precio espontáneamente, no paga también la deuda propia?

Podemos más bien generalizar el principio y estimar como del todo indiferente que el pago sea espontáneo ó coactivo. Donde el legislador no distingue, la doctrina no puede crear distinciones, que tampoco están impuestas por la razón de la ley (4).

217. Mucho menos se requiere que el comprador haga el pago con sus propias manos. Puede valerse de un mandatario (5); pero nace la duda de si puede conferir el mandato al deudor. Sobre cuyo asunto estimamos oportuno distinguir; ó el comprador ha pagado él precio en manos del vendedor sin hablar palabra de

(1) Larombière, 1251, 17; Gauthier, *ob. cit.*, 290 bis; Demolombe, IV, 530, 532 y las decisiones citadas por el mismo.

(2) Véase el núm. 194. Así opina también Biçci, *ob. cit.*, 75 en el tema análogo de la subrogación derivada del art. 2022.

(3) *L. 3, Cód. de his qui in prior. cred. lug. suc.* (VIII, 19): «Si potiores creditores p:curia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti: et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione et tueri potes». Renusson, *ob. cit.*, cap. V, núm. 4; Pothier, *Introduct. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, núm. 73; Aubry et Rau, § 321, nota 59; Demolombe, IV, 538; Laurent, XVIII, 93; Lacantinerie, *ob. cit.*, XIII, 1552 y sigs.; Génova, 28 de Octubre de 1892 (*Tem. gen.*, 1902, 687).

(4) Demolombe, IV, 531.

(5) Larombière, 1251, 17; Aubry et Rau, § 321, nota 58; Laurent, XVIII, 93 y todos los autores sin distinción; véase por otra parte, Génova, 28 de Octubre de 1902 (*Tem. gen.* 1902, 687).

los acreedores hipotecarios; ó el comprador ha encargado explícitamente al vendedor que lo invierta en el pago de las deudas hipotecarias. En el primer caso no hay subrogación, porque falta el nexo requerido por la ley entre el pago del precio y la extinción de las deudas; el precio pasaría á ser del vendedor, y sería la voluntad de éste, no la previsión del adquirente la que haría emplearlo en la extinción de las deudas hipotecarias. Es preciso, pues, que la venta se haga *ita, ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores*.

En el segundo caso, por el contrario, piensen lo que quieran Mourlon (1), y Gauthier (2), creemos que se verifica la subrogación legal, puesto que existe, no sólo el hecho de la inversión, sino también la voluntad del comprador expresada en el mandato conferido al vendedor de emplear el precio en la satisfacción de los créditos. Es el comprador, por lo tanto, el que paga las deudas, y esto sentado, se verifica todo lo que la ley requiere para que tenga lugar la subrogación y la cuestión se reduce, pues, á ver si existe ó no el mandato del comprador (3).

218. Nótese bien por otra parte. A diferencia de lo que se requiere para la subrogación convencional del mutuante, aquí no es necesario precisamente el cumplimiento de solemnidades especiales para hacer constar la voluntad del adquirente y el empleo del precio. Ciertamente que una y otra circunstancia deben constar claramente; pero es suficiente al efecto cualquier acto ó del claración. Por ejemplo, el cumplimiento de estos requisitos puede resultar de la confrontación del recibo del vendedor y del comprador, ó de la simultaneidad de los dos pagos; de manera que si al comprador le sugiere la prudencia el ser cauto y procurar que el cumplimiento de las condiciones esenciales resulte claramente de un pacto explícito, nada le dice al Juez la doctrina que considera la manera de asegurarlo como una mera cuestión de hecho (4).

219. Por lo demás, el pago debe ser hecho *á uno*, dice la ley, *ó más acreedores en cuyo favor está hipotecado el fundo*; de manera que no existe subrogación en el pago hecho por el comprador á los acreedores con documento privado del vendedor, y mucho menos al que tenga con relación al fundo derechos diferentes al crédito; como derechos de resolución ó de rescisión. Sólo

(1) *Ob. cit.*, pág. 385.

(2) *Ob. cit.*, núm. 290.

(3) Larombière, 1251, 17; Aubry et Rau, § 521, nota 58; Demolombe, IV, 535 y sigs.; Laurent, XVII, 92.

(4) Larombière, 1251, 20; Demolombe, IV, 540, núm. 643; Laurent, *lug. cit.*

creemos con Demolombe (1), que el acreedor privilegiado puede equipararse al hipotecario; puesto que, si bien el privilegio sobre el inmueble no está sujeto entre nosotros á inscripción, como está sujeto en Francia, siempre es cierto que es un vínculo que se adhiere al fundo como la hipoteca, en garantía de un crédito; y en efecto, en el núm. 1.º del mismo art. 1253, las hipotecas y los privilegios sobre los inmuebles están puestos á la par. Pero esta observación no se aplica á la subrogación por evicción del art. 2022, y es de poca importancia; porque entre nosotros no hay privilegios sobre los inmuebles, en que sea posible la subrogación, fuera de los fiscales (2).

220. Se ha discutido si corresponde la subrogación al adquirente que sea al mismo tiempo el acreedor hipotecario y se pague á sí mismo con el precio por compensación; y no han faltado los defensores de la negativa, movidos por la consideración de que la hipoteca una vez extinguida por confusión no podía resurgir. Infeliz argumento al que responde el artículo 2017 del Código (2177 Cód. Nap.) estableciendo que las hipotecas correspondientes al tercer poseedor reviven en caso de evicción. Por lo demás, también se podría añadir que la hipoteca no es sólo el derecho á que se extiende la subrogación; existen también las fianzas, porque la subrogación por pago no es meramente hipotecaria como la subrogación por evicción, sino que comprende todos los derechos del acreedor (3). Para sostener la doctrina combatida, Laurent, ilusionado por alguna infeliz sentencia, ha recurrido á un nuevo argumento; ha dicho que el acreedor hipotecario, convirtiéndose en adquirente, no puede tener subrogación ninguna porque pagándose á sí mismo paga la propia deuda (4). Pero el nuevo argumento tiene un pecado mayor que el precedente, porque olvida que la subrogación concedida por el núm. 2.º del art. 1253, está hecha propiamente en favor del que paga su deuda; en verdad, quitando los sofismas, todo el mundo comprende que el comprador se convierte en el acto mismo de la adquisición en un tercer poseedor del fundo, y, por lo tanto, obligado hipotecariamente á pagar á los acreedores inscritos.

Por todas estas consideraciones es imposible negar al acreedor hipotecario, cuando adquiere el fundo y paga su precio en satisfacción de su crédito, la subrogación en los derechos propios, en garantía de la evicción eventual. Sólo se puede exceptuar de

---

(1) *Ob. cit.*, V, §25.

(2) Art. 1962, Cód. civ. it.

(3) Arts. 1251, Cód. civ. it., 1249 Cód. Náp.

(4) *Ob. cit.*, XVIII, 87.

esta regla la renuncia implícita ó tácita; pero la apreciación de la renuncia es por otra parte un juicio de hecho (1).

221. Bastante más grave cuestión fué por largo tiempo el decidir si la subrogación se restringía sólo á las hipotecas inscritas sobre el fundo adquirido ó si también se extendía á las inscritas sobre fundos diversos, sea poseídos por el mismo deudor, sea en poder de terceros.

Obscuro fué en el asunto el derecho romano, aunque nos parece, diciéndolo de pasada, que los jurisconsultos clásicos y los Emperadores distinguieron el simple derecho de retención de la cesión legal de las acciones correspondientes al acreedor pagado. En el primer caso, el *ius retentionis* debía necesariamente restringirse sólo al inmueble que constituía el objeto de la posesión; en el otro, la subrogación se extendía también á los derechos hipotecarios inscritos sobre los otros fundos (2).

En la antigua jurisprudencia francesa prevaleció la opinión rigurosa, y no obstante el voto contrario de Pothier, la subrogación quedó limitada á las cargas reales inscritas sobre el fundo vendido (3). No así en Italia, donde si por algún tiempo estuvieron dudosas la doctrina y la jurisprudencia, acabó por prevalecer la opinión que extendía la subrogación á las hipotecas inscritas sobre los otros fundos (4).

Viniendo al Código Napoleón, bien pocos en Francia siguen la opinión negativa; la cual, quizás un tiempo defendida por Toullier y por Durantón, puede considerarse hoy en día abandonada, al menos cuando se trata de inmuebles pertenecientes al mismo deudor. También los dos escritores citados cambiaron de opinión adoptando el criterio que extiende la subrogación á las hipotecas inscritas sobre otros inmuebles (5). Y con razón á nuestro parecer; ya que la ley no distingue hipoteca de hipoteca, ni subroga-

(1) Véase Mourlon, *Rép. Subrog.* Sect. II, § 4, núm. 1; Toullier, IV, 144; Troplong, *Hypot.*, 841, 847 y sigs.; Gauthier, *ob. cit.*, 293 y sigs.; Demolombe, IV, 326.

(2) *L. 17, D. qui potior. in pign.* (XX, 4); *L. 3, Cód. de his qui prior. etc.* (VIII, 19).

(3) Véase Demolombe, IV, 543, que cita á Renusson, cap. V, núm. 42; Argou, lib. IV, cap. V; Rousseau de la Combe, *Jurispr. civ. Subrogation*, 8, para la negativa, y para la afirmativa sólo Pothier, *Introd. au tit. XX de la Coutume d'Orléans*, número 73.

(4) Zanchi, *ob. cit.*, *De subingressu*, Exerc. 2, § 9, núm. 64: «Subingressu autem supposito, illius effectus est, ut is qui in iuribus alterius subingressus est, acquirat anterioritatem hypothecae et praelationem creditori dimisso competentem, tam pro sorte, quam pro fructibus, si qui sint, vel de iure producti, vel ex pacto conventi..... nec non etiam alia quaecumque iura acquirat, quae creditor ipse dimissus experiri, in omnibus et per omnia poterat..... etiam ad effectum viae executivae». Rota Romana in dec. 294, núm. 3, pár. 27 recent, etc.

(5) Véanse citados los secuaques de esta opinión por Demolombe, IV, 546, que recuerda á Delvincourt, II, pág. 562; Grenier, *Des hypoth.*, II, 496; Troplong, *Des hyp.*,

ción de subrogación; abraza las unas y las otras *non vi estensionis*, sino *vi comprehensionis*.

Y si es así por derecho francés, ¿cómo sería posible adoptar diversa norma respecto al derecho italiano y frente á nuestro artículo 2022. Este artículo concede al tercer poseedor que ha pagado á los acreedores hipotecarios inscritos sobre el fundo, el subingreso en los derechos hipotecarios, que á los mismos competen sobre otros inmuebles. Desafiamos á quien quiera á no leer en esta disposición que la subrogación debe extenderse también á las hipotecas inscritas sobre inmuebles que aún pertenezcan al deudor. Del tercer poseedor al adquirente, el argumento pasa, no sólo sin dificultad sino *a fortiori*, como se dice en lenguaje escolástico, de las hipotecas sobre inmuebles pasados á poder de terceros á las que gravan inmuebles no salidos del patrimonio del deudor. Mas bien el citado artículo nos ayuda asimismo á resolver la gravísima duda que atormenta á la jurisprudencia francesa sobre este último punto. ¿La subrogación se ejercita sobre las hipotecas que gravan los inmuebles salidos del patrimonio del deudor?

Al afrontar dicha cuestión, los comentadores más recientes del Código Napoleón suelen engolfarse en ciertas discusiones que no son oportunas con respecto á nuestro Código, y que la sana lógica tampoco consiente. Comencemos por recordar que al lado de la subrogación por pago en favor del adquirente, encontramos *iure nostro* la subrogación por evicción del tercer poseedor: dos instituciones del todo análogas bajo el respecto en que las consideramos en este momento. Ahora bien, ¿qué dice el art. 2022 en el párrafo en que sanciona la subrogación por evicción? Concede al tercer poseedor, que ha pagado los créditos inscritos en el fundo, la acción en vía de subingreso contra, nótese bien, los terceros poseedores de otros fundos sujetos á hipoteca por los mismos créditos. No hay, pues, duda ya. El adquirente no puede tener una subrogación más restringida que la correspondiente al tercer poseedor, porque todo adquirente es por esto mismo un tercer poseedor. No somos nosotros, por tanto, los que lo decimos: es la ley, la cual extiende también las subrogaciones á las hipotecas que gravan bienes salidos del patrimonio del deudor. Sólo habrá la atenuación, debida á la publicidad de las adquisiciones de inmuebles, de que el subingreso no puede ejercitarse contra los terceros poseedores anteriores en fecha en la inscrip-

---

t. 359; Moulon, *ob. cit.*, 388; Aubry et Rau, § 321, nota 76; Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, nota 15; Gauthier, *ob. cit.*, 270; Larombière, 1251, 25; Colmet de Santerres, V, 195 bis, III. Véase también Lacantinerie, *ob. cit.*, XJII, 1570.



ción del documento de adquisición (1). De manera que el adquirente que entonces inscriba su título, ejercitará la subrogación sólo en las hipotecas que gravan bienes poseídos por los terceros, que fueron tan poco prudentes que olvidaron la inscripción de su título de adquisición (2).

222. Tal es la solución en línea de principio. No puede negarse, por otra parte, que graves razones de equidad y de conveniencia aconsejan atemperar el derecho de subrogación, restringiéndolo dentro de más angostos límites y sustrayendo de él, al menos, los inmuebles que no forman objeto del título de adquisición. Conviene, en efecto, no olvidar que la subrogación no se concede al adquirente más que para precaverse del peligro de una evicción, sea por las hipotecas que sigan gravando, sea por las reivindicaciones, resoluciones ó rescisiones que se teman. Desaparecido este peligro, desaparece con él el interés del adquirente de obtener la subrogación, y no es preciso cerrar los oídos á las razones del vendedor. Supongamos que Ticio tiene dos inmuebles A y B afectados por una hipoteca por el mismo crédito. Pero precisamente para liberar el fundo B vende á Cayo el fundo A, adjudicándole la obligación de pagar al acreedor inscrito. Si hecho el pago, Ticio se dirige contra Cayo para obtener la cancelación de la hipoteca sobre el fundo B, Cayo no tendrá buena razón para mantenerla, á fin de ejercitar la subrogación, sino en cuanto exista amenaza ó peligro de evicción. Removido este peligro, desaparece toda razón de la subrogación y desaparece con ella el interés de Cayo en mantener en vigor la hipoteca. Su negativa daría ganada la causa á todos aquellos que atacan la subrogación de que hablamos, porque la consideran un peligro para el crédito territorial (3).

223. Esta consecuencia nos hace comprender la imposibilidad absoluta de gozarse de la subrogación después de haber hecho el saneamiento, por efecto del cual el fundo queda absolutamente liberado de todas las hipotecas, sin excluir aquéllas que no han encontrado colocación (4) Quedará sólo el temor á las reivindicaciones; pero un peligro ordinariamente de tan remota eventualidad, debería, al menos, estar justificado de algún modo por el adquirente y demostrado que no es quimérico.

(1) Citado art. 2022 al final.

(2) Bicci, *ob. cit.*, 89; Mirabelli, *ob. cit. Della surrogazione legale*, núm. 14, página 41; Turin, 17 de Abril de 1883 (*Giur. tor.*, 1833, 469).

(3) Chiesi, *Sistema ipotecario*, II, 507 al final.

(4) Art. 2046, Cód. civ. it.

## II

224. SUBROGACIÓN HIPOTECARIA DEL TERCER POSEEDOR QUE HA SUFRIDO EVICCIÓN.—La subrogación por evicción del tercer poseedor es afín á la subrogación por pago del adquirente; y bien puede decirse que respecto á los derechos hipotecarios, el artículo 2022 completa el núm. 2.º del art. 1253; sea en cuanto exige una nueva condición en el ejercicio de la subrogación que es la fecha anterior de la inscripción; sea en cuanto extiende á otras personas y causas aquel beneficio de subrogación que parecería de otro modo limitado sólo al comprador.

La misma razón que sugirió al legislador la subrogación por evicción, regida por el art. 2011, le sugirió la subrogación sancionada por el art. 2022: por la que el tercer poseedor, que ha pagado los créditos inscritos ó sufrido evicción, tiene regreso contra los terceros poseedores de otros fundos sujetos á hipoteca por los mismos créditos, siempre que aquellos terceros poseedores sean posteriores á él en la fecha de la inscripción de su título. También aquí, dice bien Pisanelli, existe el peligro de la confabulación entre el acreedor hipotecario y los otros terceros poseedores para hacer recar el daño de la acción hipotecaria sobre el tercer poseedor, que tendría por sí el derecho preferente, que se funda en la inscripción anterior de su adquisición (1).

Y como la subrogación por evicción en favor del acreedor posterior sirve de complemento á la más general concedida al acreedor posterior cuando paga al anterior, así la subrogación hipotecaria de que ahora hablamos en favor del tercer poseedor sirve de complemento á la otra en favor del adquirente. Bien es verdad que el art. 2022 se propone únicamente conceder una subrogación limitada á las hipotecas inscritas contra terceros poseedores, mientras el art. 1353, núm. 2.º, más genérico en el objeto, concede al comprador una subrogación plena y entera en todos los derechos del acreedor pagado; pero si no pertenece á la idea jurídica de la subrogación hipotecaria la transmisión, del que realiza la evicción al que la sufre, de otros derechos diversos de las hipotecas, no es por esto menos cierto que es uno el fundamento racional de las dos disposiciones. Estrechísima afinidad las enlaza y nos permite argumentar de ésta para aquélla. Por esto no nos equivocamos al decir que las dos disposiciones se

---

(1) Relación ministerial Pisanelli, sobre el Proyecto de Código civil

completan mutuamente y facilitan, si no apaciguan, las más graves controversias promovidas en la materia.

Veremos, en efecto, dentro de poco á los escritores franceses disputar seriamente si el beneficio de la subrogación puede competir al tercer poseedor que paga los créditos inscritos sobre el fundo. Ahora bien: sobre tal asunto provee en gran parte el artículo 2022 de nuestro Código con una fórmula que, si bien literalmente limitada á las hipotecas inscritas contra otros terceros poseedores, no puede dejar de extenderse también á otros derechos.

225. Tal es el concepto de la disposición que vamos á examinar, la cual requiere:

- un tercer poseedor de un inmueble,
- el pago de los créditos inscritos, ó el abandono ó expropiación del inmueble por efecto de aquel crédito,
- otros terceros poseedores que no hayan inscrito sus títulos antes de aquel que quiere ser subrogado.

Decimos, ante todo, un *tercer poseedor*, apelativo con el que indicamos al que posee el fundo *iure proprietatis*; es decir, por un título adquisitivo de dominio gratuito ú oneroso. El legatario, el permutante, el codividente, el donatario, el mismo poseedor, quien hubiese consentido hipoteca sobre el fundo propio por la deuda ajena, así como el enfiteuta, el usufructuario, cuando la hipoteca afecta al dominio útil ó al usufructo, porque obligados todos hipotecariamente, pueden encontrarse forzados á pagar ó hacer dejación, si no quieren dejarse expropiar (1).

¿Pero qué diremos del enfiteuta, del usufructuario, si la hipoteca no afecta á su derecho; y también de quien goza sobre el fundo un derecho de uso ó de habitación, una servidumbre predial, una anticresis, un arrendamiento? ¿Tendrán éstos, si pagan, ó si queda el fundo expropiado, la subrogación concedida en el artículo 2022? Distingamos: cuando su derecho sea susceptible de inscripción ó haya sido inscrito antes de la inscripción de la hipoteca que fué causa de la evicción ó del pago, la respuesta negativa no nos parece dudosa, porque éstos no tienen interés alguno en pagar, no teniendo nada que temer de la expropiación del fundo, que pasará á otros, gravado con su derecho. Pero cuando, por el contrario, se trate de un derecho no susceptible de inscripción, ó inscrito después de la inscripción de aquella hipoteca, la cosa cambia enteramente, pues teniendo éstos interés en pagar y concurriendo respecto á ellos las mismas razones equitativas que proceden para el comprador, creemos que la

---

(1) Arts. 1023, 1967, 2014, 20:6. Cód. civ. it. Véase por analogía la doctrina de Duranton, XII, 176; Larombière, 1251, 61; Colmet de Santerre, V, 197 bis, XI.

subrogación no puede negárseles. No se diga que si tienen *interés*, no tienen, por otra parte, *obligación* de pagar, porque esta observación, justísima cuando se habla de la subrogación, fundada en el núm. 3.º del art. 1253, no tiene valor con respecto al artículo 2022, que no incluye la obligación de pagar con otros ó por otros, entre las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de subrogación.

226. Además, como nuestro artículo 2022 habla de la dejación de *inmueble* y de créditos *inscritos*, sería inútil advertir que no pueden nunca invocar sus benéficas disposiciones los terceros poseedores que han pagado créditos *privilegiados*, y mucho menos los poseedores de cosas muebles, quedándoles salvo el derecho de invocar la subrogación que nace del número 3.º del art. 1253, siempre que concurren en su favor las condiciones necesarias para ejercitarla.

227. No nos detendremos en las palabras *pago, dejación, expropiación*. Antes bien, preguntaremos si el tercer poseedor puede gozar de la subrogación cuando ha pagado ya el precio en manos de su vendedor, y se encuentre notificado de ejecución por un acreedor que quedó sin pagar, ó lo pague voluntariamente, además del precio de adquisición, para prevenirse de las molestias judiciales. Cuestión de vital interés para los acreedores hipotecarios posteriores. Sean el inmueble A y el inmueble B, gravados ambos por una hipoteca de 100.000 liras á favor de Primo. Después de esta hipoteca, el inmueble A ha sido gravado por otra hipoteca por la misma suma á favor de Segundo; y el inmueble B por otra hipoteca posterior á las dos mencionadas en favor de Tercero. En este estado de cosas, Juan adquiere el inmueble A. é imprudentemente paga su precio al vendedor, de manera que las hipotecas quedan subsistentes: he aquí entonces un derecho de los acreedores posteriores, cuyo desarrollo estará en conflicto con el derecho de Juan y dará lugar á no pequeñas dificultades.

Tres casos pueden ocurrir:

ó Juan espontáneamente paga el crédito de Primo, sea libremente, sea por medio de saneamiento;

ó lo paga obligado por la notificación de la ejecución pero sin proceder al saneamiento;

ó finalmente lo paga obligado, pero recurriendo al saneamiento.

En el primer caso, ninguna subrogación puede en nuestro concepto competir á Juan en la hipoteca de Primo sobre el fundo B. Bajo el imperio del Código francés todos los escritores, que frente á la vaga locución del art. 1251, núm. 2.º conceden también al adquirente la subrogación, si ha pagado á los acreedores ade-

más del precio de su adquisición, pueden sin dificultad opinar que compete al tercer poseedor la subrogación hipotecaria; porque, prescindiendo de las palabras, es lo mismo decir adquirente que paga además del precio de adquisición que decir tercer poseedor. Pero este razonamiento no sirve frente á nuestro art. 1253, número 2.º que, rigiendo la hipótesis de pago hecho por el adquirente, ha limitado la subrogación hasta donde llega el precio de adquisición. No se objete el silencio del art. 2022 que habla, sin añadir nada, de tercer poseedor que *ha pagado*. Porque esta locución genérica que puede referirse á cualquier tercer poseedor es forzoso ponerla de acuerdo con el art. 1253, núm. 2.º, cuando se trata de un tercer poseedor que tiene la investidura jurídica de comprador. De otro modo, el art. 2022 dejaría faltas de sentido las palabras que fueron añadidas por los redactores de nuestro Código á la disposición del art. 1253, núm. 2.º, cuando escribieron: *hasta donde alcance el precio de su adquisición*. Tratándose, pues, del pago voluntario además del precio de adquisición, el acreedor hipotecario Segundo conservará sus derechos sobre el fundo A; y Tercero no tendrá que temer subrogaciones en su propio daño.

Viniendo á la otra hipótesis del pago por requerimiento, pero sin saneamiento, no nos debemos ocupar para nada de la suerte del acreedor hipotecario Segundo, porque, permaneciendo intacta su hipoteca sobre el fundo A, no sufre evicción y no tiene motivo para buscar subrogación sobre el fundo B. Pero bien merecedora de consideración es la suerte del acreedor Tercero inscrito sobre el inmueble B, frente á Juan que, después de haber pagado coactivamente al acreedor hipotecario primero, pretendiese la subrogación en la hipoteca de éste sobre dicho fundo B. Existe en Francia una escuela docta é imponente que en la materia análoga de la subrogación por pago, fundada en el núm. 2.º del art. 1251 del Código Napoleón, reconoce al tercer poseedor, que se encuentra en la hipótesis supuesta por nosotros, el derecho de subrogación y las razones de la misma se resumen diciendo: que en la ley no se encuentra ninguna limitación mientras que, por otra parte, la subrogación se concedería á un adquirente á título lucrativo, y en cuanto al tercer poseedor puede también servirse de la subrogación concedida al acreedor posterior que paga al anterior (1).

(1) Véanse Mourlon, *ob. cit.*, pág. 388; Aubry et Rau, § 321, nota 76; Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, 17; Larombière, 1251, 25; Gauthier, *ob. cit.*, 270; Demolombe, IV, 552, y las muchas decisiones que cita. Véase también Cas. Nápoles, 4 de Diciembre de 1883 (*Gasa. proc.*, XIX, 42), que parece conceder la subrogación en virtud del artículo 1253.

Pero con todo el respeto debido á una doctrina tan imponente, estamos obligados á manifestar nuestro convencimiento contrario, puesto que el tercer poseedor, que hizo la simpleza de pagar el precio en manos del vendedor, cuando el fundo estaba hipotecado, cometió una culpa; de aquí que no pueda pretender que caiga el daño sobre las espaldas de los demás. *Qui culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*. Si hubiese pagado en manos del primer acreedor, como requerían la justicia y la prudencia, le habría quedado el derecho de subrogación, pero, nótese bien, por un crédito eventual, que no habría tenido razón de subsistir más que mientras hubiera durado el peligro de la evicción. Pagando á su vez en manos del vendedor, se ha procurado imprudentemente un desembolso del que mal pretende sacar un derecho de crédito ejercitable en daño de los acreedores posteriores. Y es inútil hablar del donatario que no tiene culpa alguna que reprocharse, como es inútil invocar el subingreso en favor del acreedor posterior, porque supone el pago hecho por quien ya tenía un crédito preexistente, y no por quien pretende crearse el crédito por medio del pago.

Si por último, pasando á la tercera hipótesis, suponemos el saneamiento, las consecuencias de la subrogación que se concediese al tercer poseedor, serían aún más perniciosas é injustas. Arruinarían á los dos acreedores hipotecarios, arruinaría á Segundo, siempre que el precio de la adquisición no bastara, pues su hipoteca debería cancelarse; y arruinaría á Tercero, con la subrogación en los derechos de Primo, inscrito también sobre el fundo B. La enormidad de esta consecuencia, ha sido quizás demasiado advertida por los indicados escritores, buen número de los cuales, no quieren en este caso oír hablar de subrogación del tercer poseedor (1). Tanto menos podremos hablar de ella nosotros, porque cuando no bastaran las razones indicadas, el artículo 2011 de nuestro Código civil, concedería la subrogación por evicción al acreedor Segundo, al que se deja sin cobrar del fundo A. Será, pues, Segundo y no el adquirente Juan, el que podrá concurrir sobre el fundo B, *ex iuribus* de Primo, siempre que la fecha de su hipoteca sea anterior á la de Tercero.

228. Por último, el tercer poseedor no puede ejercitar la subrogación contra otros terceros poseedores, si no son posteriores á él en la fecha de la inscripción de su adquisición. Esta disposición, previendo el conflicto de intereses entre terceros poseedores de fecha diferente, lo resuelve como está requerido por el sistema de publicidad establecido con la inscripción, y no con-

(1) Demolombe, IV, 553 y sigs.

cede subrogación contra aquellos que han inscrito antes que el subrogado. El conflicto podría también verificarse entre el tercer poseedor que ha sufrido evicción y los acreedores hipotecarios inscritos sobre fundos en los que quiere ejercitar la subrogación, pero nos parece manifiesto que, también en este caso, la prioridad de la fecha resuelve el conflicto; de manera que si la hipoteca del acreedor es anterior á la inscripción del título de adquisición del tercer poseedor, la subrogación no podrá ser ejercitada en daño de la hipoteca (1).

### ARTICULO III

**Subrogación en favor de quien, estando obligado con otros ó por otros al pago de una deuda, tenía interés en satisfacerla.**

#### I

229. Los orígenes y las vicisitudes de esta especie de subingresso legal, fueron expuestos en gran parte cuando hablamos de las cesiones necesarias (2) En rigor de derecho, el coobligado ó el fiador, que pagaban la deuda, no entraban *ministerio legis*, en los derechos del acreedor pagado, si antes, ó en el acto del pago no eran cautos en estipular la cesión de los derechos, pero dicha cesión constituía para ellos, á diferencia de lo que ocurría con el extraño que hubiese ofrecido el pago, una obligación del deudor, de manera que si éste no estaba en grado de hacer la cesión, el coobligado podía casi siempre rechazarlo con la excepción *cedendarum actionum* (3). La vieja práctica mitigó en muchos casos este rigor, y andando el tiempo admitió muchas veces al coobligado, al fiador, al tercer poseedor á obrar con las acciones útiles en vía de regreso, sin necesidad de obtener cesión explícita (4).

(1) Bicci, *ob. cit.*, 89, que cita Turin, 17 de Abril de 1873 (*Giur. tor.*, 1873, 469). Véase Palermo, 22 de Febrero de 1901 (*Circ. giur.*, 1901, 177); Catania, 30 de Diciembre de 1901 (*Giur. cat.*, 1901, 229); Cas. Palermo, 1.º de Junio de 1901 (*Foro it.*, 1901, I, 1444 con nota).

(2) A las autoridades alegadas en el vol. VI, añádase Zanchi, *ob. cit.*, *lug. cit.*, número 92: «Caeterum creditor, qui extraneo dimittitur, volens tantum potest cessionem facere suorum iurium tertio solventi; non autem invitatus cogitur..... praeterquam fidelussori vel correo. quibus creditor invitatus etiam cogitur cessionem facere..... vel etiam tertio possessori creditorem dimittenti». Voet, XLV, 2, 7; Vinni, *Inst.*, III, de *fideiuss.*, § 4.

(3) Véase el vol. VI, núms. 157 y sigs.

(4) Olea, *De ecensione, etc.*, tit. IV, quaest., 9 y 11; *Miscellaneae, etc.*, núm. 8.

Esta práctica fué la que suministró á Dumoulin la ocasión de proclamar la teoría de la subrogación legal en favor del coobligado, teniendo en cuenta la conocida constitución de Antonino Pío, que concedía las acciones útiles al comprador de la herencia contra los deudores hereditarios (1). Y aun cuando la nueva teoría tardase en encontrar el aplauso de los doctores (2), sin embargo, en gracia á la equidad, por la que estaba justificada, acabó por triunfar; y la subrogación legal en favor del coobligado fué sancionada por el artículo 1231, núm. 3.º del Código Napoleón, del cual pasó luego al artículo 1253, número 3.º del Código italiano. Según este artículo, la subrogación tiene lugar, de derecho, en favor de quien, estando obligado con otros ó por otros al pago de la deuda, tenía interés en satisfacerla.

Esta especie de subrogación es, en verdad, la más digna de favor: puesto que acude en defensa de quien se encuentra constreñido á pagar una deuda que en todo ó en parte es deuda ajena. Quien paga á un acreedor anterior, paga la deuda ajena; pero la paga por la propia conveniencia, para quedar dueño de la acción hipotecaria sobre la prenda común: quien, adquiriendo un inmueble, emplea su precio en pagar á los acreedores del vendedor, no paga verdaderamente la deuda ajena, sino más bien la propia; pero el coobligado, el fiador, se encuentran muchas veces forzados á pagar la deuda ajena; y aun cuando se anticipen á las coacciones del acreedor, es siempre una razón de necesidad la que les induce á ello, á fin de evitar molestias quizás más gravosas ó importunas, á que estarían expuestos esperando á ser impedidos al pago. Todo esto es suficiente para darnos á entender las condiciones que se requieren para gozar esta subrogación.

230. Es necesario:

el pago;

la calidad de coobligado, sea principalmente, sea de manera subsidiaria, sea personalmente, sea en razón de la posesión.

Comenzando por el pago, no importa que sea hecho voluntariamente ó por fuerza, que lo realice el coobligado personalmente, sino que basta que se haga con su dinero (3). Como quiera que sea, si es total, dará derecho á subrogación para recuperar

(1) «Et si forte, qui ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit, vel ex communi gestu, nec el mandatae sunt actiones, constitutum est a Divo Pio, et ab imperatore nostro, et Divo patre eius, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam». *L. 1, § 13, D. de tut. et rat. dist.* (XVII, 3). Véase también la *L. 16, D. de pactis* (II, 14).

(2) Pothier, *Obl.* 280.

(3) Cas. Turín, 9 de Febrero de 1889 (*Legge*, 1889, 2, 157); Laurent, XVIII 105; que cita Lion, 4 de Agosto de 1853, y 17 Agosto de 1855 (*Daloz, Réc.*, 1857, 2, 127).



íntegramente lo pagado; si parcial y aceptado, abrirá camino á la subrogación á fin de ejercitar el regreso proporcionalmente á la suma pagada, fuera de la parte que está á cargo de quien hizo el pago (1)

231. Pero al hablar del pago efectuado por el acreedor posterior ó por el comprador, vimos que por regla general la compensación se puede equiparar al pago para los efectos de la subrogación indicados en los números 1.º v 2.º de nuestro artículo. Ahora añadimos aquí, que no sólo la compensación hace las veces de pago, sino también todos aquellos medios de extinguir la obligación que sirven para liberar á los coobligados, y dan lugar á regreso: por ejemplo, la novación (2), la remisión de la deuda, cuando no sea personal (3), ni á título gratuito, sino onerosa, de modo que deje paso á la acción de regreso, sin lo cual la subrogación no tendría materia sobre que fundarse (4).

Por esto no daría lugar á subrogación la confusión, porque no puede dar motivo á regreso. En efecto, si ocurre por la reunión en la persona del fiador de la cualidad de acreedor, no hay extinción de la obligación, sino que el fiador ejercita las acciones de crédito sin necesidad de subrogación. Si ocurre la confusión en la persona de uno de los deudores solidarios, que se convierte en heredero del acreedor, no puede tener derechos de regreso contra los codeudores, porque no quedan liberados más que por la parte en que se realiza la confusión (5).

## II

232. Pero no basta el pago: es preciso que sea hecho por quien tenía interés en pagar *porque estaba obligado con otros ó por otros al pago de la deuda*. La ley no podría ser más clara: es preciso encontrarse expuesto al pago coactivo y no bastaría cualquier otro interés para legitimar la subrogación de nuestro texto (6). *Obligado con otros*, que es como decir, tenido principal-

(1) Demolombe, IV, 604.

(2) Arts. 1277, Cód. civ. It.; 1281, Cód. Nap.

(3) Arts. 1281 y sigs., Cód. civ. it., 1285 y sigs. Cód. Nap.

(4) Demolombe, IV, 605.

(5) Arts. 1297, Cód. civ. it.; 1301, Cód. Náp.

(6) Gauthier, *ob. cit.*, 360, 362; Larombière, 1251, 40; Demolombe, IV, 570 y sigs.; Laurent, XVIII, 105; contra Mourlon, *ob. cit.*, pág. 459; Mirabelli, *ob. cit. Surroga legale*, núm. 26, pág. 53; Cas. Roma, 21 de Noviembre de 1883 (*Legge*, 1889, 2, 511). Sobre los derechos que pueden competir al tercero no interesado que paga la deuda ajena, véase Scialoia, *Sulla gestio prohibente domino* (*Legge*, 1889, 2, 532); Lacan-

mente á la deuda junto con otros codeudores; por ejemplo, el codeudor solidario ó de obligación indivisible. *Obligado por otros*, es decir, tenido subsidiariamente á la deuda: v. gr. el fiador. El uno y el otro están, en efecto, expuestos á las acciones de crédito; el uno y el otro se encuentran, pues, en la condición requerida por la ley para gozar de la subrogación, aun cuando paguen espontáneamente para prevenir las acciones judiciales ó la ejecución. El primero, estando por regla general tenido á soportar definitivamente una parte de la deuda, tiene un recurso *pro parte*: el segundo no obligado á soportar definitivamente ninguna cuota de la deuda, tiene el recurso por la totalidad; pero todos gozan igualmente de la subrogación en los derechos del acreedor para ejercitar este regreso suyo, cualquiera que sea su medida.

En la serie de los obligados con otros figuran principalmente, hemos dicho, los codeudores solidarios y los coobligados en la deuda indivisible, por estar expuestos, con respecto al acreedor, al pago de la totalidad. mientras en los derechos recíprocos cada uno debe soportar una parte de la deuda (1). Así no figuran los codeudores de una obligación divisible y á *pro rata*; por estar éstos obligados por otras tantas deudas jurídicamente separadas, si bien confundidas en apariencia (2). Se pretendió, en verdad, por Toullier (3), que antes de la división, todo coheredero estuviera tenido por la totalidad, y, por lo tanto, gozase el beneficio de la subrogación legal en caso de pago íntegro por acción en regreso contra los coherederos; pero esta opinión equivocada no encontró nunca secuaces. Sólo podría ser admisible si el coheredero fuese demandado por la acción hipotecaria; porque entonces estaría obligado por la totalidad, como tercer poseedor del inmueble hipotecado. Por lo demás, cuando se dice codeudores solidarios ó de obligación indivisible, todo el mundo ve cuán ancho campo se abre á la aplicación del principio, y cuantas controversias pueden nacer sobre la determinación de la índole jurídica

---

tinerie, XIII, 1556 y sigs. El donatario que paga deudas hipotecarias por el fundo dado, goza subrogación legal: Catania, 9 de Mayo de 1898 (*Giur. catanese*, 1898, 99). Véanse también Cas. Nápoles, 18 de Diciembre de 1899 (*Diritto e giur.*, 1899, 805); Cas. Florencia, 4 de Abril de 1891 (*Legge*, 1891, 2, 257); Cas. Florencia, 4 de Abril de 1891, (*Giur. it.*, 1891, I, 1, 484); Cas. Roma, 9 de Marzo de 1897 (*ivi*, I, 1, 347); Ancona, 10 de Octubre de 1898 (*Mon. giur. cal.*, 1899, 12); Génova, 31 de Marzo de 1905 (*Tem. gen.*, 1905, 534).

(1) Larombière, 1251, 56; Gauthier, *ob. cit.*, 326; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 461; Aubry et Rau, § 3 1, nota 60; Demolombe, IV, 589; Laurent, XVIII; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.*, *lug. cit.*; Nápoles, 27 de Diciembre de 1897 (*Ann.*, 1898, 41).

(2) Durantón, XII, 286; Duvergier sur Toullier, IV, 151, nota a; Aubry et Rau, § 321, nota 62; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 472; Demolombe, IV, 582; Laurent, XVIII, 101.

(3) *Lug. cit.*

de una obligación. Pero no es este el momento de detenernos á examinarlas (1).

En la serie de los obligados por otros, vienen el fiador, los cofiadores, el fiador del fiador, el *mandator pecuniae credendae*; y la subrogación tiene lugar también cuando la fianza haya sido prestada sin saberlo ó contra la voluntad del deudor, siempre que el pago haya resultado útil al mismo (2). A todos estos conviene luego repetir en vía de regreso la totalidad; y conviene de manera que cuando no pudiera tener lugar la subrogación, no estarían tampoco obligados á hacer el pago. En esta parte, á la disposición general del art. 1253 se deben añadir, para su complemento, las especiales en materia de fianza (3). Pero tanto sobre esta regla especial como sobre los caracteres de la fianza, por los que se distingue de la simple promesa del hecho ajeno sin obligación personal, no es misión nuestra el detenernos. Por otra parte, no estaría comprendido entre los coobligados, en el sentido del citado artículo, quien se hubiese obligado con respecto al deudor á pagar por él, sin que el acreedor hubiera aceptado tal adjudicación ó delegación; porque no se encontraría obligado con relación á éste ni podría ser constreñido á pagar (4).

233. Pero se pregunta: el mandatario ó el administrador que paga con su dinero las deudas del mandante ó administrado, ¿puede considerarse obligado por otros, y, por lo tanto, subrogado legalmente? Todo depende de ver si el mandatario podía ó no ser forzado por el acreedor á pagar con su dinero las deudas del mandante ó del administrado. Sobre este asunto, mientras puede admitirse que un mandatario general ó administrador, está obligado á pagar todas las deudas vencidas y exigibles del administrado (5), nosotros creemos que debe hacerlo con dinero de la administración, no con el suyo. Para que deba pagar con su propio dinero, es preciso que el administrador haya asumido la obligación explícita con respecto al mandante; ya que sólo en este caso queda expuesto á las acciones del acreedor, que obra *ex iuribus* del mandante su deudor, ó fundándose en el art. 1128. A estos términos reducen todos los modernos escritores la conocida respuesta de Papiniano, que obliga al acreedor á ceder sus dere-

(1) Véanse Laurent, XVIII, 97, 98 y sigs., 100, 102; Demolombe, iV, 531 y sigs.

(2) Pothier, *Obl.*, 447; Duranton, XVIII, 517; Troplong, *Cautionnement*, 362; Pont, 267; Gauthier, *ob. cit.*, 245, 351; Demolombe, IV, 590 y sigs.

(3) Arts. 1926, 1928, Cód. civ. it.; 2029, 2037, Cód. Nap.

(4) Aubry et Rau, § 321, nota 63; Paris, 27 de Noviembre de 1841 (*Sirey*, 18, 42, 1, 50); Larombière, 1251, 37; Demolombe, IV, 583, 587.

(5) *L. 87, D. de solutionibus, etc.* (XLVI, 3); Pothier, *Mandat*, 157; Troplong *Mandat*, 297.

chos al mandatario cuando éste le paga de su propio bolsillo (1). Por lo demás, á los intereses del mandatario, que pagando anticipa, sirve en la mayor parte de los casos la subrogación convencional, al no ser presumible que el acreedor la rechace exponiéndose á ver retardado el pago. Y proveen, máxime en materia mercantil, los privilegios concedidos al comisionado para el reembolso de los anticipos (2).

234. Hasta aquí de los obligados personalmente. Pero se puede estar obligado por otros realmente; ó como se dice con palabra más propia y usual, *hipotecariamente*. Tales son en sentido lato todos los terceros poseedores, que poseen *iure proprietatis* una cosa afectada por la deuda ajena.

En la jurisprudencia francesa es grave la disidencia de las opiniones respecto á este punto, y no faltan autores y sentencias que niegan al tercer poseedor todo derecho de subrogación. Parten de la consideración de que el tercer poseedor no tiene obligación personal y puede liberarse con la dejación; de manera que el pago queda para él *in facultate solutionis*, más bien que *in obligatione*: A decir verdad, este argumento, ciertísimo *in iuris subtilitate*, no tiene peso alguno en la cuestión; porque el motivo de la subrogación existe igualmente también para el que está obligado facultativamente, al no poder rehuir el pago más que perdiendo la cosa poseída, sacrificio no menos grave que el pago. Tan es así, que la mayor parte de los escritores, aun en Francia, conceden al tercer poseedor que paga la deuda hipotecaria, la subrogación en los derechos del acreedor, siguiendo de tal modo una máxima que no es de fecha reciente sino que deriva de las puras tradiciones de la antigua práctica (3); y á esta doctrina más

(1) *L. 28, D. mandati, etc.* (XVII, 1): «Papinianus lib. III Quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem, ipso iure reum non liberare: propter mandatum enim suum solvit, et suo nomine: ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere». Demolombe, IV, 586; Cas. Nápoles, 19 de Diciembre de 1899 (*Diritto e giurispr.*, 1900, II, 805).

(2) Arts. 362, 380 y sigs., Cód. de com.

(3) Véanse Zanchi, *ob. cit., tug. cit.*, núm. 92; Voet, XLV, 27; Pothier, *Introd. au titre XX de la Coutume d'Orléans*, 73 á 75; Delvincourt, II, pág. 562; Grenier, *Des hypothèques*, II, 496; Toullier, IV, 145, nota 2; Duranton, XII, 161; Troplong, *Des hypothèques*, I, 359; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 358; Gauthier, *ob. cit.*, 270; Larombière, 1251, 25; Colmet de Santerre, V, 195 bis, I y III; Laurent, XVIII, 9; Melucci, *Il sis. ipot.*, sec. XLV, núms. 3 á 7; Mirabelli, *Diritti it. dei terzi*, II, 19; Lacantinerie, *tug. cit.*; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 123, y nota Venzi x pág. 601; Macerata, 26 de Noviembre de 1891 (*Legge*, 1892, I, 125); Turín, 7 de Octubre de 1893, 806 (*Giur. tor.*, 1893, 806); Venecia, 5 de Febrero de 1895 (*Temis ven.*, 1895, 349); Catania, 30 de Diciembre de 1901 (*Giur. cat.*, 1902, 229); Cas. Palermo, 2 de Junio de 1901 (*Foro it.*, 1901, I, 1446); Trib. Catania, 8 de Mayo de 1902 (*ivi*, 1903, I, 1401 con nota); contra Casale, de 27 Febrero de 1894 (*Giur. cas.*, 1894, 129); Génova, 19 de Mayo de 1890 (*Temis gen.*, 1890, 105).

benigna y racional, sirve también de confirmación el art. 874 del Código Napoleón, por el que el legatario que paga la deuda que gravaba el fundo legado, es subrogado de derecho en los derechos del acreedor; porque, si se concede la subrogación al legatario adquirente á título gratuito, con mayor razón debe corresponder al adquirente á título oneroso (1).

En el Código italiano, además de todas estas razones, además del art. 1033, que repite las disposiciones del citado art. 874 del Código francés, hay algo más en favor del tercer poseedor. El artículo 2022, que ya conocemos, concediendo al tercer poseedor a subrogación hipotecaria contra otros terceros poseedores, cuando ha pagado ó haya sufrido evicción, resuelve textualmente la disputa acerca del derecho hipotecario. Y del derecho hipotecario á los otros derechos que también competían al acreedor contra el mismo deudor ó los coobligados, el paso es natural, y sugerido por la lógica del derecho (2).

¿Qué queda, pues? Quedan sólo aquellos terceros poseedores que no pueden servirse del art. 2023, sea por ser poseedores de cosa mueble, sea porque en lugar de pagar un crédito hipotecario hayan pagado un crédito de otra naturaleza. Por ejemplo, el tercero que hubiese dado su cosa mueble en prenda por el deudor; el adquirente de muebles alquilados y afectados por el privilegio del alquilador, que fuese obligado á pagar los alquileres del vendedor dentro del término de cuarenta días, concedido por el art. 1958, núm. 3.º, para el ejercicio del privilegio (3). Todos estos, en efecto, encontrándose en condición idéntica al tercer poseedor con relación al acreedor hipotecario, y pudiendo ser obligados á pagar, porque están tenidos en virtud de un vínculo que afecta á la cosa poseída, invocan en buen derecho la subrogación concedida á quien paga la deuda estando tenido al pago por otros.

235. ¿Será lo mismo para el tercer poseedor que paga al causante de su vendedor para librarse de la acción de resolución ó de revocación? No ha faltado quien haya sostenido la afirmativa (4), movido por la aparente analogía entre el crédito inscrito sobre el inmueble y la acción en resolución ó revocación que per-

(1) Murlon, *ob. cit.*, pág. 431; Gauthier, *ob. cit.*, 356; Demolombe, IV, 565.

(2) Vease Mirabelli, *ob. cit.*, *Surroga legale*, núm. 19, págs. 46 y 47; Venecia, 5 de Febrero de 1893 (*Sinossi*, Ser. 2.ª, fasc. 102, pág. 88; *Temi ven.*, 95, 349); Cas. Palermo, 1.º de Junio de 1901 (*Sinossi*, Ser. 2.ª, fasc. 177, pág. 66; *Foro it.*, 1901, 1, 1446).

(3) Murlon, *ob. cit.*, pág. 460; Demolombe, IV, 578. Véase Bolonia, 22 de Agosto de 1884. Esta sentencia niega la subrogación al arrendatario para asegurarse el aprovechamiento de los frutos. En verdad no es un coobligado. (*Riv. giur. bol.* 1884, 298).

(4) Murlon, *ob. cit.*, pág. 443.

sigue á dicho inmueble en manos de cualquiera que lo tenga. Pero esta doctrina está seriamente atacada por la mayor parte de los escritores franceses, que observan que la aparente analogía se desvanece cuando se reflexiona que el segundo adquirente no puede nunca ser obligado al pago, mientras la única acción á que se encuentra expuesto es la resolución ó la revocación del título de adquisición del propio causante (1). Para nosotros la cuestión está decidida indirectamente por el art. 1933, núm. 3.º del Código civil. Sujeta este artículo á la formalidad de la inscripción las demandas de revocación, de rescisión, y de resolución, á fin de que, con arreglo al siguiente art. 1942, tengan efecto con relación á tercero, que ha adquirido derechos sobre el inmueble. Establecido esto, ó la adquisición del tercer poseedor está inscrita anteriormente á la inscripción de la demanda de revocación, y el tercer poseedor no tiene necesidad de subrogación, porque no puede ser molestado; ó está inscrita posteriormente á la demanda, y la subrogación no puede serle negada, porque la inscripción, á que quedó sujeta por el legislador la demanda de revocación, demuestra que ha considerado dicha demanda como una carga real al par de la hipoteca, y, como obligado realmente, al poseedor del inmueble sobre el que se ha inscrito.

236. Sería ahora el momento, siguiendo las huellas de la doctrina, de examinar si el asegurador goza de la subrogación en las acciones del asegurado contra los terceros obligados á la reparación del daño; pero como un texto explícito del vigente Código de Comercio, satisfaciendo los votos de los juristas y de los comerciantes, resuelve la cuestión, hablaremos de ello en lugar más oportuno (2).

237. La finalidad de la subrogación concedida legalmente á quien paga la deuda á que estaba tenido con otros ó por otros, es la de ejercitar el regreso con los derechos del acreedor pagado. Cómo se ejercita dicho regreso y cuánto se extiende el beneficio de la subrogación, es materia que debe tratarse más adelante.

#### ARTÍCULO IV.

##### *Subrogación en favor del heredero beneficiado.*

238. La subrogación legal en favor del heredero beneficiado no aparece en el derecho romano. Viene á nosotros del antiguo derecho francés (3) y de los Códigos que se modelaron sobre el

---

(1) Gauthier, *ob. cit.*, 362; Demolombe, IV, 574, 575; Laromblère, 1251, 43.

(2) Véase el núm. 212.

(3) Véase Demolombe, IV, 19, que recuerda á Lebrun, Renusson y Bretonnier.

Napoleónico. El objeto que se propusieron los legisladores al instituir esta especie de subrogación, fué el facilitar la liquidación del pasivo hereditario, animando al heredero beneficiado á pagar con su propio dinero las deudas hereditarias, al darle la seguridad del reintegro, gracias á las acciones mismas de los acreedores pagados.

Por esto, el art 1253, núm. 4.º del Código italiano traduciendo el correspondiente artículo del Código Napoleón. establece que ha lugar á la subrogación de derecho «en favor del heredero con beneficio de inventario, que ha pagado con su propio dinero las deudas hereditarias».

239. Es cierto que esta subrogación no puede competir al simple heredero, no tanto porque la ley habla de heredero beneficiado, como porque faltaría su razón: en efecto, el heredero es el deudor mismo, y no tiene recurso que ejercitar: mientras el heredero beneficiado mantiene distinta su persona de la del difunto, y pagando de lo suyo puede ejercitar un recurso (1).

240. Se dudó si puede igualarse al heredero beneficiado el curador de la herencia yacente, y la opinión afirmativa, seguida ya por los antiguos escritores franceses, encontró también secuaces entre los modernos (2); pero hoy en día está bien ó mal abandonada, por la consideración de que no puede admitirse extensión por analogía en materia de subrogación (3).

241. A fin de que el heredero beneficiado goce de esta subrogación, es preciso que haya pagado *con dinero propio*, no con el de la herencia. En efecto, si paga con dinero de la sucesión, no tiene regreso alguno que ejercitar, y no se vería motivo por el que la ley le debiera conceder la subrogación (4).

Es preciso luego que el pago tenga por objeto las *deudas hereditarias*. Pero el sentido de esta expresión es amplio, según la interpretación común de la escuela y de la jurisprudencia, porque comprende, no sólo las deudas en sentido propio, sino todas las cargas de la sucesión, sin excluir los legados y las tasas de sucesión (5).

(1) Arts. 968, Cód. civ. it.; 802, Cód. Nap.

(2) Toullier, IV, 755; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1272; Rolland de Villargues, *Rep. du notariat, Subrogation*, 55.

(3) Duvergier sur Toullier, *lug. cit.*, nota a; Murlon, *ob. cit.*, págs. 476, 477, Aubry et Ray, § 321, nota 66; Gauthier, *ob. cit.*, 556; Larombière, 1251, 79; Demolombe, IV, 624; Laurent, XVIII, 107.

(4) Demolombe, IV, 626.

(5) Durantón, XII, 177; Aubry et Rau, § 321, nota 66; Larombière, 1251, 72; Demolombe, IV, 620, y las muchas decisiones citadas por este autor: Laurent, XVIII, 106; Pacifici-Mazzoni, *lug. cit.*, 123; Mirabelli, *ob. cit.*, *Surroga legale*, núm. 30, pág. 59; Lacantinerie, *ob. cit.*, XIII, 1151 á 1565.

Surge, por otra parte, una duda. Si el heredero beneficiado es heredero *pro parte*, y paga la deuda hereditaria por entero, ¿tendrá subrogación por la totalidad, ó la tendrá limitada á la cuota de deuda proporcional á su cuota hereditaria? Por esta cuota únicamente, responden los escritores; porque la ley, cuando declara subrogado al heredero beneficiado, que paga las deudas hereditarias con su propio dinero, supone un heredero que podía ser obligado á pagar con los bienes recibidos en la herencia. Ahora bien: el heredero beneficiado, al par de cualquier otro heredero, no estaría tenido á las deudas fuera de la cuota hereditaria (1).

Por último, se concede la subrogación al heredero para ejercitar el regreso, sea contra los acreedores de la sucesión, sea contra los legatarios, con el fin de obtener el reembolso de lo que ha pagado sobre los bienes de la sucesión, con el mismo grado que correspondía al acreedor pagado. Pero lo puede ejercitar también contra los coherederos, deducida su parte.

Por otro lado, sobre los efectos de ésta, como de toda otra manera de subrogación, nos reservamos el hablar más detenidamente en lugar oportuno.

## ARTICULO V

### *Otras especies de subrogaciones legales no incluidas en el Código civil.*

#### I

242. Después de haber examinado la subrogación legal en la fuente principal del derecho privado, es decir, en el Código civil, debemos reunir en esta parte de nuestro discurso las otras especies de subrogación que nacen de leyes especiales.

Y aquí primeramente encontramos la subrogación del asegurador que ha resarcido el daño ó la pérdida de las cosas aseguradas, en los derechos correspondientes al asegurado contra terceros responsables del daño ó de la pérdida. Es pública la división de opiniones, con que se debatió hasta nuestros días la cuestión de saber si compete al asegurador la subrogación legal en los derechos del asegurado con relación á los terceros. Muchos pretendían llevar esta subrogación al concepto de la concedida á quien está tenido por otros ó con otros al pago de la deuda. Pero aun cuando toda razón de conveniencia sugiriese el no privar al asegurador de la subrogación legal, sin embargo, la aplicación del art. 1253, núm. 3.º, encontraba gravísimas di-

(1) Duranton, XII, 179; Larombière, 1251, 73; Demolombe, IV, 628; Laurent, XVIII 108.



facultades, ya que no se podía decir que el asegurador estuviese tenido por otros ó con otros al pago de la indemnización, siendo la deuda del asegurador totalmente diversa, en el objeto y en el fundamento, de la de los terceros reponsables del daño. Sin embargo, en materia de seguros marítimos, había acabado por acreditarse la máxima favorable al asegurador. No así en materia de seguros terrestres, en que el rigor del principio venció á las sugerencias de la conveniencia, y especialmente en los seguros contra incendios estimábase por la mayor parte de los escritores que el asegurador no quedaba subrogado en los derechos de responsabilidad competentes al arrendador contra el inquilino (1), tanto, que casi todas las compañías aseguradoras solían pactar explícitamente la concesión de éstos en la póliza de seguros. Pero tampoco se libraban de las controversias judiciales la validez y el carácter de este pacto (2). Ahora bien: todas las disputas están hoy terminadas, gracias al nuevo Código de Comercio (3). Nuestro legislador, prescindiendo de sutilezas, ha consagrado la opinión más conforme con el sentido de la equidad y de las necesidades sociales, ha concedido la subrogación al asegurador por medio de disposición generalísima y comprensiva tanto de los seguros marítimos como de los terrestres; y no contento con esto, ha prescrito también en complemento de su liberalidad, que en el caso de resarcimiento parcial, el asegurado y el asegurador concurren juntos á los residuos. Esta disposición estaba virtualmente comprendida en el nuevo principio consagrado por el Código civil en el art. 1254 (4). Pero el legislador mercantil la ha querido poner aquí ante los ojos de los Jueces para evitar el peligro de los olvidos, cuando debieran aplicarla en favor del asegurador.

243. Otras subrogaciones legales nos presenta el Código de Comercio y son en materia de letras de cambio. La una, en beneficio del extraño que paga por intervención la letra ó el pagaré de cambio; la otra, en favor de los endosantes que pagan por el aceptante ó por el librador (5). Estas subrogaciones tienen todas su raíz en el uso general y en la práctica anterior á la nueva legislación comercial. De la primera regla hemos dicho ya lo bastante, poniendo de relieve, principalmente, que constituye una derogación del principio de que el extraño que paga la deuda ajena sin estar obligado á ello, no puede pretender subrogación.

(1) Arts. 1589, 1590, Cód. civ. it.; 1733, 1731, Cód. Nap.

(2) Véase Demolombe, 596 y sig.; Laurent, XVIII, 103, 104.

(3) Art. 438, Cód. com.

(4) Véase el núm. 262.

(5) Arts. 300, 301, 302, 319, 320 y sig., Cód. com.

Hemos dicho sus razones é importancia y serían palabras perdidas si volviéramos sobre ello (1).

Sobre la segunda regla, baste considerar que no es otra cosa que una aplicación particular del principio más general consagrado en el art. 1253, núm. 3.º del Código civil, respecto á la subrogación del coobligado. No tiene de peculiar más que el término breve de la acción de regreso y el rigor cambiario de que va acompañada. Circunstancias sobre las que deben iluminarnos los escritores de materia cambiaria.

También el art. 676 del Código de Comercio, indica algunas especies de subrogación, cuando dispone que la persona subrogada en la prenda sobre la nave, puede hacer anotar la subrogación en el registro de la administración marítima y en el acta de nacionalidad de la nave.

## II

244. Por último, dos casos especialísimos de subrogación nos ofrece, como ya advertimos, la ley sobre la recaudación de los impuestos directos. Por el art. 71, el recaudador, que tuvo que anticipar el pago del impuesto debido por el contribuyente moroso, es subrogado en todos los privilegios fiscales para recobrar las sumas desembolsadas, siempre que ejercite la acción dentro de los dos años de la terminación del contrato de recaudación (2).

Y por el artículo 57, se concede igual subrogación en los privilegios fiscales al acreedor hipotecario que rescata el inmueble expropiado al contribuyente por deudas del impuesto. Por el rescate, dice la ley, el acreedor hipotecario entra por la suma desembolsada, en el privilegio del Estado sobre el inmueble. Será inútil advertir que estas subrogaciones en el crédito privilegiado no pueden confundirse con la subrogación de que habla el artículo 65 de la ley citada. La subrogación del art. 65 no se refiere más que á los actos ejecutivos, ya iniciados por un acreedor ordinario del contribuyente moroso (3).

---

(1) Véase el núm. 129.

(2) Art. 71, texto único, 29 de Junio de 1902, núm. 281, que ha elevado á un bienio la duración de estos privilegios, que anteriormente estaba limitada á un año solamente. Véase Bolonia, 19 de Julio de 1902 (*Temis*, 1902, 137).

(3) Texto único citado.

## § 3.

*Efectos de la subrogación (1).*

## I

245. REGLAS GENERALES.—Los efectos de la subrogación, sea convencional ó legal, se refieren en nuestro concepto á dos reglas fundamentales. Por la primera, salvo las excepciones propias de

(0) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español.—Efectos de la subrogación.*

a) *Principio general.*—La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos á el anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores ó poseedores de las hipotecas (*art. 1212 del Código civil español*).

b) *Subrogación en el pago parcial.*—El acreedor, á quien se hubiese hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar á virtud del pago parcial del mismo crédito (*art. 1213 idem*).

II. *Derecho hispano americano.—Efectos generales del pago con subrogación.*

*Argentina.*—a) *Principio general.*—La subrogación legal ó convencional tras-pasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y ex deudores como contra los fiadores (*artículo 805, párrafo 1.º del Código civil de la Argentina*).

b) *Limitaciones á este principio:* 1.ª, el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor; 2.ª, el efecto de la subrogación convencional puede ser limitado á ciertos derechos y acciones por el acreedor, ó por el deudor que los consiente; 3.ª, la subrogación legal, establecida en provecho de los que han pagado una deuda á la cual estaban obligados con las obras, no los autoriza á ejercer los derechos y las acciones del acreedor contra sus coobligados, sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado á contribuir para el pago de la deuda (*reglas 1.ª y 3.ª del artículo anteriormente citado*).

c) *Efectos de la subrogación en el pago parcial.*—Si el subrogado en lugar del acreedor hubiese hecho un pago parcial, y los bienes del deudor no alcanzase á pagar la parte restante del acreedor y la del subrogado, éstos concurrirán con igual derecho por la parte que se les debiere (*art. 806 idem*).

*Bolivia.*—Establece este Código en uno solo de sus artículos todos los efectos generales de la subrogación tanto legal como convencional. En virtud de este precepto, la subrogación tiene lugar tanto contra los deudores, como contra los fiadores y no puede perjudicar al acreedor cuando no se le ha pagado sino en parte, en cuyo caso puede ejercer sus derechos, con preferencia al que le ha hecho el pago parcial (*artículo 843 del Código civil de Bolivia*).

*Chile, Colombia y Ecuador.*—a) *Efectos generales del pago con subrogación.*—La subrogación, tanto legal como convencional, tras-pasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas é hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera tercero obligados solidaria ó subsidiariamente á la deuda. Si el acreedor ha sido sólomente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente á lo que se le reste debiendo, con preferencia al que solo ha pagado una parte del crédito (*art. 1612 de Chile, 1670 de Colombia y 1602 del Ecuador*).

b) *Efectos de la pluralidad de créditos.*—Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cualesquiera

la subrogación meramente hipotecaria, pasan del subrogante al subrogado todos los derechos relativos al crédito, no sólo los accesorios, sino también los principales; y no sólo con relación al deudor, sino también contra terceros. Por la segunda, esta transmisión se realiza hasta el límite de la suma á que asciende el crédito propio del subrogado el cual no puede valerse de los derechos del subrogante más que para recobrar su crédito: aquel crédito que nació del pago ó de la evicción.

que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos ó subrogaciones (*arls. 1613, 1671 y 1603 respectivamente de los citados Códigos*).

*Guatemala.*—a) *Efectos de la subrogación con respecto al acreedor.*—Cuando la novación es de un nuevo acreedor se transmiten á favor de éste todos los gravámenes é hipotecas que se contenía en la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior (*art. 2344 del Código civil de Guatemala*).

b) *Efectos de la subrogación personal de deudores.*—Si un nuevo deudor se sustituye quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior, á menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva; pero no valdrá ésta cuando las cosas empeñadas ó hipotecadas pertenecen á terceros que no acceden expresamente á la segunda obligación (*art. 2345 del Código referido, sustituido por el 344 del Decreto de reformas*).

*Honduras.*—Las mismas disposiciones que el Código civil español se incluyen en el de Honduras, tanto por lo que respecta á la transferencia efecto de la subrogación, ya por cuanto se refiere á la limitación del pago parcial (*arts. 1319 y 1320 del Código civil de Honduras*).

Análogos preceptos contiene el *art. 791 del Código civil de Costa Rica*.

*Méjico.*—a) *Principio general.*—El subrogado puede ejercitar todos los derechos que competen al acreedor, tanto contra el deudor como contra sus fiadores (*art. 1598 del Código civil de Méjico*).

b) *Pago parcial.*—El acreedor que solamente hubiese sido pagado en parte, podrá ejercitar sus derechos con preferencia al subrogado, por el resto de su deuda (*art. 1594 idem*).

c) *Limitaciones al principio general:* 1.<sup>o</sup>, de la preferencia anterior disfrutarán únicamente los acreedores originarios ó sus cesionarios, sin que pueda pretenderla cualquiera otro subrogado; 2.<sup>o</sup>, no habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible; 3.<sup>o</sup>, el pago de los subrogados, en diversas porciones del mismo crédito, no bastando éste para cubrir las todas, se hará según la prioridad de la subrogación (*arts. 1595, 1596 y 1597 del Código mejicano*).

*Perú.*—Como nuestro Código civil y como en el de Guatemala, los efectos de la subrogación se contienen en el peruano, en el título de la novación. En mérito de la brevedad nos referiremos á lo ya expuesto en el Código guatemalteco (*arts. 2234, 2270 y 2271 del Código civil del Perú*).

*Salvador (El).*—a) *Principios generales:* 1.<sup>o</sup>, la subrogación condicional está sujeta á las reglas de la cesión de derechos; 2.<sup>o</sup>, en la subrogación legal, por el hecho del pago, se traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del antiguo, ya sean contra el deudor principal, ya contra terceros obligados solidaria ó subsidiariamente á la deuda; 3.<sup>o</sup>, si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente á lo que se le reste, debiendo, con preferencia, al que sólo ha pagado una parte del crédito (*arts. 1499 y 1500 del Código de El Salvador*).

b) *Excepciones.*—No obstante lo dispuesto anteriormente, para que las hipotecas que garantizan la deuda se traspasen al nuevo acreedor, no basta el sólo hecho del

a) *El subrogado ejercita todos los derechos del subrogante.*—La primera regla no olreece, puede decirse, ninguna dificultad. Se dudó un tiempo si el derecho que del subrogante se transmitía por convenio ú *ope legis* al subrogado, era el mismo derecho ó más bien *non ipsum ius primi creditoris*, tomamos las palabras de Molineo (1), *saltem ius simile et æque potens*. Pero las dudas acabaron: habló el legislador, y en las disposiciones combinadas de los artículos 1251, 1252 núm. 1.º y 1254 del Código civil, quedó aclarada nuestra regla. Por lo demás, también en virtud de su significado gramatical, la palabra *subrogar*, poner a uno en el lugar de otro, bastaba para hacer comprender que se trata de transferir al subrogado todo aquello que era del subrogante. Por efecto, pues, de la subrogación sea legal sea convencional (2), el subrogado, salvo las excepciones de que hablaremos dentro de poco, entra en el ejercicio de los derechos y de las acciones del acreedor subrogante, no sólo contra los obligados en cualquier modo en la misma deuda, sino también contra los

---

pago, sino que, además, debe hacerse constar el traspaso en el Registro de hipotecas en virtud de mandamiento judicial. Este mandamiento se librará á solicitud del nuevo acreedor, por el Juez ó Tribunal que intervino en el pago que motiva la subrogación; pero si ese pago se hubiese hecho privadamente y el traspaso de las hipotecas que garantizan la deuda no se hizo con las formalidades ordinarias, el nuevo acreedor pedirá el mandamiento ante el Tribunal que corresponde, quien, previa audiencia por veinticuatro horas al acreedor primitivo, y justificada la subrogación legal, accederá á la solicitud (*art. 1501 del Código citado*).

*Uruguay.*—a) *Efectos generales de la subrogación.*—La subrogación, tanto convencional como legal, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, así contra el deudor principal y codeudores como contra los fiadores (*art. 1447, párrafo 1.º del Código civil de la república Oriental del Uruguay*).

b) *Modificaciones de este principio:* 1.º, el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta concurrencia de la suma que haya realmente desembolsado para la liberación del deudor; 2.º, el efecto de la subrogación *convencional* puede ser limitado á ciertos derechos y acciones por el acreedor ó por el deudor que la hace; 3.º, la subrogación *legal*, establecida en provecho de los que han pagado una deuda á la cual estaban obligados con otros, no los autoriza á ejercer los derechos y acciones del acreedor contra los obligados, sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de estos últimos era obligado á contribuir para el pago de la deuda; 4.º, si el crédito tiene privilegio ú otra garantía particular, y el acreedor ha sido pagado sólo en parte, podrá ejercer sus derechos por el resto con preferencia al subrogado que hizo el pago parcial del crédito (*párrafo 1.º á 3.º del art. 1447 y 1448 del Código citado*).

*Venezuela.*—En uno solo de sus artículos, lacónicamente expresa que la subrogación, tiene lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores, y que el acreedor que sólo ha sido pagado en parte y el que le ha hecho el pago parcial, concurren juntos para hacer valer sus derechos, en proporción de lo que les es debido (*art. 1227 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) Molineus, *De usuris*, 276.

(2) Aubry et Rau, § 321, nota 73; Massé et Vergé, § 663, nota 21: Laurent, XVIII, 115.

terceros (1), al efecto de recuperar el crédito propio. Esto lo mismo en las acciones personales contra los codeudores, obligados principalmente en todo ó en parte ó subsidiariamente, como los fiadores, que contra los terceros poseedores, ó sea generalmente contra aquellos que están obligados en razón de la cosa poseída.

Por lo que respecta á los coobligados y á los fiadores, la regla no requiere aclaraciones, y basta mirar el principio del artículo 1251 (1252 del Código Napoleón) para poner fin á las divergencias de la jurisprudencia antigua.

Respecto á los terceros poseedores, los artículos 2011 y 2012 de nuestro Código dan el último golpe á la equivocada doctrina que no permitiría la subrogación en su daño; es inútil repetir cosas ya dichas, y recordar que en homenaje á la publicidad de los derechos reales, el ejercicio de esta subrogación está atenuado por la inscripción, y sólo se verifica en favor del subrogado que pueda alegar anterioridad de inscripción hipotecaria ó de transcripción.

Quede esto dicho respecto á las personas contra las que se ejercita la subrogación. Acerca del objeto de la misma, no se insiste nunca bastante en recordar que la acción derivada de la subrogación se entiende, por regla general, en sentido latísimo: no sólo comprende, salvo las excepciones especiales de que hablaremos más adelante, los derechos contra los terceros poseedores, según el artículo 2013 y siguientes del Código civil, sino todos aquellos derechos que el subrogante tenía también en razón del crédito contra los terceros no obligados personalmente ni realmente al pago. Por esto, dejando á parte algunos pocos disidentes, ha podido acreditarse la doctrina de que el subrogado ejercita las acciones de responsabilidad civil que el subrogante tenía con respecto á terceros, así como las acciones de resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales (2).

246. A veces pueden resultar dudas cuando se trata de dere-

(1) Locré. *Leg.* XII, pág. 279, núm. 44; Aubry et Rau, § 321, nota 74; Mourlon, *ob. cit.*, págs. 37 y 167; Gauthier, núm. 107; Larombière, 1251, 13; Troplong, *Cautionnement*, 372; Demolombe, IV, 636; Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, nota 21; Laurent, XLII, 109, 110. Así también enseñaban los antiguos: Zanchi, *ob. cit.*, exercit. 2, § 1, núms. 63 y sigs.: «Subingressu autem supposito illius effectus est, ut is qui in luribus alterius subingressus est, acquirat anterioritatem hypothecae, et praelationem creditori dimisso competentem, tam pro sorte, quam pro fructibus..... nec non etiam alia quaecumque iura acquirat quae creditor ipse dimissus experiri la omnibus et per omnia poterat». Véase también Pajifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV.<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 124; Cas. Turin, 27 de Marzo de 1883 (*Legge*, 1883, 2, 809).

(2) Mourlon, *ob. cit.*, págs. 37 y 167; Gauthier, *ob. cit.*, 10; Larombière, 1251, 13; Aubry et Rau, § 321, nota 75; Demolombe, IV, 640, 641; Laurent, XVII, 111 y sigs.; contra, con respecto á la acción en resolución: Massé et Vergé sur Zachariae, § 563, 21.

chos no cedibles, bien por la naturaleza de la prestación, bien por prohibición legal. Verdaderamente los escritores sólo examinan la duda con relación á la cesión de los créditos del menor en favor del tutor; y, no obstante el disentimiento de Toullier (1) y de Durantón (2), se ha resuelto, siguiendo las huellas de Pothier, en el sentido de que la prohibición de la cesión no es obstáculo á la subrogación, cuando el tutor pague con su dinero una deuda del menor y se haga subrogar por el acreedor en sus derechos (3). Y rectamente, á nuestro parecer: así que, generalizando, adoptaremos la misma resolución para todos los derechos no cedibles por prohibición de la ley, ya que el caso es análogo y es torzoso resolverlo con la misma norma. En efecto, las razones que impulsaron á la ley á prohibir la cesión, no existen con respecto del pago con subrogación que no es nunca un acto de especulación.

Por cuanto se refiere á los derechos no cedibles por naturaleza de la prestación, la disputa es quizás ociosa, porque no puede concebirse su ejercicio por parte de los terceros.

247 Es inútil añadir que el subrogado puede renunciar ó ceder á los terceros los derechos y las acciones conseguidas, del mismo modo que habría podido renunciar á ellos ó cederlas al subrogante (4).

248. Por lo demás, la subrogación, siempre que despliegue su eficacia contra los terceros, no puede agravar la condición de éstos. Este es un colorario de evidente justicia que no requiere demostración y cuya importancia se ve en la subrogación concedida por el deudor al mutuante, según el núm. 2.º del art. 1252. Supuestas las condiciones del mutuo más gravosas que las del crédito extinguido, el mutuante no podrá servirse del antiguo crédito en que es subrogado, sino respetando sus condiciones más benignas. No podrá, por ejemplo, repetir intereses más elevados ni valerse de procedimientos excepcionales, que, si bien de acuerdo con la índole del mutuo, no sean compatibles con la naturaleza del crédito extinguido (5).

(1) *Ob. cit.*, II, 1232.

(2) *Ob. cit.*, II, 602.

(3) Pothier, *Introd. au titre XX de la Coutume d'Orléans*, § III, núm. 20; Mourlon, *ob. cit.*, págs. 29-31; Demolombe, IV, 332.

(4) Laurent, XVIII, 130 y sigs. Véase también Mourlon, *ob. cit.*, págs. 65 y sigs.; Colmet de Santerre, V, 197 bis, VIII; Dalloz, *Rép. Obl.*, 1938; Demolombe, IV, 643; Cas., 3 de Julio de 1887 (*Devilleneuve*, ecc., 1838, I, 206).

(5) Demolombe, IV, 440.

## II

249. *b) El subrogado sólo puede recobrar su crédito* —Esta regla lleva consigo mayores dificultades, porque muy á menudo queda olvidada ó no se entiende en la forma debida.

Teóricamente nadie pone en duda que el subrogado no puede hacer uso de los derechos del subrogante más que para reembolsarse el crédito propio; y de manera que cuando el crédito del subrogado llegue á ser en la especialidad del hecho menor que el del subrogante, no puede el primero hacer uso de las acciones adquiridas por la subrogación más que hasta el límite de la menor suma representada por su crédito propio (1) Pero los escritores al llegar á las aplicaciones especiales olvidanse de la regla. Ahora bien, importa mucho á la recta aplicación de los principios comprender bien el sentido de esta regla y considerarla en todas sus consecuencias jurídicas.

250. Debemos, pues, investigar cuál es el crédito del subrogado en los diferentes casos de subrogación convencional ó legal examinados por nosotros. Pero sin necesidad de perdernos en análisis minuciosos, basta distinguir las subrogaciones en que, por el hecho del pago ó de la evicción, nace en favor del subrogado un crédito para el reembolso íntegro de cuanto pagó ó se vió obligado á perder, y las subrogaciones en que no puede surgir derecho más que al reembolso parcial. Pertenecen á esta última categoría todos los pagos con subrogación hechos por el obligado que esté tenido junto con otros, y deba, por ello, soportar una parte de la deuda; puesto que evidentemente no puede pretender el reembolso más que deduciendo la parte que le corresponde pagar.

En los casos de la primera categoría, el subrogado repite íntegramente la suma desembolsada; pero si por remisión parcial del acreedor ó por otra razón ha extinguido el crédito, desembolsando una suma menor á la que ascendía éste, no podrá pretender más que el reembolso de la menor suma desembolsada. Igualmente si el crédito extinguido producía interés en sentido comercial, el subrogado, salvo el caso de pago de títulos de cambio ó de pactos especiales, sólo podrá exigir el interés civil (2). Y

(1) Aubry et Rau, § 321, nota 77.

(2) Larombière, 1250, 83; Delvincourt, II, pág. 773; Toullier, IV, 137; Duvergier sur Toullier, *loc. cit.*, nota a; Vente, II, 234; Mourlon, *ob. cit.*, págs. 26 y 27; Demolombe, IV, 334; contra Duranton, XII, 138; Gauthier, *ob. cit.*, 59 y 180.



recordamos otra vez la diferencia notabilísima entre la subrogación y la cesión; la cual confiere el derecho al reintegro total del crédito cedido en capital y accesorios (1).

Vean, pues, los Notarios y las partes contratantes cuánto estudio se necesita de la exactitud de las palabras para no confundir la cesión con la subrogación; y cómo la prudencia exige la mayor claridad y precisión para poner de manifiesto la verdadera intención de los contratantes y la índole jurídica del acto (2).

En los casos de la segunda categoría las consecuencias de nuestra regla son más sensibles. Cuando el subrogado sea un codeudor tenido por una parte de la deuda, no podrá ejercitar regreso contra los coobligados, mas que deducida su parte. En efecto, el crédito que del pago por entero nace á su favor no supera lo que ha desembolsado fuera de su parte. Y hasta aquí estamos todos de acuerdo (3).

251. La disputa nace al averiguar si, siendo varios los coobligados, puede él, deducida su parte, obrar por todo el resto contra cada uno de aquéllos, ó más bien debe dividir el regreso en proporción á la cuota de cada uno. Esta disputa está para algunos casos decidida por la ley.

Está decidida:

entre varios coherederos (4);

entre varios codeudores solidarios (5);

entre varios fiadores (6).

La naturaleza del recurso de un coheredero, que por efecto de la acción hipotecaria pagó la totalidad de la deuda hereditaria, fué examinada ya por nosotros (7), indicando de pasada que el coheredero no podía ejercitar más que un recurso dividido, aun contra los otros coherederos poseedores de inmuebles hipotecados. Es difícil, por otra parte, á primera vista, encontrar la razón por la que el legislador restringe á tan parca medida la subrogación en los derechos del coheredero contra el coheredero. No ciertamente el pretendido círculo vicioso: es decir, el peligro de que el coheredero, pagando en vía de regreso la parte de los coherederos aún no molestados, se revolviese á su vez contra uno

(1) Trani, 1º de Marzo de 1900 (*Annali*, 1900, I, 2, 1131).

(2) Véase Demolombe, IV, 365; Duranton, XVIII, 228.

(3) Aubry et Rau, § 321, notas 78 y 23; Merlin, *Quest. Subrogat. de personnes*, § 1; Duranton, XII, 122; Mourlon, *ob. cit.*, págs. 13 y 16; Marcadé, 1250, III; Colmet de Sauter, V, 189 bis, VIII; Demolombe, IV, 328; Laurent, XVIII, 16.

(4) Arts. 1030, Cód. civ. it.; 875, Cód. Nap.

(5) Arts. 1199, Cód. civ. it.; 1214, Cód. Nap.

(6) Arts. 1920, Cód. civ. it.; 2033 Cód. Nap.

(7) Véase el vol. VI, núm. 421.

de éstos, sin excluir al que ya pagó, para conseguir todo lo que excede de su parte propia (1). No aceptamos esta razón, no sólo porque la subrogación no puede, por regla, volverse en daño del subrogante (2), sino porque, dado tal derecho, es claro que surgiría muy pronto la excepción para rechazar la demanda y la subrogación, fuera de la cuota no personal del coheredero demandado, resultaría imposible.

Tampoco nos parece suficiente el vínculo social y de mutua garantía que enlaza á los coherederos. Todo bellas razones que reunidas no valen tanto como pesa la consideración de que la subrogación, cuando atribuye al subrogado todos los derechos del subrogante, no permite su ejercicio más que hasta donde alcance el crédito del subrogado. ¿Cuál es, en efecto, el crédito del heredero que pagó la totalidad contra los otros coherederos poseedores de inmuebles hipotecados? Toda deuda entre varios coobligados se divide por justicia natural en proporción á la cuota; toda deuda, pues, de cada coheredero en razón de regreso, debe dividirse en proporción á la cuota hereditaria; y la subrogación en los derechos del acreedor no puede ser eficaz fuera del recobro de este crédito. Cada uno por la parte suya.

Para completar lo que respecta á los coherederos es preciso apenas recordar que nuestro art. 1030, á diferencia del art. 875 del Código francés, pone al heredero beneficiado en igual condición que los otros herederos (3).

252. La condición de los codeudores solidarios es bajo este respecto igual á los coherederos. Aun cuando desde los tiempos de los primeros comentadores se disputase si un *correo debendi* podía con la subrogación, ó, como entonces se decía, con la cesión en los derechos del acreedor pagado, repetir la totalidad, deducida su parte, de uno sólo entre los otros correos, acabó por prevalecer la negativa.

Se debió al conocido argumento expresado por Bartolo, que deseaba impedir el círculo vicioso de los regresos (4); y si bien, por lo ya dicho, esta razón no fuese ni la más válida ni la más persuasiva, el regreso *pro parte* fué universalmente aceptado por los prácticos del derecho común (5); por Pothier, por Renu-

(1) Pothier, *Obl.*, 281; Locré, *Legisl. civile, etc.*, XII, págs. 355 y 356.

(2) Toullier, IV, 162, y Duvergier sur Toullier, *lug. cit.*, nota a.

(3) Véase el vol. IV, *lug. cit.*

(4) Bartolus, *In leg. 76, D. de solutionibus*, núm. 9: «Diceret iste Secundus conventus: Cedas mihi actiones in solidum contra alios. Et sic necesse haberet cedere contra se ipsum; et sic petere pro parte sua, quod redditurus esset».

(5) Zanchi, *ob. cit.* Exercit. 2, § IX, núm. 48; Olea, *De cessione, etc.*, tit. IV, quaes. 1, núm. 7.

son, y por la antigua jurisprudencia francesa (1). No es, pues, maravilla que fuera después sancionado por los artículos citados del Código Napoleón y del Código italiano.

Pero la verdadera razón es la que hemos dicho con relación al coheredero; la indicamos también al hablar de la solidaridad, y la repetimos ahora (2). El correo, al pagar la totalidad, entra en los derechos del acreedor pagado, pero entra en ellos al solo objeto de rescatar lo que le es debido. Ahora bien, su crédito con respecto á cada correo no es la totalidad del residuo, sino la porción; porque después del pago del acreedor ha terminado la solidaridad, y la justicia y la ley dividen la obligación entre los correos. Por lo demás, la dividen *pro virili*, si la obligación no mira exclusivamente á uno sólo de los deudores *insolidum* (3); en cuyo caso no hay regreso alguno, si quien pagó era el solo interesado, ó hay recurso por la totalidad contra el solo interesado, si ocurre lo contrario. Pero esto demuestra una vez más cuán verdadero es que los derechos del acreedor pagado no son por sí solos suficientes para determinar la extensión del recurso.

Si la subrogación legal es ineficaz, tampoco resultará válida, al efecto, la subrogación convencional, por la conocida razón de que por esta no puede conseguirse más de lo que puede alcanzarse por la subrogación legal (4).

¿Pero será, al menos, lícito al correo el hacerse cesionario del crédito y obrar como á tal, por la totalidad, contra este ó aquel coobligado? Otra vez manifestamos la opinión afirmativa, siempre que la cesión no fuese simulada, ni fraudulenta, en daño de los codeudores (5); pero aunque tal opinión está corroborada por la autoridad de Rodière y de Larombière (6), es recientemente combatida por Demolombe, que apoyándose en la opinión de Mourlon, é invocando el aforismo *nemo emere videtur, quod ipse debet*, ve en aquella facultad un modo de eludir la ley, ocultando una subrogación convencional, no consentida por los principios de derecho (7).

(1) Véanse citados por Troplong, *Cautionnement*, 434.

(2) Véase el vol. I, núm. 202.

(3) Arts. 1201, Cód. civ. it.; 1216, Cód. Nap. Véase vol. I, 195 y 201.

(4) Pothier, *Obl.*, 281; Renusson, *ob. cit.*, cap. XIII; Devincourt, II, 504 y los otros autores indicados en la nota 1.<sup>a</sup> del citado lugar en el primer vol. Además Demolombe, IV, 610; Duvergier sur Toullier, contra la opinión de Toullier, IV, 193, nota 1; Duranton, XI, 243 844; y XII, 16; Colmet de Santerre, V, 148 bls. I y II; Mourlon, pág. 47; Aubry et Rau, § 221, nota 82; Laurent, XVIII, 115; Lacantinerie, *ob. cit.*, XIII, 1558.

(5) Véase nuestro vol. I, núm. 202.

(6) Rodière, *Solidarité, indivisibilité*, 134; Larombière, 1251, 48.

(7) Mourlon, *ob. cit.*, pág. 47; Demolombe, IV, 612; el cual cita también á Duvergier sur Toullier, IV, 162, nota a.

Respondemos á Demolombe que, precisamente para evitar este peligro, hemos dicho cesión no simulada, ni fraudulenta. El modo de reconocer si la cesión es sincera consistirá en mirar la época en que se estipuló: si antes del vencimiento, será casi imposible no tenerla por verídica: donde casi siempre deberá estimarse fraudulenta ó hecha para disfrazar un pago con subrogación será si es posterior al vencimiento.

253. El legislador ha querido también regular el caso de varios fiadores. Es plenamente racional que no teniendo el fiador ninguna parte en la deuda, ejercite el regreso por la totalidad contra el deudor principal. Lo ejercita en el derecho moderno, como lo ejercitaba antiguamente, y á tal efecto se vale de la subrogación en los derechos del acreedor (1). No basta: si el fiador presta garantía por todos los deudores solidarios, goza el recurso contra cada uno para repetir la totalidad (2). ¿Qué regla más justa en efecto?, no hay peligro de círculos viciosos ni de contra regresos: no hay vínculos de sociedad ni de garantía mutua que puedan restringir el derecho del fiador, que habiendo garantizado á todos los codeudores, tiene derecho á ser pagado íntegramente por uno ú otro de ellos, como si le hubiera garantizado á él solo.

Pero surge grave duda sobre si corresponde al fiador el mismo regreso por la totalidad contra cada uno de los deudores solidarios, cuando en lugar de garantizarlos á todos haya prestado fianza por uno solo. El Código no pone ninguna regla particular sobre el asunto; y la mayor parte de los escritores, así como la jurisprudencia, opinan que el fiador no tiene el regreso total más que contra el deudor por quien prestó la garantía; volviéndose contra los otros no puede, según la opinión común, repetir más de la porción que está á cargo de cada uno de ellos, aun cuando se sirva para tal efecto del subingresso en los derechos del acreedor. Las razones de esta escuela son, además de la opinión de Pothier, el texto de la ley, que en el artículo citado, hablando del fiador que ha garantizado á *todos* los deudores solidarios, excluye del beneficio de su disposición al fiador que no los ha garantizado á *todos*: *inclusio unius, exclusio alterius*. Además del texto de la ley, los secuaces de esta opinión alegan la falta de relación jurídica entre el fiador y aquellos deudores por los que no prestó garantía; de lo que infieren que no puede pedirles más de lo que puede pedir el deudor garantizado por él; y como el deudor no puede ciertamente repetir de cada correo más que su parte, así

(1) Zanchi, *ob. cit.*, exercit 2, § IX, núms. 49 y sigs.; arts. 1916, Cód. civ. it.; 209, Cód. Nap.

(2) Arts. 1917, Cód. civ. it.; 2030, Cód. Nap.

el fiador debe contentarse con dividir el regreso (1). Para atenuar la dura consecuencia de esta doctrina, algunos de sus partidarios conceden al fiador el derecho de obtener el regreso por la totalidad, mediante la subrogación convencional. Atenuación inaceptable, porque viene á tierra frente á la regla inconcusa de que la subrogación convencional no puede conferir derechos mayores que la legal.

Tal es la doctrina que prevalece. Pero desde hace algún tiempo intenta abrirse camino una nueva escuela que defiende el derecho del fiador a servirse del subingreso por la totalidad contra cualquier deudor, aun cuando haya garantizado á uno solo de ellos (2). Hace notar, no sin razón, Demolombe, que es falso el argumento de que el fiador no puede usar mayores derechos que los del deudor, garantizado por él. Todo lo contrario: el fiador está subrogado en los derechos del *acreedor*, no en los del *deudor* garantido; y con los derechos del acreedor es con los que puede indudablemente repetir la totalidad (3). Queda, por otra parte, el argumento deducido de la letra, que habla únicamente del *fiador que ha dado garantía por todos*; y contra dicho argumento, á decir verdad, se embotan todas las armas, de modo que no puede vencerse sin estimar que en el art. 1917 (2030 Código Napoleón) el legislador ha hablado de manera simplemente demostrativa, dando un concepto aparentemente más restringido que el que estaba en su intención.

En tanto conflicto de opiniones y de argumentos, es muy difícil tomar un partido; pero si debiéramos elegir, nos sentiríamos inclinados á seguir la doctrina dominante. Porque todas las razones contrarias sirven más bien para probar que el legislador hubiera hecho mejor poniendo al fiador de un solo correo en igual condición que el que los ha garantizado á todos; pero no sirven para cambiar el sentido literal del art. 1917, el cual habla solamente del fiador que ha garantizado á todos; y nos parece muy atrevido suponer una falta de precisión tan grande en el lenguaje legislativo que permita igualar el caso omitido, con el que se ha tenido únicamente en cuenta.

254. Por último, si en lugar de examinar al fiador con respecto á los deudores principales, lo consideramos con relación al cofiador, volvemos entonces á la enumeración de los casos regidos

(1) Duranton, XVIII, 355; Troplong, *Cautionnement*, 379; Ponsot, 261; Toullier, XIII, 34; Pont. II, 278; Aubry et Rau, § 427, nota 3; Massé et Vergé sur Zacharie, § 761, nota 8; Mourlon, *ob. cit.*, págs. 108 y sigs. y las muchas decisiones citadas por Demolombe, IV, 613.

(2) Larombière, 1251. 50; Marcadé, 1250, IV; Demolombe, IV, 614.

(3) Demolombe, IV, 614.

expresamente por el dictado legislativo. El art. 1920 (2033 Código Napoleón), aplica á los cofiadores la misma norma que el artículo 1199 dicta para los codeudores solidarios; es decir, el cofiador, aun cuando subrogado en los derechos del acreedor, no tiene regreso contra los otros cofiadores más que por su parte. Era esta también la antigua doctrina (1), que puede aplicarse pensando que el fiador tiene ciertamente derecho á ser reembolsado de la totalidad por el deudor, pero este crédito se divide con relación á los cofiadores, porque la justicia no consiente otra cosa. Todos iguales en la condición jurídica; todos tenidos *pro virili* uno frente á otro. Ahora bien: la subrogación, volvemos á repetirlo, no hace nunca mayor el crédito de quien se vale de los derechos del acreedor para recobrar lo que le corresponde. El ejercicio del derecho y de las acciones es el del subrogante, pero la medida del crédito se deduce *ex iure proprio* del subrogado.

255. Hasta aquí la ley. Queda por ver si debe aplicarse la misma norma á los casos omitidos, los cuales, principalmente, se reducen al regreso,

del codeudor en la obligación indivisible,

del tercer poseedor con respecto á otros terceros poseedores,

del fiador con respecto al tercer poseedor ó viceversa.

Por cuanto se refiere al codeudor que pagó la totalidad por efecto de la indivisibilidad de la obligación, no encontramos ninguna razón por la que se librase de la obligación de dividir, no obstante la subrogación legal, sus acciones de regreso en proporción á las cuotas correspondientes á los codeudores. En efecto: el vínculo de la solidaridad es ciertamente mucho más eficaz que el de la indivisibilidad, el cual sólo depende de circunstancias accidentales, esto es, de la naturaleza del objeto (2). Por lo tanto, si no es dado al codeudor solidario ejercitar el regreso por entero, deducida su parte, mucho menos puede concederse al deudor de la obligación indivisible.

256. Bastante más grave es la cuestión que se refiere á los terceros poseedores. La mayor parte de los escritores, partiendo de

(1) Zanchi, *ob. cit.*, exercit. 2, § IX, núms. 48 y sigs.: «Quod si forte correus debendi fuerit, qui sub eadem formula se revelandi, vel alia simili cessionem translativam importante persolverit, subingressum pro rata alterius correi debendi tantum habebit». Olea, *De cessione*, tit. 4, quaest. 1, núm. 7: «.....Fideiussor autem pro toto, quod solvit, crédito, requisitis currentibus subingreditur..... excepto confideiussore totum solvente, nam adversus alterum confideiussorem, solum pro virili cessio proderit». Cancr, *Var. resolut.*, part. 2, cap. 5, núm. 32; Rota, decís. 190, núm. I, coram Ludovis, et in déc. 320, núms. 1 y 2, part. 17 recent.

(2) Véase el vol. I, 233 y sigs.

una respuesta de Papiniano, según el cual el tercer poseedor que había pagado un crédito del fisco, podía obtener la cesión de las acciones para llamar á contribución á los otros terceros poseedores hasta el límite del valor de los bienes poseídos (1), admite el recurso dividido, *ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant* (2).

Sólo se revelan Gauthier y Demolombe, los cuales piensan que la regla general del regreso con subrogación debe ser, fuera de los tres casos mencionados explícitamente por el legislador, la del regreso por entero, deducida únicamente la propia cuota de deudas, contra cada uno de los coobligados (3).

Nosotros estamos, en cambio, por la opinión más acreditada. No puede decirse que el subrogado usa de las mismas acciones del acreedor subrogante para sacar en conclusión que puede obrar por la totalidad contra cada uno de los coobligados, en la forma que hubiera podido obrar el acreedor. No se trata de la acción para recobrar el crédito, sino que se trata del crédito, ya que la subrogación no confiere al subrogado el crédito del subrogante, sino las acciones y los derechos para recobrar el crédito que presupone en él. Ahora bien: ¿cuál es el crédito del tercer poseedor que pagó toda la deuda? Con respecto al deudor es la suma entera pagada por él, pero con relación á los otros terceros poseedores, no es más que la porción de cada uno dividida proporcionalmente al crédito. Toda razón de equidad y de justicia quiere que entre varios coobligados, aunque lo sean *realmente*, las partidas sean iguales, de donde el concurso recíproco de varios terceros poseedores, impide á cada uno alegar crédito por el desembolso total contra otro obligado igualmente.

Estas razones son tan evidentes y comprensibles que también Laurent, si bien *in iuris subtilitate* había encontrado mejor fundada la opinión de Gauthier, se resiste á plegarse á ella y exclama: *l'équité qui est le fondement de la subrogation légale, réclame contre une doctrine, qui blesse l'égalité; et l'égalité devrait*

(1) *L. 5, D. de censibus* (L, 15): «Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum iure conveniretur, adversus caeteros, quorum aequae praedia tenentur ei, qui conventus est, actiones a fisco praestantur; scilicet, ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant».

(2) Pothier, *Hypothèque*, cap. II, sect. 1, § 6; é *Introduct. au titre XX de la Cout. d'Orléans*, 42; Grenier, *Des hypothèques*, II, 497; Troplong, *Des hypothèques*, IV, 788 ter; Mourlon, *ob. cit.*, págs. 65 y sigs.; Aubry et Raut, 321, nota 83; Colmet de Santerre, V, 197 bis, VI, 1X; Larombière, 131, 28; Massé et Vergé sur Zachariae, § 761, nota 8; Paris, 29 de Diciembre de 1834; y 19 de Diciembre de 1835 (*Devilleeneuve*, 1836, 2, 159 y 163); Douai, 27 de Mayo de 1840 (*Devilleeneuve*, 1840, 2, 468); Angers, 10 de Marzo de 1841, *Devilleeneuve*, 1841, 2, 187).

(3) Demolombe, IV, 658; Gauthier, *ob. cit.*, 468.

*régner entre les détenteurs, comme elle régit entre les condébiteurs* (1).

Pero al mismo tiempo que por la consideración indicada rechazamos nosotros también la opinión de Gauthier y de Demolombe, estamos de acuerdo con este último escritor, cuando nos enseña que, admitido el recurso *pro parte*, todo tercer poseedor debe contribuir en proporción al valor del fundo poseído; salvo que encontrándose alguno que posea un fundo de valor superior á la deuda, deberá su concurso evaluarse sobre la base de la cuantía de la misma. En verdad, por el excedente de este valor, no está ciertamente interesado (2).

257. El último de los casos de subrogación por recurso entre varios coobligados, que no ha encontrado lugar en la ley, es el conflicto entre el fiador y el tercer poseedor. Tres diversas teorías se disputaron la victoria. La teoría de Troplong (3), según el cual el tercer poseedor que pagó podría siempre ejercitar el recurso por la totalidad, como subrogado en las acciones del acreedor contra el fiador; nunca éste contra el fiador. La teoría de Pothier (4), de Mourlon (5) y de Basnage (6), fundada en la distinción entre hipoteca anterior ó posterior á la fianza. Si anterior ó al menos contemporánea á la fianza, decide que no se puede negar al fiador el recurso contra el tercer poseedor, ya que ha podido en buen derecho hacer asignación sobre aquella garantía hipotecaria; si por el contrario, la hipoteca es posterior á la fianza, falta según tal teoría, la razón para preferir el fiador al tercer poseedor. Por último, la teoría de otros escritores que enseñan sin distinción que la subrogación legal á favor del tercer poseedor de un inmueble gravado con hipotecas por el deudor principal, no lo autoriza á obrar en regreso contra el fiador aunque la hipoteca haya sido inscrita después de la fianza; mientras por el contrario el fiador, pagando una deuda garantizada por hipoteca sobre los bienes del deudor principal, puede siempre ejercitar en nuestro concepto el regreso contra el tercer poseedor.

Pero la lid se ha decidido hace tiempo y esta tercera teoría, aceptada hoy casi universalmente, es la sola que merece crédito (7). En efecto, el art. 1828 del Código civil italiano (2037 del

(1) Laurent, XVIII, 1. 8.

(2) Véase Demolombe, *lug. cit.*; y Mourlon, *ob. cit.*, págs. 65 y sigs.; Colmet de Santerre, V, 197 bis, VIII, Laurent, *lug. cit.*, Venecia, 5 de Febrero de 1895 (*Sinossi*, Serie 2.<sup>a</sup>, fasc. 102, pág. 83).

(3) *Du cautionnement*, 429; y (*Des privilèges et hypothèques*, III, 800).

(4) *De oblig.*, 557.

(5) *Ob. cit.*, págs. 81 y sigs., y pág. 467.

(6) *Des hypothèques*, part. II, cap. IV, pág. 113.

(7) Gauthier, *ob. cit.*, 456; Colmet de Santerre, V, 197 bis, X; Aubry et Rau, § 321,



Código Napoleón), concede la liberación al fiador cuando por hecho del acreedor no puede tener efecto en su favor la subrogación en los derechos ó en las hipotecas del acreedor. Por nuestro Código, pues, se aseguran al fiador los efectos de la subrogación cuando el crédito esté garantizado con hipoteca; mientras no se encuentra disposición alguna que asegure por el contrario al tercer poseedor el beneficio de la subrogación contra el fiador. De manera que el acreedor no puede renunciar á la inscripción hipotecaria en daño del fiador, ni perjudicar el derecho de regreso, correspondiente á éste último, enajenando el fundo hipotecado, que también en las manos del tercero sirve de garantía al fiador para recobrar las sumas que haya de desembolsar. El pensamiento del legislador no podría ser más claro: ha estado tan lejos de querer conceder un recurso al tercer poseedor contra el fiador, que ha hecho una condición esencial para la validez de la fianza la permanencia de las garantías hipotecarias anexas al crédito, á fin de que el fiador pueda, en caso necesario, servirse de ellas.

Y no se considere que hay injusticia: porque si la cuestión podía aparecer dudosa cuando se conocían las hipotecas tácitas, no es así en el sistema de la publicidad; en que el tercer adquirente de un inmueble hipotecado puede recurrir al saneamiento, y no recurriendo á él debe imputar el daño á su propia negligencia, habiendo conocido todas las cargas hipotecarias que recaían sobre el fundo.

Debilísimos, por no decir más, son por otra parte los argumentos contrarios de Troplong. Es vano, en efecto, alegar la Novela IV de Justiniano (1), porque aun sin hablar de las dudas que levanta su interpretación y dado que establezca un orden de excusión en que los terceros poseedores toman puesto después de los fiadores, es cierto que este orden de excusión no está aceptado por el Código que nos rige, como no lo lué por el Código Napoleón. Y ningún apoyo puede buscarse en el art. 2170 de este último Código; no sólo porque la expresión de *principaux obligés* de quienes el tercer poseedor puede exigir la precedente excusión, no puede nunca alcanzar al fiador, sino además, porque aquella disposición no está repetida en el Código italiano.

No queremos añadir que el fiador, cuando se obligó, pudo se-

---

texto y nota, 84, 85; Demolombe, IV, 651; Laurent, XVIII, 123 y sigs.; no citamos á Larombière, 1251, 19, porque en la doctrina de este autor sobre el asunto, hay una indiscufrible confusión y oscuridad.

(1) «De fidelussoribus, et mandatoribus, et sponsoribus, et solutionibus». Cap. II: «Ut res apud alium constitutae non possint vindicari, prius quam personalis actio exerceatur».

ñalar la hipoteca, estuviese ó no aún el fundo en las manos del deudor: porque este argumento conduciría á aceptar la distinción propuesta por los defensores del segundo sistema entre hipotecas constituídas anteriormente é hipotecas posteriores. No: para nosotros, el argumento decisivo es el texto del art. 19-8. Concede éste al fiador el derecho de subingreso en las hipotecas, sin distinguir entre anteriores y posteriores; entre inmuebles enajenados ó todavía poseídos por el deudor.

258. Pero, ¿qué diremos si el tercer poseedor, en lugar de haber adquirido del deudor el fundo ya hipotecado, ha consentido voluntariamente la hipoteca sobre su fundo, sin obligarse personalmente? Exceptuando á Troplong, que según costumbre, toma el partido del tercer poseedor contra el fiador, la opinión más acreditada equipara al tercero á un fiador; concede al uno y al otro la subrogación; pero sólo *pro parte*. Existe alguna divergencia, por lo demás, al determinar esta parte; porque, según Ponsot (1), los profesores Aubry y Rau (2) y Mourlon (3), el reparto sería *pro virili* en todo caso, debiendo éstos considerarse como fiadores; según Demolombe (4), Colmet de Santerre (5) y Laurent (6), debería ser proporcional al valor del fundo hipotecado, de manera que el tercer poseedor concorra por mitad del valor de dicho fundo.

Es preciso deplorar mucho el silencio de la ley, pero estando á la equidad, el reparto proporcional al valor del fundo hipotecario nos parece lo más conveniente.

### III

259. EXCEPCIONES. — Ante todo, la primera de las dos reglas expuestas sufre algunas excepciones que es del caso determinar. Está permitido á las partes restringir por pacto explícito los efectos de la subrogación (7); y existe una restricción como consecuencia necesaria respecto de los derechos á que el subrogante había ya renunciado; por ejemplo, consintiendo la cancelación de

(1) *Du cautionnement*, 233.

(2) *Ob. cit.*, § 321, nota 86, 87.

(3) *Ob. cit.*, pág. 425.

(4) *Ob. cit.*, IV, 655.

(5) *Ob. cit.*, V, 197 bis, XI.

(6) *Ob. cit.*, XVIII, 126 al final que, por otra parte, es vacilante y desea un texto de ley que resuelva la dificultad.

(7) Aubry et Rau, § 821, texto núm. 4, letra b); Demolombe, IV, 646; Pacífici-Mazzoni, *ob. cit.*, (IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 124.

una hipoteca, la restitución de una prenda (1). Pero es oportuno recordar que la renuncia no puede hacerse nunca en fraude de los derechos reservados por los arts 2011 y 2022 al acreedor ó al tercer poseedor que ha sufrido evicción (2).

Por el contrario, no pueden las partes por medio de una subrogación convencional obtener efectos más ventajosos que los de la subrogación legal, siempre que dicha extensión resultase en perjuicio de tercero (3); pero pueden en nuestra opinión consentir consecuencias más gravosas, si no hay daño de tercero. Así, por ejemplo: podrían pactar también en el pago con subrogación de un crédito mercantil los intereses mercantiles en favor del subrogado, aunque el crédito que naciera en su favor por el pago fuera meramente civil. Es esta una máxima reconocida, si bien con alguna confusión, por todos los escritores.

260. Es también excepción á la regla enunciada la subrogación meramente hipotecaria, que limita sus efectos solamente á las hipotecas (4). Pero mientras esta observación conserva toda su importancia con respecto á subrogación regida por el art 2011, tiene muy poca para la que se deriva del art. 2022; porque el tercer poseedor puede acumular sus efectos á los de la subrogación por pago, fundada en el núm. 3.º del art. 1253.

261. Fuera de esto, la subrogación regida por el Código de Comercio, y principalmente la subrogación concedida á quien paga la letra de cambio ó el pagaré cambiario, quedan sujetas á las normas propias de las instituciones comerciales á que se refieren.

262. Y aquí terminaríamos nuestras observaciones si no sintiéramos la necesidad de afirmar una máxima importantísima, encaminada á completar la materia. Queremos hablar del concurso entre subrogante y subrogado en la hipótesis de pago parcial. Fué cánon sancionado por el Código Napoleón, que la subrogación no debe nunca perjudicar al acreedor pagado sólo en parte, que puede, según aquel Código, hacer valer sus derechos por el resto que se le debe, con preferencia al acreedor subrogado, del que sólo ha recibido un pago parcial. Era la aplicación del vulgar aforismo *nemo contra se subrogasse censetur*. Y si bien tal cánon estaba defendido por evidentes razones de equi-

(1) Laurent, XVIII, 114; Aubry et Rau, *lug. cit.*, nota 77.

(2) Véase el núm. 206.

(3) Pothier, *Obl.*, 281; Renusson, *ob. cit.*, cap. VIII; Delvincourt, II, pág. 504; Duranton, XI, 243 y 8:4; XII, 168; Mourlon, *ob. cit.*, pág. 47; Colmet de Santerre, V, 148 bis, I, II; Aubry et Rau, § 321, nota 82; Massé et Vergé sur Zachariae, § 761, nota 8.

(4) Véase Turín, 3 de Marzo de 1883 (*Legge*, 1884, 1, 711); y 7 de Julio de 1890 (*ivi*, 1890, 1, 470). Contra: Venecia, 22 de Julio de 1884 (*ivi*, 1884, 2, 524 y nota).

dad, por no parecer tolerable que un pago pudiera volverse en daño del acreedor que lo recibe, además de consideraciones de conveniencia que aconsejaban mejorar la suerte del subrogante para hacer más frecuentes los pagos con subrogación, sin embargo, no faltaban entre los mismos comentadores del Código Napoleón los adversarios del principio y de sus consecuencias (1). Partían de la indicación de los inconvenientes y las injusticias á que conducía siempre que el deudor fuera insolvente. Supongamos, decían, un acreedor hipotecario de 10.000 liras que recibe á cuenta de su crédito la suma de 5.000 liras, por la cual el que hizo el pago se encuentra subrogado en los derechos del acreedor. Ahora bien: el deudor queda expropiado, y resulta de la venta un precio de 5.000 liras, que debe distribuirse entre subrogante y subrogado. Según la disposición del citado art. 1252, estas 5.000 deberán ser todas entregadas al acreedor originario, que de tal manera se encontrará pagado por entero, mientras el subrogado no podrá obtener colocación útil. Habría sido en su lugar más conforme á la justicia dividir entre los dos la suma, proporcionalmente al crédito respectivo: es decir, 2.500 liras para cada uno. Así, la subrogación no causaría perjuicio á ninguno: ni al acreedor primitivo que, tomando 5.000 liras del subrogado y 2.500 del deudor, tendría en junto 7.500 liras, cuando sólo habría tenido 5.000 si no hubiese aceptado el pago parcial. Ni al subrogado que anticipó espontáneamente á su riesgo y peligro y no podría pretender más que ser puesto en la misma condición que el subrogante (2).

Añádase también que bajo el Código Napoleón, los escritores no aplicaban nunca la disposición de art. 1252, cuando el crédito era meramente privado: y se promovían graves controversias respecto á la índole y á las consecuencias jurídicas de la prelación concedida al subrogante.

Fuesen buenas ó malas estas razones, el legislador italiano se persuadió de la conveniencia de cambiar de sistema, y en el artículo 1254 sancionó una norma jurídica del todo contraria. En efecto, por este artículo, el acreedor, que se contentó con un pago parcial, y el subrogado que hizo este pago, concurren juntamente para hacer valer sus derechos en proporción á lo que se les queda á deber. Así la subrogación queda en tal respecto equiparada á la cesión.

Por lo demás, no creemos que la disposición sea de orden

---

(1) Colmet de Santerre, V, 197 bis, XIV.

(2) Véase et Rau, § 322, nota 89 y los citados.

público: y será lícito al subrogado renunciar á ella, aun en el acto del pago, reconociendo la prelación del subrogante (1).

---

(1) El Código civil alemán no tiene un título especial destinado á regular el pago con subrogación. Pero no faltan en él artículos esparcidos en títulos separados que reconocen el principio de la subrogación para quien paga voluntaria ó coactivamente las deudas ajenas. Entre los más notables están el art. 266 (subrogación por evicción); el art. 426 (subrogación del codeudor solidario); el art. 774 (subrogación del fiador); el artículo 1143 (subrogación del tercer poseedor); el art. 1223 (subrogación del tercero que empeña la cosa propia por una deuda ajena).

---

## TITULO II

### *De la oferta de pago y de la consignación.*

---

#### OBSERVACIONES GENERALES

263. Cuando el acreedor se niega á recibir el pago, el deudor puede obtener su liberación mediante oferta real y subsiguiente consignación de la cosa debida.

En esta disposición, el art. 1259 de nuestro Código no ha hecho más que sancionar un cánón elemental de justicia, reconocido por todos los escritores, sancionado por todas las ligislaciones. Basta, en efecto, un poco de buen sentido para comprender que el pago constituye no tanto una obligación como un derecho del deudor que, habiéndose encargado de un gravamen temporal, tiene buen derecho de querer librarse de la carga, cuando suena la hora del vencimiento. Basta bien poca erudición para saber que casi todos los Códigos antiguos y modernos ponen estudio diligente para determinar las formas del procedimiento de liberación coactiva.

Pero la observación analítica de los artículos que en el Código civil siguen al indicado, así como de los del Código de procedimiento destinados á servirles de complemento, confrontados con las diversas clases de obligaciones conocidas por la ciencia, no tardará en persuadirnos de dos cosas. La primera es que el procedimiento de la oferta real y del subsiguiente depósito, regido por la ley, no es una regla general para todas las obligaciones: se refiere, á su vez, sólo á las obligaciones pecuniarias y á las de género, si, concediendo mucho, puede extenderse también á estas. Para las obligaciones mobiliarias de cuerpo cierto y determinado, los arts. 1266 del Código civil y 912 del Código de procedimiento, dan normas del todo diferentes, ya que, por no indicar otra cosa, no requieren la oferta real. Para todas las otras especies de obligaciones de dar cosas inmuebles, de hacer ó de no hacer, los Códigos no establecen ninguna regla explícita.

264. La segunda observación limita aún más los confines del procedimiento de que vamos á hablar; y nos da á entender que éste no es necesario cuando el deudor, sin pretender su libera-

ción, se contenta con hacer incurrir *in mora accipiendi* al acreedor, ó evitar las consecuencias de la *mora solvendi*, diversas de la prestación del riesgo y peligro y del pago de los intereses. Porque las otras consecuencias de la *mora debendi*, por ejemplo, las caducidades, las penales, así como las condiciones preliminares de las acciones *empti, retractus, pignoratitia directa* de la *mora accipiendi*, verbi gracia la resolución ó la ejecución coactiva del contrato, pueden evitarse ó conseguirse mediante simples requerimientos y citaciones judiciales, acompañados de ofertas verbales. No es que la oferta real no sirva para conseguir tales efectos, sino que no es necesaria.

265. Establecidas tales consideraciones, conviene tomar brevemente en examen cada una de las diferentes figuras jurídicas en que puede encontrarse quien quiere librarse de una deuda, comenzando por aquellas para las que se ha dictado el procedimiento especial del Código. Á tal fin estudiaremos la oferta de pago:

en la deuda pecuniaria,

en la deuda de cosas muebles de cuerpo cierto y determinado, ó de género,

en la deuda de cosa inmueble,

en la deuda de hacer ó de no hacer.

Las dos primeras categorías de deudas quedan comprendidas en el procedimiento trazado por la ley: las otras se refieren en último término á las reglas generales.

## CAPÍTULO PRIMERO

DE LA OFERTA REAL Y DEL DEPÓSITO SEGUN LAS DISPOSICIONES PARTICULARES DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL

### § I.

*En las deudas pecuniarias.*

#### ARTÍCULO I.

*Forma del procedimiento (1).*

#### I

266. OFERTA REAL. *a.*—*Formalidades intrínsecas.*—La oferta

(1) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español.*—*Del ofrecimiento del pago y de la consignación.*

A) *Derecho histórico.*—*Forma de ofrecer el pago y de realizar la consignación.* Plazos é días ciertos ponen los omes entre sí a que prometen de dar ó de fazer algunas cosas vnos á otros. E por ende dezimos, que cada uno es tenuto de dar ó de fazer lo quel prometió al *plazo*, quel fué puesto para ello. E non se puede excusar que lo non faga, maguer el otro non gelo demande. Otrosí, dezimos, que si el debdor quisiese pagar el debdo al que lo deuisse resceuir é el otro non gelo quisiese tomar, deue, fazer afrenta ante omes buenos, *en logar é en tiempo guisado*, mostrando los

real, si interrogamos á la razón, debió nacer con la deuda pecu-

marauedís et diciendo de cómo quiere fazer la paga. E deue poner aquellos marauedís señalados (sellados) en fieldad de algund ome bueno ó en la Sacristanía de alguna Iglesia. é dende adelante es quito del deuo, é non ha el otro demanda ninguna contra él. E aun dezimos, que si los marauedís se perdiessen sin culpa del deudor, después que fuesen puestos en fieldad, assí como sobradicho, es que el daño pertenece al señor del deudo tan solamente: porque fué en culpa, que lo non quiso rescibir, quando gelo quiso pagar (*Ley 8.<sup>a</sup>, título XIV de la Partida V*).

B) *Código civil.—Requisitos del ofrecimiento y de la consignación.*—a) *Derechos del deudor en el pago de la cosa debida.*—Si el acreedor á quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negase sin razón á admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la *consignación* de la cosa debida. La consignación, *por sí sola*, producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente ó cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho á cobrar ó se haya extraviado el título de la obligación (*art. 1176 del Código civil español*).

b) *Formalidades previas de la consignación.*—Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado deberá ser previamente anunciada á las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación. La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente á las disposiciones que regulan el pago (*art. 1177 ídem*).

c) *Procedimiento para la consignación.*—La consignación se hará depositando las cosas debidas á disposición de la autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás. Hecha la consignación, deberá notificarse también á los interesados. (*art. 1178 ídem*).

C) *Jurisprudencia española.*—I. *Jurisprudencia civil.*

a) *Requisitos intrínsecos de la consignación.*—La consignación debe hacerse en el tiempo y forma debidos (*Sentencia de 9 de Marzo de 1894*).

b) *Negativa del acreedor como requisito esencial de la oferta y de la consignación.*—Según el art. 1176 del Código civil, para que el ofrecimiento de pago libere al deudor, es indispensable que el acreedor se niegue sin razón á admitirlo. No sucede esto, y por consiguiente, no infringe dicho precepto, la sentencia que estima que ha lugar á un deshauicio á pesar de ofrecerse y consignarse el precio del arrendamiento, si asistió al propietario, para la repulsa, la razón de la mora en que el arrendatario había incurrido (*Sentencia de 26 de Noviembre de 1896*).

c) *Validez del procedimiento.*—Está bien efectuada la consignación del importe de una mercancía, realizada aquélla después del requerimiento notarial hecho por el dueño de ella á quien la recibió para que ésta abonara su importe y diera por rescindido el contrato sobre suministros de la mercancía de referencia por el primero al segundo, si tal entrega era extraña á dicho contrato y en este sentido está bien hecha la consignación en la forma determinada en el art. 1177 del Código civil (*Sentencia de 4 de Junio de 1902*).

d) *Necesidad del pago total de la obligación.*—Estimando la sentencia que el recurrente era deudor de la *totalidad* de una suma reclamada, é ineficaz, por tanto, la consignación de parte de ella, no puede alegarse como infringidos los arts. 1176 al 1180 del Código civil, en el concepto, de que limitada la obligación del recurrente á una parte de la deuda, extinguió ésta al consignar su importe (*Sentencia de 18 de Junio de 1902*).

II. *Jurisprudencia hipotecaria acerca de la consignación.*—a) *Requisito esencial del depósito en la consignación.*—No ha lugar á hacer constar por nota marginal, el requerimiento hecho por un deudor á un menor de edad para que cobrase la cantidad que le era en deber aquél, y que no admitió, en atención á la minoría del mismo, toda vez que el requerimiento justifica la *voluntad de cumplir* la obligación, pero no que se cumpliese, puesto que pudo haber depositado la cantidad en la Caja



niaria. El primer pensamiento del deudor que tenía pronto el di-

de Depósitos á la disposición del referido menor (*Resolución de la Dirección general de los Registros de 22 de Febrero de 1864*).

b) *Validez de la consignación á los efectos de la cancelación de hipotecas.*—Al acordar el Juzgado que el comprador de una finca propiedad del deudor depositara en el Banco de España la cantidad correspondiente á unos acreedores hipotecarios del mismo inmueble, al objeto de cancelar la hipoteca no desconoce que el contrato es ley, y por tanto, obliga á los que lo celebran.... ni infringe los arts. 1160, 1162 y 1177 del Código civil, porque la deuda estaba vencida y no podía demorarse la solvencia del crédito, pues sabedores el deudor y los herederos del acreedor en virtud de la notificación por edictos y acusación de rebeldía, no puede desconocerse la validez de la consignación de la cantidad en el Banco de España, toda vez que reunía los requisitos de derecho y llevaba la condición de responder al crédito y de extinguir la garantía por medio de la cancelación de la hipoteca (*Sentencia de 8 de Enero de 1892*).

c) *Consignación de los créditos hipotecarios.*—Los preceptos procesales contenidos en la ley de Enjuiciamiento civil (arts. 1516 y 1518), al determinar el caso en que la ejecución hubiese sido despachada á instancia de un segundo ó tercer acreedor hipotecario, parten del imprescindible supuesto de que el importe de los créditos hipotecarios preferentes, se consigne á disposición de los acreedores respectivos en el establecimiento destinado al efecto (*Resolución de la Dirección general de los Registros de 4 de Marzo de 1893*).

d) *La consignación equivale al pago.*—Después de los principios legales contenidos en los arts. 1176, 1177 y siguientes del Código civil, hay que mitigar el rigor de la doctrina declarativa de la independencia en cierto modo del cumplimiento de una obligación principal y de la subsidiaria de garantía hipotecaria, estimando el legislador, cuál era de razón y de equitativo, que hecha debidamente la consignación del importe de una deuda que al cumplimiento de la obligación equivale, la cancelación es ya un derecho del deudor (*Resolución de la Dirección general de los Registros de 20 de Agosto de 1894*).

e) *Cancelación parcial de hipoteca.*—Habiendo vencido uno de los plazos de la obligación sin haber herederos declarados del acreedor por sostener pleito entre sí, el deudor, usando de la facultad que le concede el art. 1176 del Código civil, puede consignar la cantidad estipulada, y pedir en estricto derecho de la autoridad judicial la cancelación de la obligación correspondiente que se ordene en la forma establecida en el mencionado cuerpo legal, y en su consecuencia, es inscribible la escritura de cancelación parcial de hipoteca otorgada en virtud de la expresada consignación (*Resolución de 27 de Abril de 1895*).

### III. Derecho hispano-americano.—Del pago por consignación.

*Argentina.*—a) *Concepto legal de la consignación.*—Págase por consignación, haciéndose depósito judicial de la suma que se debe (*art. 790 del Código civil de la Argentina*).

b) *Requisitos esenciales de la consignación.*—La consignación no tendrá la fuerza de pago, sino concurriendo en cuanto á las *personas, objeto, modo y tiempo*, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido. No concurriendo estos requisitos, el acreedor no está obligado á aceptar el ofrecimiento del pago (*art. 792 del Código citado*).

c) *Casos en que procede la consignación.*—La consignación puede tener lugar: 1.º, cuando el acreedor no quisiese recibir el pago ofrecido por el deudor; 2.º, cuando el acreedor fuese incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor quisiese hacerlo; 3.º, cuando el acreedor estuviese ausente; 4.º, cuando fuese dudoso el derecho del acreedor á recibir el pago y concudiesen otras personas á exigirlo del deudor, ó cuando el acreedor fuese desconocido; 5.º, cuando la deuda fuese embargada ó rete-

nero y quería liberarse, fué ciertamente el de presentarlo al

nida en poder del deudor, y éste quisiera exonerarse del depósito; 6.º, cuando se hubiese perdido el título de la deuda, y 7.º, cuando el deudor del precio de inmuebles adquiridos por él, quisiera reducir las hipotecas con que se hallasen gravados (*artículo 791 del Código civil Argentino*).

*Bolivia.*—a) *De las ofertas de pago y de la consignación.*—Cuando el acreedor rehusa recibir su paga, el deudor puede hacerle ofertas de dinero contante, y en rehusándolas el acreedor, consignará la suma ó cosa ofrecida, en poder de la persona que el juez designe. Las ofertas seguidas de la consignación, dejan libre al deudor y hacen veces de paga, cuando son hechas legítimamente, y la cosa consignada así, corre de cuenta y riesgo del acreedor (*art. 848 del Código civil de Bolivia*).

En la aplicación de este precepto la *jurisprudencia* boliviana asienta los siguientes principios: 1.º, la oferta del capital hecha por el ejecutado y aceptada por el ejecutante, así como la satisfacción de intereses, constituyen pago y no oferta y consignación; 2.º, la disposición del art. 848, no se limita solamente á las obligaciones que nacen del contrato de préstamo, sino á cuantas resulten de cualquiera otra fuente jurídica (*Gaceta Judicial de Bolivia, núms. 594 y 717*).

b) *Requisitos para la validez de la oferta.*—Para que las ofertas sean válidas, es menester: 1.º que se hagan á acreedores que sean capaces de recibir ó al que tiene su poder; 2.º, que sean hechas por personas que puedan pagar, 3.º, que comprendan el total de la suma adeudada, de los devengados ó intereses corridos, de los gastos líquidos y una suma para los no líquidos; 4.º, que el término esté vencido, si ha sido estipulado á favor del acreedor; 5.º, que se haya cumplido la condición con que se contrajo la deuda; 6.º, que las ofertas se hagan en el lugar designado para el pago y sino ha habido convención especial acerca del lugar, que se hagan en el de la residencia del acreedor ó en el de su domicilio, y 7.º, que las ofertas se hagan ante un funcionario público (*art. 849 idem*).

c) *Requisitos exigibles en la consignación.*—Para la validez de la consignación, se necesita: 1.º, que haya sido precedida de una notificación al acreedor, con el señalamiento del día, hora y lugar donde la cosa va á depositarse; 2.º, que el deudor al poner la cosa en el depósito designado para la consignación, se desajene de ella, juntamente con los intereses corridos hasta el día del depósito; 3.º, que se haya firmado una sumaria dirigida por el Juez competente, de la naturaleza de las especies ofrecidas, de la repulsa del acreedor, de su no comparecencia, y, en fin, del depósito; 4.º, que en el caso de no comparecer el acreedor, se le notifique venga á sacar la cosa ofrecida (*art. 850 del Código citado*).

*Chile Colombia y Ecuador.*—a) *Del pago por consignación.*—Para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido, aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación (*arts. 1598 del Código civil de Chile, 1656 de Colombia y 1588 de El Ecuador*).

b) *Concepto legal de la consignación.*—La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho á virtud de la repugnancia ó no comparecencia del acreedor á recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona (*artículos 1599, 1657 y 1589, respectivamente, de los Códigos mencionado*).

c) *Carácter previo y requisitos de la oferta.*—La consignación debe ser precedida de oferta, y para que la oferta sea válida, reunirá las circunstancias que siguen: 1.ª, que sea hecha por una persona capaz de pagar; 2.ª, que sea hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, ó á su legítimo representante; 3.ª, que si la obligación es á plazo ó bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo ó se haya cumplido la condición; 4.ª, que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido; 5.ª, que el deudor ponga en manos del Juez (ministro de fe, subdelegado ó inspector en el Código de Chile), una minuta de lo que debe, con los intereses vencidos, si los hubiese, y los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella una descripción individual de la cosa

acreedor; y si no encontraba á éste dispuesto á recibirlo, *pecu-*

ofrecida; 6.<sup>a</sup>, que el Juez (ministro de fe, subdelegado ó inspector en Chile) extienda acta de la oferta, copiando en ella la antesdicha minuta, y 7.<sup>a</sup>, que el acta de la oferta exprese la respuesta del acreedor ó su representante, y si el uno ó el otro la ha firmado, rehusado firmarla, ó declarado no saber ó no poder firmar (*arts. 1590 de El Ecuador, 1600 de Chile y 1658 de Colombia, aclarado, con diversas modificaciones respecto al memorial ó petición que se debe dirigir al Juez, y tratado del mismo al acreedor, por el art. 13 de la ley 95 de 1900*).

d) *Requisitos de la consignación*: 1.<sup>o</sup>, la consignación se hará con citación del acreedor ó de su legítimo representante y se extenderá acta de ella por un *ministro de fe* (por el Juez que hubiese autorizado la consignación en el Código de Colombia y por un escribano en el de El Ecuador); 2.<sup>o</sup>, si el acreedor se hallase ausente del lugar en que debe hacerse el pago y no tuviese allí representante legítimo, se observarán las disposiciones 1.<sup>a</sup> á 4.<sup>a</sup> establecidas para la oferta; 3.<sup>o</sup>, el Juez competente á petición de parte autorizará la consignación y designará la persona en cuyo poder deba hacerse; pero si la cosa ofrecida, agrega el Código de Chile, fuese una cantidad de dinero, y el deudor quisiere consignarla en arcas públicas, no será necesaria la autorización judicial; 5.<sup>o</sup>, la oferta se hará ante el Juez, el cual, recibida información de la ausencia del acreedor, y de la falta de persona que lo represente, autorizará la persona á quien debe hacerse (*art. 1601 á 1603 de Chile, 1591 á 1593 del Ecuador y 1659 á 1661 de Colombia*).

*Guatemala.*—a) *De la oblación y consignación.*—*Principio general.*—El deudor puede consignar el pago del todo ó de parte de la deuda, si se *resiste* el acreedor á recibirla; y queda desde entonces extinguida la obligación en todo ó en parte, según la cantidad consignada (*art. 2351 del Código civil de Guatemala*).

b) *Requisitos para la consignación.*—Para que el deudor tenga derecho de consignar el pago, es necesario que haya *precedido ofrecimiento* ante Juez competente ó Notario público, concurriendo todas las condiciones que en cuanto á las personas, cosa, lugar, tiempo y modo se requieren para hacer válidamente el pago.

c) *Procedimiento para la consignación.*—La consignación debe verificarse con autorización de Juez competente y con citación del acreedor ó de su legítimo representante en la Tesorería Nacional ó Administración de rentas, establecimiento de crédito ó persona particular que la misma autoridad designe, según los casos, extendiéndose un acta de todas las circunstancias del depósito (*art. 2352 del Código de Guatemala modificado por el 346 del Decreto de Reformas*).

d) *Ausencia y falta de representación del acreedor.*—Si el acreedor se hallase fuera del lugar en que deba hacerse el pago y no tuviese legítimo representante, se recibirá información de la ausencia y de la falta de persona que le represente, y con citación del defensor que se le nombre, autorizará el Juez la consignación (*art. 2353 del Código de Guatemala sustituido por el art. 347 del Decreto de Reformas*).

*Honduras.*—Como el Código civil español, del cual, como repetidamente se ha dicho es trasunto literal, determina los requisitos del ofrecimiento del pago y de la consignación; circunstancias del ofrecimiento, ó de la consignación en su caso cuando el acreedor esté ausente, se halle incapacitado, concurrencia de acreedores ó pérdida del título de la obligación, notificación á las personas interesadas, y procedimiento que se ha de seguir al efecto de consignar la cosa debida (*arts. 1283 al 1285 del Código civil de Honduras*).

Análogas disposiciones ofrece el Código de Costa Rica en su art. 797.

*Méjico.*a) *Principio general.*—El ofrecimiento, seguido de la consignación, hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la ley (*art. 1556 del Código civil de Méjico*).

b) *Cuando procede la consignación.*—Si el acreedor rehusase, sin justa causa, recibir la prestación debida, ó dar el documento justificativo del pago, ó si fuese perso-

*nian signatam in publico deponere, vel in sacratissimis aedibus,*

na incierta ó incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación, haciendo consignación de la cosa (*art. 1557 idem*).

c) *Procedimiento para la consignación.—Reglas generales:* 1.<sup>a</sup>, si el acreedor fuese cierto y conocido, se le citará para día, hora y lugar determinados, á fin de que reciba ó vea depositar la cosa debida; 2.<sup>a</sup>, si el acreedor fuese desconocido, se le citará por los periódicos, por el plazo que designe el Juez; 3.<sup>a</sup>, si el acreedor estuviese ausente ó fuese incapaz, será citado su representante legítimo; 4.<sup>a</sup>, si el acreedor no comparece en el día, hora y lugar designados, ó no envía procurador con autorización bastante que reciba la cosa; ó si compareciendo rehusa recibirla, el Juez extenderá certificación en que conste la no comparecencia del acreedor, la falta del procurador ó el acto de haberse rehusado uno ú otro á recibir la cosa; 5.<sup>a</sup>, con la certificación mencionada, podrá pedir el deudor el depósito judicial; y el Juez mandará hacerlo, oyendo sumamente al acreedor en los términos que establezca el Código de Procedimientos; 6.<sup>a</sup>, si el acreedor fuese conocido, pero dudosos sus derechos, podrá el deudor, conforme á las reglas anteriores, depositar la cosa debida, con citación del interesado á fin de que justifique sus derechos por los medios legales, y 7.<sup>a</sup>, si el Juez declara fundada la oposición del acreedor, el ofrecimiento y la consignación se tienen como no hechos (*arts. 1558, 1559, 1560, 1561, 1562, 1563 y 1564 del Código civil mejicano*).

*Perú.—a) Principios generales con respecto al pago:* 1.<sup>o</sup>, el deudor puede pagar lo que recibió en mutuo, antes del tiempo convenido con el mutuante, sin que obste ningún pacto en contrario; 2.<sup>o</sup>, el acreedor puede ser obligado á admitir el pago por partes, con tal que cada una no baje de la cuarta, salvo estipulación diversa ó contraria (*arts. 1810 y 2226 del Código civil del Perú*).

b) *Derecho de consignar.*—El deudor puede consignar el pago de todo ó de parte de la deuda, si se resiste el acreedor á recibirla, y queda desde entonces extinguida la obligación, en todo ó en parte, según la cantidad consignada (*art. 2231 del Código citado*).

c) *Requisitos de la consignación.*—Para que el deudor tenga derecho de consignar el pago, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho, concurriendo todas las condiciones que, en cuanto á las personas, cosa, lugar, tiempo y modo, se requieren para hacer válidamente el pago (*art. 2232 idem*).

*Salvador (El).*—Determina este Código del mismo modo que los de Chile, Colombia y Ecuador, antes expuestos, los requisitos del pago por consignación (*art. 1486*), carácter de ésta (*art. 1487*), circunstancias que han de concurrir en la oferta como trámite previo para la consignación (*art. 1488*) y procedimiento que ha de seguir el Juez para autorizarla y designación de la persona en cuyo poder haya de ser entregada la cosa que se deba (*arts. 1489 á 1491 del Código civil del Salvador*).

*Uruguay.—a) Principios generales.*—Cuando el acreedor rehusa recibir la suma debida, puede el deudor hacer oblación de la deuda, y caso de negarse el acreedor á recibirla, consignar la suma oblada ú ofrecida. La consignación precedida de la oblación libra al deudor, surte á su respecto efectos de pago, y la suma así consignada perece para el acreedor (*art. 1455 del Código civil del Uruguay*).

b) *Requisitos del ofrecimiento.*—Para que la oblación sea válida, se requiere: 1.<sup>o</sup>, que se haga al acreedor que tenga capacidad de recibir ó al que pueda verificarlo á su nombre; 2.<sup>o</sup>, que se haga por persona capaz de pagar; 3.<sup>o</sup>, que sea de la totalidad de suma exigible, de los intereses vencidos, de los gastos liquidados y de una cantidad cualquiera para los ilíquidos, con calidad de complementarla oportunamente; 4.<sup>o</sup>, que el plazo haya vencido, si se ha estipulado en favor del acreedor, ó del acreedor y deudor; 5.<sup>o</sup>, que se haya realizado la condición, si la deuda es condicional; 6.<sup>o</sup>, que la oblación se verifique en el lugar señalado para el pago, y si no lo hubiese por la convención, en el domicilio del acreedor, ó en el lugar del contrato, y 7.<sup>o</sup>, que

*vel ubi iudex disposuerit* (1). Más adelante las leyes regularon las formas de la oferta y crearon Cajas destinadas á recibir los depósitos, disciplinado así, este procedimiento que consta hoy

la oblación se haga por medio de oficial de justicia, asociado de Escribano público ó por Juez de paz y testigos (*art. 1456 ídem*).

c) *Circunstancias que han de concurrir en la consignación.*—Para la validez de la consignación no se requiere que haya sido autorizada por Juez competente, sino que basta: 1.º, que haya sido precedida de intimación (notificación) hecha al acreedor, con especificación del día, hora y lugar en que se consignará ó depositará el dinero; 2.º, que el deudor se haya desprendido de la suma oblada, entregándola en el lugar señalado por la ley para recibir las consignaciones, con los intereses hasta el día de la oblación legítima. En caso de no haber lugar señalado para recibir las consignaciones, se hará en poder de un vecino de probidad y arraigo, designado por el Juez de paz del domicilio del acreedor; 3.º, que se haya levantado un acta ante el Juez de paz respectivo, de la naturaleza de las especies obladas, de la negativa del acreedor á recibir las ó de su no comparecencia y en fin de la consignación ó depósito, y 4.º, que en caso de no comparecencia del acreedor, se le haga saber el acta, intimándole que se haga cargo de la suma consignada. El Juez de paz dará un testimonio de lo actuado al deudor, si lo pidiese. Podrá el deudor, acompañando este testimonio, pedir al Juez competente que declare bien hechas la oblación y consignación y mande cancelar la deuda. Obteniéndose por el deudor esta declaración, todos los gastos causados serán de cuenta del acreedor (*arts. 1457 y 1458 del Código civil de la República oriental del Uruguay*).

Venezuela.—a) *De la oferta de pago y de la consignación.*—Cuando el acreedor rehusa recibir el pago, puede el deudor obtener su liberación por medio del ofrecimiento real y de la consignación subsiguiente de la cosa debida. Los intereses dejan de correr desde el día del depósito legalmente efectuado, y la cosa depositada queda á riesgo y peligro del acreedor (*art. 1232 del Código civil de Venezuela*).

b) *Formalidades para el ofrecimiento.*—Para que el ofrecimiento real sea válido, es necesario: 1.º, que se haga al acreedor capaz de exigir, ó á aquél que tiene facultad de recibir por él; 2.º, que se haga por persona capaz de pagar; 3.º, que comprenda la suma íntegra ú otra cosa debida, los frutos y los intereses debidos, los gastos líquidos y una cantidad para los gastos ilíquidos, con la reserva por cualquier suplemento; 4.º, que el plazo esté vencido, si se ha estipulado en favor del acreedor; 5.º, que se haya cumplido la condición bajo la cual se ha contraído la deuda; 6.º, que el ofrecimiento se haga en el lugar convenido para el pago; cuando no hay convención especial respecto del lugar del pago, que se haga á la persona del acreedor ó en su domicilio ó en el escogido para la ejecución del contrato, y 7.º, que el ofrecimiento se haga por ministerio del Juez ó de otro funcionario público autorizado para esta especie de actos (*art. 1233 ídem*).

c) *Procedimiento para la validez de la consignación:* 1.º, que haya sido precedida de un requerimiento hecho al acreedor, conteniendo la indicación del día, hora y lugar en que la cosa ofrecida será consignada; 2.º, que el deudor se haya desprendido de la posesión de la cosa ofrecida, consignándola con los intereses corridos hasta el día del depósito, en el Tribunal respectivo; 3.º, que se levante un acta por el Juez indicando la especie de las cosas ofrecidas, la negativa del acreedor á aceptarlas ó su falta de comparecencia al acto, y, en fin, al depósito, y 4.º, que cuando el acreedor no ha comparecido, se le notifique el acta del depósito, con intimación de tomar la cosa depositada (*art. 1234 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) Cic. *ad. Attic.*, V, 21, *Ad. fam.*, V, 20; *De legibus*, II, 16; L. 73, *D. de procuratoribus* (III, 3); L. 7, § 2, *de minoribus* (IV, 4); L. 1, § 36, *D. depositi* (XVI, 3); L. 4, *D. de statuliberis* (LX, 7); L. 64, *D. de fideiusoribus* (XLI, 1); L. 19, *C. de usuris* (IV, 32); L. 10, *C. de bonis auctoritate iudicis possidendis, etc.* (VII, 72).

en día de dos partes, por decirlo así separadas: el ofrecimiento real y el depósito.

Comenzando por el ofrecimiento, requiere todas las formas sustanciales del pago y la exhibición real del dinero ofrecido. Y estas son las formalidades intrínsecas. Exige además algunas formas exteriores para solemnizar el acto y el documento que ha de servir de prueba.

A cuatro se reducen, en nuestro concepto, las formas intrínsecas ó sustanciales. Esto es, la oferta:

debe ser hecha por quien puede pagar,  
á quien puede recibir,  
en tiempo y lugar debido, y finalmente,  
debe ser completa, libre y real.

No nos detendremos en los tres primeros requisitos, por no repetir cosas ya dichas. Quien puede pagar, puede ofrecer; sea el deudor, sea en su lugar un tercero interesado ó no interesado en la deuda, salvo, entendiéndose bien, la distinción ya hecha respecto al derecho de hacerse subrogar (1). Quien no puede pagar, no puede ofrecer (2); y por contraposición necesaria, quien no puede válidamente cobrar ó dar recibo, tampoco tiene calidad para recibir la oferta la cual para ser bien hecha requiere que se dirija al acreedor capaz de cobrar ó á quien lo representa con mandato general ó especial *ad exigendum* (3).

Es preciso también que la oferta se haga el en tiempo debido, es decir, cuando esté vencida la obligación. Naturalmente, si el término se puso en interés del acreedor, debe estar completamente cumplido; si existe condición suspensiva, debe haberse verificado.

267 Por lo que respecta al lugar, la oferta debe hacerse en el lugar convenido para el pago; y si no hay convenio sobre el asunto, lo que es cuestión de hecho (4), el pago debe ofrecerse, nótese bien, no en el domicilio del deudor sino en el del acreedor, enten-

(1) Véase los núms. 126 y sigs.; Larombière, 1257, 16; Demolombe, V 71 y sigs., Laurent, XVIII, 149; Aubry et Rau, § 322, nota 1.ª; Massé et Vergé sur Zachariae; § 564, nota 1.ª; Saredo, *Istit. di proc. civ.*, § 142, núm. 52.

(2) Véase los núms. 101 y sigs.

(3) Véase los núms. 69 y sigs.; Demolombe, V, 69 y sigs.; Laurent, XVIII, 141; Lacantinerie, *ob. cit.*, XIII, 1597; Saredo, *ob. cit.*, *lug. cit.*, núm. 53; Bolonia, 25 de Junio de 1887 (*Riv. giur. vol.*, 1887, 266); Cas. Nápoles, 10 de Junio de 1877 (*Fitangieri*, 1878, 2, 126), considera nula la oferta hecha al ujier que actúa, pasados los cinco días asignados al deudor para pagar en manos de dicho ujier. Mesina, 1.º de Septiembre de 1887 (*Temí Zanclea*, 1878, 44); igualmente juzga nula la oferta hecha al procurador legal. Cas. Nápoles, 24 de Agosto de 1907 (*Corte Napoli*, 1907, 324).

(4) Véanse, Borsari, *Cod. civ. comm.*, III, 2, 712; § 3227, núm. 6; y *Comm. Cod. proc. civ.*, II, 470; Ricci, *Corso di dir. civ.*, VI, 276; Aubry et Rau, IV, § 322; Laurent, *ob. cit.*, XVIII, 170; Demolombe, V, 87 bis y dec. cit. Cas. Florencia, 26 de Noviembre 1896 (*Foro it.*, 1897, 1, 341 con nota y referencias).

diendo el domicilio, no en el sentido restringido, sino en el que comprende la residencia, ó el domicilio elegido para la ejecución del contrato (1). Si el acreedor no se deja encontrar en tal sitio, bastará hacer constar su ausencia en las diligencias; y no será necesario, como opina Toullier (2), siguiendo las huellas de Pothier, que el deudor requiera al acreedor para que elija un domicilio á fin de hacer el pago en él; y tampoco que se limite á hacer la oferta á la persona ó al domicilio real del acreedor, como querría Larombière (3). Ciertamente, la oferta hecha personalmente ó en domicilio real del acreedor, después de haberlo buscado inútilmente en el lugar establecido para el pago, será válida, pero nunca necesaria (4). Tampoco podemos aplaudir la opinión de quien estima que se debe en este caso hacer la oferta al criado ó al vecino en las formas establecidas para el acto de citación, porque sería esto confundir el procedimiento verbal de oferta con su notificación (5). El art. 904 de nuestro Código de procedimiento ha quitado todo motivo de equivocación, estableciendo que al acreedor no presente en el acto de la oferta, se le notifique por copia de las diligencias en la forma establecida para la notificación del acto de citación.

¿Pero por qué, se dirá, debe hacerse la oferta á la persona ó en el domicilio del acreedor, mientras por regla general el pago se hace en el domicilio del deudor? Es fácil comprenderlo, porque la oferta requiere una iniciativa de parte del deudor, que no puede manifestarse si se queda en su casa. Es preciso que vaya á buscar en su domicilio al acreedor, á cuyo cargo estarán los gastos, en el caso de que la deuda no hubiese sido á pagar en su domicilio (6).

(1) Arts. 1260, núm. 6, Cód. civ. it.; 1258, núm. 6, Cód. Nap.; Venecia, 19 de Marzo de 1880 (*Foro* 1881, 1, 328 y nota). Contra: Nápoles, 2 de Junio de 1876 (*Giur. it.*, 1876, 2, 793); Cas. Turín, 25 de Enero de 1898 (*Giur. tor.*, 1898, 268). Véase Palermo, 8 de Junio de 1903 (*Ann.*, 1903, II, 484); según esta sentencia, muerto el acreedor, la oferta se hace á un notario citando ante él á los herederos.

(2) *Ob. cit.*, IV, 197; véase Duvergier sur Toullier, *tug. cit.*, nota 6.

(3) *Ob. cit.*, 1258, 12.

(4) Demolombe, V, 88; Colmet de Santerre, V, 203; véase Cas. Turín, 6 de Octubre de 1868 (*Giur. tor.*, 1868, 4).

(5) Aubry et Rau, § 322, nota 6; Laurent, XVIII, 172; Duranton, XII, 217; Colmet de Santerre, V, 203 bis, III; Turín, 8 de Junio de 1874 (*Giur. tor.*, XI, 329).

(6) Laurent, XVIII, 172; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV.<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 126 y nota 8, Venzi, pág. 609. En esta nota, Venzi advierte justamente que en el caso en que se haya convenido como lugar del pago el domicilio del acreedor, la oferta real debe hacerse en el domicilio que tenga el acreedor al tiempo del vencimiento de la obligación, salvo que el hacerla en este nuevo domicilio sea tan gravoso para el deudor que el Juez le autorice para hacerla en otro lugar más conveniente.

Examina luego el caso frecuente de que en el convenio las partes no se hayan li-

Si el funcionario que ejecuta las diligencias logra encontrar la persona del acreedor, se acaban las dudas; no así cuando deba ir al domicilio, puesto que la ley no dice solamente al domicilio, con lo que se habría entendido el domicilio real, ó sea acompañado de la habitación (1), sino que añade también en el domicilio elegido para la *ejecución del contrato*. ¿Será equivalente á esta última clase de domicilio el elegido por el acreedor en el requerimiento para la ejecución en materia de muebles ó de inmuebles, si bien diverso del lugar convenido para el pago? En Francia, donde el Código de procedimiento permite explícitamente la oferta en el domicilio elegido en el requerimiento mobiliario, se suele excluir el elegido en el inmobiliario, aun cuando no falten escritores que consideren válida también la oferta que se hace en el domicilio elegido en este último. En Italia la cuestión es muy discutida. Ya desde la primera edición defendimos la negativa, y consentimos únicamente que en el domicilio elegido en requerimiento se pudiera hacer la notificación de la oferta real, porque el art. 564 del Código de procedimiento civil la autoriza expresamente, estimando que es diferente hacer la oferta y notificarla. Y no pocas sentencias han confirmado esta doctrina (2). Sin embargo, no han faltado las decisiones contrarias, y entre ellas es sobre todo notable una de la Casación de Roma, que nos parece confundir el acto de oferta con su notificación, sosteniendo que son una misma cosa, y distingue, por el contrario,

---

mitado á indicar genéricamente el domicilio del acreedor, sino que hayan especificado el lugar del domicilio, diciendo, por ejemplo, *el domicilio del acreedor en Roma*, y después el acreedor haya cambiado de domicilio. No parece dudoso, añade el anotador, que el deudor puede realizar la oferta en el lugar indicado, salvo hacer luego la notificación prescrita por el art. 904 del Código de procedimiento civil. ¿Pero podrá realizarla en el nuevo domicilio del acreedor? Según la sentencia citada de la Casación de Florencia (26 de Noviembre de 1896), la oferta en tal caso sería nula, porque no se hizo en el lugar convenido para el pago, como prescribe el núm. 6 del art. 1260; pero esta decisión aparece demasiado sujeta á la letra de la ley. Será preciso asegurarse en cada caso de si la indicación del lugar del domicilio se hizo por una razón especial de utilidad para el acreedor, ó si se hizo *ad abundantiam*, cuando la voluntad de las partes era en el momento del contrato que el pago debía hacerse en el domicilio efectivo del acreedor y en aquel momento no pensaron en la posibilidad de un cambio del mismo. En este segundo caso, el deudor podrá válidamente realizar la oferta real en el nuevo domicilio que es el convenido para el pago en los términos del número 6 del art. 1260, según una interpretación conveniente de la voluntad de las partes (confr. Mortara, *Mon.*, II, núm. 900, nota 1; y Cas. Roma, 23 de Octubre de 1905 (*Giur. it.*, 1905, I, 1, 1071).

(1) No es válida la oferta en la banca ó despacho del comerciante, si no tiene allí la habitación; Cas. Florencia, 19 de Noviembre de 1876 (*Ann.*, 1877, I, 1, 379).

(2) Venecia, 19 de Marzo de 1880 (*Foro*, 1881, I, 328); 30 de Noviembre de 1886 (*ivi*, 1887, I, 61); Casale, 9 de Enero de 1891 (*ivi*, 1891, I, 266); Génova, 30 de Diciembre de 1893 (*Foro ip. Rep.*, 1894, V. *Offerta reale*, núm. 4).



dos especies diversas de oferta real, diversidad que las leyes no reconocen (1).

Comenzando por el primer argumento, el art. 904 del Código de procedimiento distingue claramente el acto de oferta y su notificación (2), la cual supone la oferta ya hecha, y es necesaria para obtener su convalidación. Esta notificación puede ciertamente hacerse en el domicilio elegido en el requerimiento, porque el art. 564 de dicho Código de procedimiento lo permite. Pero no así la oferta, que con arreglo al art. 1269 del Código civil, debe ser hecha al *acreedor capaz de exigir ó á quien tiene facultad de recibir por él*. Y la razón parece clara, porque la oferta no es más que un pago, y el pago debe hacerse al acreedor capaz de recibir. Ahora bien: aquel cuyo domicilio elige el acreedor que insta, ¿tiene acaso facultad de cobrar? No siempre, porque la obligación de elegir domicilio, que tiene el acreedor que ejecuta, lleva consigo la obligación de elegir una persona encargada de recibir la notificación de los actos de procedimiento, pero no de cobrar. Sea prueba de ello el caso decidido por la Corte de Casale en la sentencia de 9 de Enero de 1891, que hemos citado en la nota. De aquella sentencia se desprende que el Abogado, cuyo domicilio había elegido el acreedor demandante, declaró que *no tenía calidad ni para aceptar ni para rechazar la oferta*. Sea prueba el párrafo del art. 564 del Código de procedimiento, que declara que, á falta de elección de domicilio, las notificaciones pueden hacerse en la Cancillería de la Pretura ó del Tribunal. Ahora bien; el Canciller no tiene representación para cobrar y tampoco para reconocer si una oferta real es completa y merece ser aceptada. Y esto bastaría para convencer de que el Código de procedimiento, distinguiendo claramente el acto de oferta y la notificación del mismo, no ha autorizado ciertamente al deudor para hacer la oferta real en el domicilio elegido por el acreedor para recibir las notificaciones de los actos.

---

(1) Cas. Roma, 18 de Enero de 1890 (*Foro*, 1890, 1, 115). En el mismo sentido se han pronunciado otras sentencias y se pronuncia también Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 126, nota Venzl s., pág. 608, 609: que cita Cas. Nápoles, 4 de Diciembre de 1839 (*Dir. e giur.*, V, 323; Trani, 13 de Junio de 1890 (*Dirit. it.*, 1890, 443; Génova, 8 de Abril de 1895 (*Temi gen.*, 1895, 243); Trani, 4 de Mayo de 1897 (*Riv. giur. Trani*, 1897, 95); Cas. Nápoles, 2 de Septiembre de 1897 (*Foro it.*, 1898, I, 63); Palermo, 13 de Marzo de 1899 (*Circ. giur.*, 1899, 147); Cas. Nápoles, 22 de Noviembre de 1901 (*Ann.*, 1901, I, 2, 527); Cas. Roma, 19 de Junio de 1905 (*Foro it.*, 1905, I, 1033); Génova, 8 de Febrero 1908 (*Temi gen.*, 1908, 159).

(2) Art. 904, ivi. Cuando el acreedor rechaza la oferta ó no esté presente, se le notifica copia de las diligencias en las formas establecidas para la notificación del acto de citación.

Pero hay más. Tampoco nos parece exacta la distinción, á que ha recurrido la Casación, entre la oferta real hecha cuando está pendiente la ejecución, de la hecha antes de que el acreedor haya iniciado ningún acto ejecutivo, pretendiendo que el Código civil se refiere al caso en que el acreedor se muestre reacio á liberar al deudor, y el de procedimiento se refiere, por el contrario, al deudor moroso que oponga su contumacia para liberarse de los actos ejecutivos. Evidentemente la oferta real no cambia de naturaleza según se haga antes, ó pendiente la ejecución. En ambas hipótesis, siendo un medio de pago con el que el deudor quiere liberarse, está sujeta á las mismas condiciones fundamentales de ser hecho, como pago, al *acreedor capaz de exigir ó á quien tiene facultad de recibir por él*. Esta condición es siempre indispensable y requerida como norma fundamental de toda oferta real por el art. 1260 del Código civil, que regula sustancialmente éstos, así como todos los otros modos de extinguir las obligaciones, mientras el Código de procedimiento, presuponiendo estas condiciones sustanciales de que no es su misión ocuparse, no hace más que regular el modo formal como se ejecutan los actos de procedimiento para traducir en acto las disposiciones del Código civil.

Y contradice á los principios de razón suponer que el Código de procedimiento haya podido dispensar al deudor ya moroso de una formalidad sustancial que está obligado á cumplir cuando no es moroso, y que constituye un extremo indispensable de la validez del pago. habilitándolo para ofrecer, no al acreedor ó á la persona encargada por él de cobrar, sino á un Procurador privado de esta facultad, ó al Canciller. Las garantías sustanciales de la validez del pago hecho por oferta real, ¿deben desaparecer en daño del acreedor, sólo porque su deudor es moroso? Y el deudor, ¿tiene derecho á encontrarse en mejor condición cuando ha incurrido en mora, que la que tenga cuando es puntual en pagar, y la culpa á su vez es toda del acreedor que no quiera liberarlo?

Finalmente, la citada decisión recurre también á las doctrinas francesas, y asegura que con relación al Código de procedimiento de Francia, que permite las notificaciones de la oferta real en el domicilio elegido en los procedimientos mobiliarios, pero no dice que pueda seguirse la misma norma en los inmobiliarios; la doctrina está acorde en estimar que en aquel domicilio puede hacerse la oferta real. Nosotros habíamos afirmado todo lo contrario en las anteriores ediciones, valiéndonos de los más autorizados escritores franceses. Ahora, para demostrar que nos habíamos colocado bien y que la inexactitud no está de nuestra parte, trans-

cribimos en los puntos sustanciales el pasaje de Demolombe, del que se desprende la verdad de nuestra afirmación (1).

Mucho menos debe estimarse válida una oferta real en el domicilio elegido en la inscripción hipotecaria. Conviene en ello todos los escritores (2).

268. Quedaría sólo por decidir si las ofertas pueden hacerse en la audiencia. A primera vista, reflexionando que aun cuando intervengan personalmente las partes en el tribunal, las reglas judiciales vigentes no tolerarían la intervención de un funcionario público extraño que *coram iudice* procediese á la oferta y realizase el proceso verbal, la respuesta negativa no parece dudosa (3). Pero sería este un rigor excesivo. En efecto; existe el canciller, el cual, aun cuando no se encuentre en el número de los funcionarios designados por la ley para ofrecer (4), bien puede tomar nota en las diligencias de lo que digan las partes ó sus procuradores. Por lo tanto, si estamos delante de un Juez, ante quien las partes pueden comparecer personalmente, el deudor hará por sí mismo la oferta al acreedor ó al procurador que lo representa. En el caso contrario, el procurador del deudor ofrecerá realmente el dinero debido; el Juez hará que se entregue al acreedor acta de la oferta y de la aceptación, y cuando la rechace, decidirá sobre la validez de la oferta. Cuando lo crea necesario, ordenará el depósito, ó condenará sin más al acreedor á aceptarlo, declarándolo de otro modo incurso *in mora accipiendi*: salva siempre la necesidad del depósito para la liberación del deudor (5).

269. En último lugar, la oferta debe ser completa, libre y real. Completa quiere decir comprensiva de la cantidad entera y de

(1) Demolombe, V, 92 y sigs.: «Mais doit-on étendre au cas de saisie-immobilière, la disposition, que l'art. 634 du Code de Procédure applique au cas de saisie-mobilière? Quelques juriconsultes enseignent l'affirmative, qui a été aussi consacrée par plusieurs arrêts». (Y aquí cita dos sentencias de Cortes de apelación, además de una de la Casación, así como los nombres de Thomine-Desmazures y de Chauveau sur Carré). «Cette doctrine toutefois ne nous paraît pas admissible: 1.º Le texte manque, on en convient.... 2.º Cette identité d'ailleurs n'existe pas...» Y aquí Demolombe, en apoyo á su opinión, recuerda, Aix, 24 de Febrero de 1844; Bonne, 13 de Junio de 1845; Cas., 5 de Marzo de 1849; Merlin, *Rép.* vº *Saisie immobilière*, § VI, art. 1.º, núm. 1; Berrait Saint-Prix, *Proc. civ.*, pág. 588; Aubry et Rau, § 322, nota 8; Larombière, 1258, núm. 13. Véase también Laurent, XVIII, 172 y sigs.; Cas. Nápoles, 22 de Noviembre de 1901 (*Legge*, 1902, 1, 702), según la cual, la oferta en el domicilio elegido es válida cuando le sigue la notificación, si el acreedor no estaba presente.

(2) Demolombe, V, 95; Laurent, XVIII, 173; Aubry et Rau, § 322, nota 7; Dalloz, *Rép. Obl.*, 2123.

(3) Aubry et Rau, § 322, nota 9; Laurent, XVIII, 174.

(4) Sólo el canciller de la pretura tiene por el art. 902 del procedimiento, facultad y calidad para hacer la oferta.

(5) Larombière, 1258, 19; Massé et Vergé sur Zachariae, § 564, nota 5.ª; Demolombe, V, 100 y sigs.

sus accesorios, y no acompañada de condiciones que limiten injustamente el derecho del acreedor. En efecto, se sigue de la prohibición del pago parcial, que una oferta incompleta, no pudiendo equivaler al pago, no sería tampoco liberatoria. Pero todo esto presupone la deuda líquida, tanto más cuanto el núm. 3.º de nuestro art. 1260 autoriza la reserva únicamente por los gastos no liquidados. Ahora bien; si la deuda no es líquida ¿no tendrá el deudor modo de liberarse? También en este punto un examen superficial de la doctrina y de la jurisprudencia puede ser fuente de equivocaciones; ya que estamos en una cuestión que, en nuestro sentir, no se resuelve sin oportunas distinciones. Es preciso, en efecto, distinguir el caso de un deudor, que sin haber hecho antes las tentativas necesarias para obtener una liquidación amigable ó judicial posible, desafía abiertamente al acreedor con la oferta real, y el caso bien diferente en que el deudor se haya dedicado inútilmente á gestionar la liquidación amigable ó judicial, eludida y aplazada intencionadamente por el acreedor. En el primer caso la oferta real de una suma á arbitrio del deudor no podrá alcanzar resultado; y encontrarán aplicación las autoridades que niegan la eficacia de la oferta real por la deuda no líquida (1). En el segundo caso, por el contrario, será preciso declarar válida la oferta real de una suma aproximada, acompañada de la reserva de suplir, y estimar liberado al deudor, salvo que el acreedor demuestre en el acto la insuficiencia de la cantidad ofrecida. Se aplicarán, pues, las autoridades contrarias (2).

Si por temor al defecto, el deudor cayese en el exceso é hiciera una oferta superior á la deuda, no podría confiar en verla aceptada y convalidada, porque el acreedor tendría buena razón para rechazarla, declarando precisamente que no podía recibirla por exceder de su crédito. Dicha consecuencia sería indiscutible, si la oferta excesiva fuera hecha maliciosamente; pero aun cuando sea de buena fe, debería anularse si el acreedor declaraba claramente que no la podía recibir por ser excesiva, y el funciona-

(1) Véase Demolombe, V, 75; Laurent, XVIII, 754; Cas. Roma, 22 de Agosto de 1879 (*Legge*, 1879, 2, 309); Cas. Roma, 15 de Julio de 1897 (C. S. Roma, 1897, 2, 314); Roma, 11 de Junio de 1901 (*Temi rom.*, 1901, 298).

(2) Véase Demolombe, V, 76 y decisiones citadas; Laurent, XVIII, 1, 55 y decisiones citadas; Lacantinerie, *ob. cit.*, XIII, 1599 á 1602; Cas. Roma, 30 de Diciembre de 1878 (*Legge*, 1879, 1, 308); Mesina, 18 de Abril de 1877 (*Temi Zanclea*, 1877, 108); Cas. Turin, 30 de Diciembre de 1873 (*Giur. tor.*, 1873, 193 y nota); Cas. Roma, 12 de Mayo de 1890 (*Legge*, 1890, 2, 371); Cas. Palermo, 30 de Diciembre de 1897 (*Foro sic.*, 1898, 130); Cas. Nápoles, 25 de Noviembre de 1902 (*Riv. giur. Tran.*, 1903, 185); Cas. Turin, 19 de Junio de 1903 (*Giur. tor.*, 1903, 1326); Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV.<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 125 y nota Venzi, *aa* pág. 610.

rio que actuaba y el deudor se negaran á hacer la reducción (1). Pero si el deudor acompañase la oferta con la reserva de repetir lo no debido y el acreedor rechazase la oferta sin manifestar sus razones, podría encontrarse expuesto á verla convalidada, porque en lo más está comprendido lo menos. Sería al menos cuestión de hecho el juzgar si la negativa era racional ó ilegítima (2).

Según la letra de la ley, es completa la oferta que además del capital, los intereses y los gastos líquidos, contiene una suma para los gastos no liquidados, y se acompaña con la reserva de suplir, sin lo que la oferta sería nula (3).

No preguntaremos lo que debe entenderse por *gastos liquidados*, pareciéndonos muy claro que lo son los gastos repetibles por el acreedor y reducidos de algún modo regularmente á suma cierta; y no sólo los tasados por el Juez, como erróneamente pretenden algunos (4) Antes bien nos detendremos á preguntar si debe considerarse completa la oferta de una suma, aunque mínima, por los gastos no líquidos, al ser acompañada de la reserva de suplir, cuando por otro lado sea manifiesta su insuficiencia. Es este también un punto que se presta á decisiones contradictorias, porque depende en gran parte del hecho; y no puede maravillarnos el ver á la Casación francesa seguir la máxima de la nulidad de la oferta, mientras en Bélgica prevalece la máxima contraria (5). Verdaderamente depende todo de distinguir la oferta de buena fe de la hecha maliciosamente, ya que nada dice la ley acerca de la cuantía de la suma por los gastos no líquidos; pero, por otra parte, una oferta maliciosa no puede producir efectos favorables al deudor que la hizo. Si, pues, él conocía, como es de presumir, la insuficiencia de la cantidad destinada á

(1) Demolombe, V, 80; Merlin, *Rép. Additions, Offres réelles*; Laurent, XVIII, 156; véase también Delvincourt, II, pág. 546; Toullier, VII, 193 y 195; Aubry et Rau, § 322, nota 10.

(2) Autores citados y Larombière, 1259, 11; Cas. Turín, 15 de Diciembre de 1898 (*Legge*, 1899, 1, 259; Génova, 24 de Enero de 1898 (*Ann.*, 1898, II, 51); Cas. Nápoles, 12 de Octubre de 1907 (*Cons Conciliatori*, 1908, 60); 5 de Noviembre de 1907 (*Dirit. e Giurispr.*, XXIII, 585); Ancona, 17 de Junio de 1908 (*Corte Ancona*, 1908, 1, 359).

(3) Bolonia, 22 de Mayo de 1876 (*Riv. giur. bolognesc*, 1876, 238); Cas. Roma, 6 de Mayo de 1876 (*Legge*, 1876, 1, 666); Bolonia, 6 de Diciembre de 1879 (*Giur. it.*, 1880, 2, 237). Contra: Turín, 8 de Junio de 1874 (*Giur. tor.*, 1874, 529); Cas. Roma, 12 de Mayo de 1890 (*Legge*, 1890, 2, 371); Cas. Palermo, 30 de Diciembre de 1897 (*Foro sic.*, 1398, 130); Cas. Nápoles, 25 de Noviembre de 1902 (*Riv. giur. Tran.*, 1903, 185; y *Sinossi*, Serie 2.<sup>a</sup>, fasc. 190, pág. 70); Cas. Turín, 19 de Junio de 1903 (*Giur. tor.*, 1903, 1326); véase también la nota Venzi arriba citada.

(4) Véase Laurent, XVIII, 159 á 162. También los gastos del impuesto mobiliario, si se pagaron por el acreedor con derecho á reembolso. Véase Turín, 6 de Septiembre de 1867 (*Giur. tor.*, 1867, 617).

(5) Laurent, XVIII, 166.

los gastos no líquidos, no puede la oferta resultarle bien y producir su liberación (1).

270. Trabada y no libre sería la oferta acompañada de condiciones ó reservas extrínsecas, que aminorasen el derecho del acreedor; siendo lícito poner solamente aquellas trabas. díganse condiciones, llámense reservas, que son intrínsecas ó connaturales á la obligación que se ha de extinguir, por estar expresadas en el contrato ó sobreentendidas por virtud de la ley. Por regla general, como el acreedor tiene derecho á recibir el pago sin reservas, así puede exigir que las ofertas sean puras y simples, y rechazar todas aquellas que vayan acompañadas de condiciones no connaturales al título y tales que hagan contradictoria ó ilusoria la oferta; ó de retardar ó hacer más difícil el cobro. Valga como ejemplo la condición de no poder exigir sino después de sentencia favorable (2). Pero, por el contrario, nadie puede vedar al deudor que ponga las condiciones que constituyen el ejercicio de un derecho suyo incontrastable; verbigracia, obtener el reembolso de los gastos de oferta, ó el recibo, ó la restitución del título de crédito, cuando haya lugar; ó la prenda constituida en garantía de la deuda, ó la entrega de la cosa que constituye el equivalente del precio ofrecido (3). Todo el mundo comprende cuán ancho campo se abre á las cuestiones de hecho que no pueden sujetarse á un criterio menos general que el expuesto. Conviene recurrir para el esclarecimiento al examen de los muchos ejemplos que presentan los autores, y á las aplicaciones de la jurisprudencia (4).

En el caso de una oferta incompleta ó trabada puede dudarse si es lícito al deudor reparar la nulidad por medio de una oferta suplementaria. A lo que respondemos por nuestra cuenta que podrá hacerla por completo antes de que el acreedor haya rechazado la oferta insuficiente; pero deberá soportar los gastos de la primera oferta mal hecha (5).

271. Finalmente, para asegurar la seriedad de la oferta, quiere la ley que sea *real*: esto es, acompañada de la exhibición efectiva de las monedas ó de los billetes equivalentes con curso legal, que

(1) Delvincourt, II, pág. 164, nota 7; Toullier, IV, 144 y Duvergier, *sur eod.*, nota a; Marcadé, 1258; Larombière, 1237, 9; Colmet de Santerre, V, 203 bis, I; Demolombe, V, 77; Tranl, 3 de Diciembre de 1901 (*Riv. giur. Tran.*, 1902, 110).

(2) Larombière, 1258, 11; Demolombe, L, 84; Laurent, XVIII, 187; Venecia, 26 de Agosto de 1879 (*Temi ven.*, 1879, 473).

(3) Duranton, XII, 210; Larombière, 1258, 11; Demolombe, V, 83.

(4) Cas. Turin, 24 de Marzo de 1900 (*Giur. tor.*, 1900, 625; Cas. Palermo, 30 de Diciembre de 1899 (*Foro sic.*, 1900, 85); Génova, 10 de Febrero de 1905 (*Temi gen.*, 1905, 173). Véase también la nota Venzi antes citada.

(5) Laurent, XVIII, 186.

sean ofrecidos; que para mayor garantía del acreedor deben ser cuidadosamente numerados y descritos en la forma indicada por el art. 903, núm. 4.º del Código de procedimiento civil. No basta, pues, una simple declaración oral; no basta tampoco un simulacro de oferta aparente é ilusoria, mostrando una cierta cantidad de valores sin las declaraciones requeridas por la ley, ya que las ofertas *labiales ó verbales*, como se llaman en el uso jurídico, cuando no son simuladas pueden bien producir otros efectos jurídicos, como veremos más adelante (1); pero no producen la liberación del deudor. Se exceptúan las ofertas hechas por las administraciones públicas á los acreedores del Estado, porque se hacen válidamente mediante bonos librados por la Tesorería, con aviso dirigido al domicilio legal del acreedor (2).

Podría preguntarse si el riguroso cumplimiento de esta condición se requiere también en las obligaciones mercantiles, porque el art. 67 del Código de Comercio, disponiendo en materia de resolución por incumplimiento, se contenta con las ofertas *de las maneras usuales en comercio*. Pero pueden darse dos respuestas: la primera, que en el comercio la mayor parte de las obligaciones de dinero tienen la forma de letras de cambio ó de otro título á la orden, para los que, como veremos dentro de poco, no es necesaria nunca la oferta; la segunda, que de la resolución a la liberación no parece justo el argumento. Quizás hubiera hecho bien el legislador comercial en regular también con las mismas normas del art. 67 la oferta liberatoria. Pero su silencio no nos autoriza á aplicar un procedimiento extensivo por una analogía que en rigor de derecho no se verifica.

## II

272 b) *Formalidades extrínsecas*.— Para asegurar la regularidad de un acto tan importante como es la oferta real, la ley exige algunas solemnidades externas, que se reducen:

- al ministerio de un funcionario público,
- á la redacción al mismo tiempo de unas diligencias,
- á la notificación de estas diligencias, cuando el acreedor no estuvo presente en la oferta.

(1) Véase el núm. 278; Venecia, 17 de Agosto de 1880 (*Temi veneta*, 1880, 446); Turin, 8 de Abril de 1864 (*Giur. tor.*, 1864, 199), y Cas. Turin, 13 de Septiembre de 1870 (*ívi*, 1870, 623); Trani, 3 de Diciembre de 1901 (*Riv. giur. Trani*, 1902, 110); Casación Turin, 27 de Marzo de 1905, 559).

(2) Art. 313 y sigs. Reglamento de 4 de Mayo de 1835, sobre contabilidad del Estado. Cas. Nápoles, 13 de Julio de 1877 (*Legge*, 1878, 1, 193).

El art. 1260, núm. 7.º del Código civil, requiere que la oferta se haga por medio de un Notario ó de otro funcionario público, autorizado para tal clase de actos; y el art. 902 del Código de procedimiento civil, llenando un vacío que fué causa de controversias en la jurisprudencia francesa, se cuida de designar los funcionarios públicos autorizados para hacer las ofertas reales. Estos son, además de los Notarios, los ujieres y los cancilleres de la pretura. Estos únicamente son los que tienen investidura para redactar las diligencias y sería, por lo tanto, ineficaz la oferta real hecha sin la intervención de uno de ellos. Demolombe recuerda verdaderamente una decisión de la Casación francesa que tiene por válida la oferta real hecha por medio de un mandatarario de confianza, que en otra ocasión había llevado un pago parcial al acreedor; pero el mismo escritor, mientras aplaude la equidad de dicha decisión por las especiales circunstancias del caso en que se profirió, nos advierte que éste no es un *arrêt doctrinal*. Y en verdad, se trataba de una deuda de dos liras, y era manifiesta la mala fe del deudor que obraba con ánimo de vejar más bien que de ejercitar un derecho; podíase, pues, aplicar recatemente el aforismo *malitiis non est indulgendus* (1). Como por la misma razón debería anularse también la oferta regular, si se hiciera de mala fe, y con ánimo de vejar (2).

273. Clarísimas son las disposiciones del Código de procedimiento respecto á la redacción de las diligencias, ó al menos son ciertamente más claras que las del Código francés; y sin entrar en los particulares del procedimiento, baste observar que deben contener la enunciación de todas las formas sustanciales; acreedor, deudor ú otra persona que obre por el uno ó por el otro, según las reglas del pago; tiempo y lugar de la oferta, nombre y apellido del funcionario que actúa, monedas ofrecidas, condiciones de la oferta y finalmente respuesta ó ausencia del acreedor. Menciones todas prescritas bajo pena de nulidad, al menos en el sentido de que su falta ocasionaría la nulidad del acto cuando quedase incierto su cumplimiento. Pero sobre esto nos remitimos á los tratados de procedimiento (3), notando sólo que no es necesaria la citación del acreedor en rebeldía (4).

274. Para coronar todo esto, el Código de procedimiento añade la notificación de las diligencias al acreedor si rechazó la

(1) Demolombe, V, 98; Cas., 8 de Abril de 1870 (*Deville*, 1873, I, 85).

(2) Laurent, XVIII, 188.

(3) Véase el art. 903, Cód. proc. civ.; Saredo, *lug. cit.*, núm. 59; Cas. Roma, 9 de Enero de 1877 (*Legge*, 1878, I, 80); Turín, 22 de Febrero de 1867 (*Giur. tor.*, 1867, 246 y nota); Cas. Palermo, 1.º de Agosto de 1908 (*Foro sic.*, 1908, 578).

(4) Turín, 6 de Septiembre de 1868 (*Giur. tor.*, 1868, 617).



oferta y no estuvo presente en el acto; porque, si por el contrario, aceptó la oferta, su recibo ó la restitución del título de crédito pone fin á toda otra pretensión (1). Y es de estimar que la copia que debe entregarse al acreedor debe, bajo pena de nulidad, referir el cumplimiento de las formalidades esenciales; sin lo que el acreedor no podría estar seguro de la validez del acto, y proveer convenientemente á su propio interés. La oferta, aun cuando fuese seguida de depósito, no produciría el efecto jurídico deseado por el deudor (2).

### III

275. DEPÓSITO. - Así como la oferta comienza, el depósito termina el procedimiento de liberación; para obtener la cual nada vale por regla general, la oferta, no seguida de consignación, si bien, como diremos dentro de poco, puede tener otros efectos; nada el depósito no precedido por la oferta (3).

Pero toda regla tiene sus excepciones. La razón nos dirá que el deudor puede comenzar sin más por el depósito, cuando la oferta sea *a*) imposible, ó *b*) inútil.

La oferta es imposible cuando sea desconocida la persona del acreedor. Pero, mientras el derecho romano aplicaba esta máxima al acreedor ausente que no había dejado Procurador, ó al acreedor difunto cuyo heredero era incierto (4), en la legislación moderna encontramos explícitamente exceptuada la letra de cambio. Pero para elevarnos más y comprender plenamente el pensamiento del legislador, recordemos la distinción entre créditos con respecto á persona determinada (*nominativos*), y créditos

(1) Arts. 903 al final, y 904, Cód. proc. civ.; Nápoles, 10 de Diciembre de 1902 (*Gazz. proc.*, XXX, 11, 99; la exhibición de la copia de las diligencias hecha por el acreedor suple á la notificación. Contra Palermo, 16 de Junio de 1902 (*Foro sic.*, 1902, 464).

(2) Venecia, 26 de Agosto de 1879 (*Tem. veneta*, 1879, 473; Cas. Turín, 2 de Septiembre de 1874, *Giur. tor.*, 1874, 83).

(3) Aubry et Rau, § 222, texto y notas 25 y 26; Duranton, XII, 225; Marcadé, 1257, 2; Favard, *Rép. Offres reelles*, 10; Larombière, 1259, 3 y 7; Delvincourt, II, pág. 547; Demolombe, V, 136 y sigs.; Massé et Vergé sur Zachariae, § 564, nota 2; Laurent, XVII, 179 y sigs. Cas. Turín, 11 de Noviembre de 1868 (*Giur. tor.*, 1868, 35 y 401); Palermo, 17 de Febrero de 1879 (*Circ. giur.*, 1879, 63; y Cas. Turín, 9 de Mayo de 1879 (*Gazz. trib. Milano*, 1879, 604); Cas. Palermo, 10 de Febrero de 1898 (*Foro sic.*, 1898, 136). El deudor que ha hecho oferta procede legítimamente al depósito, no haciendo caso de una invitación del acreedor para que se presente ante un notario para pagar.

(4) Arg. L. 7, § 2, *D. de minoribus* (IV, 4); L. 17, § 3; L. 18, § 1, *D. de usuris* (XXII, 1): «Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, medii quoque tempore usurae praetii, quod in causa depositi non fuit, praestabuntur». Maynz, *Obl.*, § 119 al final; véase Palermo, 8 de Junio de 1903 (*Ann.*, 1903 II, 484).

con respecto á persona indeterminada (*á la orden ó al portador*); y digamos generalmente que en los créditos de esta última especie la oferta es imposible.

¿A quién dirigirla, en efecto, cuando se ignora quien sea actualmente el acreedor? No por otra cosa establece el art. 297 del Código de Comercio: *si no se pide el pago de la letra de cambio al vencimiento, el negociante (tratario) ó el aceptante ó el emittente, transcurrido el término para hacer el protesto, tiene derecho á depositar en juicio la suma indicada en la letra á costa y riesgo del poseedor sin necesidad de aviso alguno*. Y si bien el dictado del artículo se refiere sólo á la letra de cambio, no es dudoso que debe extenderse á todos los títulos á la orden de los que la letra representa, puede decirse, el tipo normal. A los títulos al portador, para los que proceden *á fortiori* las razones que la han aconsejado para las letras de cambio (1); y el silencio del legislador no puede considerarse como exclusión, sino que se explica por la parsimonia excesiva de las reglas con que ha regido dicha clase de títulos.

Hemos dicho en segundo lugar que puede el deudor comenzar excepcionalmente por el depósito, cuando la oferta sea inútil, porque un obstáculo legal impida al acreedor el cobro libre. No es que en este caso no pueda realizarse también el procedimiento ordinario de liberación, sino que todos los escritores consienten al deudor comenzar por el depósito (2). Poquíssimos disidentes, á cuya cabeza vemos á Toullier, opinan que es al menos necesaria la autorización del Juez, que habilite al deudor para efectuar el depósito (3); pero si esta autorización precedente puede estimarse como prudente cautela, no nos parece necesaria, teniendo en cuenta su inutilidad, sea con respecto á la designación del lugar del depósito, que en materia pecuniaria está determinado por la ley, sea con relación á la legitimidad del depósito, que debe constituir la materia del siguiente juicio de convalidación.

Por lo demás, es fácil de comprender que el acreedor se encuentra en la imposibilidad de cobrar cuando existen oposiciones al pago ó secuestros del crédito; ó el cobro no pueda hacerse más que bajo condiciones de un nuevo empleo que por el momento no puede ser realizado (4).

(1) Laurent, *lug. cit.*

(2) Larombière, 1259, 16; Aubry et Rau, § 322, nota 3; Massé et Vergé sur Zachariae, § 564 nota 2; Demolombe, V, 103; Laurent, XVIII, 183.

(3) Toullier, IV, 215; Bolonia, 6 de Diciembre de 1579 (*Giur. it.*, 1680, 237).

(4) Cas. Roma, 17 de Mayo de 1898 (*Consigl. del Conciliat.*, 1898, 5-4). Según esta decisión, el Juez puede dispensar el depósito, cuando la suma á que asciende la oferta sea igual ó inferior á los gastos del pleito liquidados en favor del acreedor.

276. Pero volvamos á la regla. Depositari, dice la razón, no es pagar la deuda; pudiendo observarse justamente por el acreedor que la suma se le debía dar á él y no al depositario. Para que el depósito equivalga al pago, es preciso, por lo tanto, que esté bien hecho; es decir, precedido de la oferta y acompañado de todas aquellas formalidades intrínsecas y extrínsecas que lo hacen válido y regular.

El principal requisito del depósito, decían los antiguos, es la contumacia del acreedor. A lo que acuden las leyes modernas exigiendo la negativa á la oferta, y la notificación para asistir al acto del depósito. El cual, por lo tanto, no puede tener lugar más que después de la negativa del acreedor; bien resulte esta negativa de denegación explícita ó del silencio ó ausencia únicamente (1). En las deudas de dinero, de que hablamos, no es necesaria la autorización del juez, sino que basta que el depósito sea precedido, además de la oferta real, por una notificación hecha al acreedor en la que se indique el día, la hora y el lugar en que se depositará la cosa ofrecida. Y hasta aquí caminamos con los mismos pasos que el Código francés (2). Pero nuestro legislador exige algo más; y en el art. 904 del Código de procedimiento civil, después de haber ordenado la notificación de las diligencias de oferta con aviso del depósito inminente, añade que entre la notificación antedicha y el depósito debe pasar un intervalo no menor de tres días (3); así es que si se hiciera antes de este término el depósito, daría derecho al acreedor para aceptar la oferta, y hacer caer sobre el deudor los gastos del depósito precoz y supérfluo (4). Por otra parte, el depósito puede ser hecho más tarde, aun cuando esté en el interés del deudor hacerlo prontamente para demostrar la sinceridad de la oferta y conseguir la liberación (5); y también para evitar el peligro de soportar los gastos que dicho retardo puede ocasionar al acreedor (6).

Depositari significa entregar á otro una cosa, confiándola á la custodia del depositario. Es, por lo tanto, condición sustancial del depósito que sea real y efectivo. Debe el deudor privarse del dinero ya ofrecido, entregándolo juntamente con los intereses

(1) Art. 904, Cód. proc. civ.; Demolombe, V, 105.

(2) Arts. 1261, Cód. civ. it.; 1259, Cód. Nap.; Palermo, 5 de Diciembre de 1864 (*Legge*, 1865, 1, 164), es irregular, pero válido, un depósito no precedido de requerimiento.

(3) Citado art. 904, Cód. proc. civ.

(4) Véase Cas. Turin, 11 de Mayo de 1877 (*Ann.*, 1877, 1, 1, 420).

(5) Toullier, IV, 533; y Duvergier sur Toullier, *lug. cit.*, nota a; Aubry et Rau, s 322, nota 14; Larombière, 1259, 4; Demolombe, V, 112.

(6) Casale, 6 de Junio de 1881 (*Ann.*, 1881, 3, 413).

vencidos hasta el día del depósito en el lugar indicado por la ley para recibir tales depósitos. Veremos en breve cual es este lugar. En tanto, detengámonos sobre la prueba del depósito, que debe hacerse constar solemnemente por un proceso verbal que contenga todas las indicaciones requeridas en el de oferta: entre los cuales descuella la designación de las monedas depositadas. Redactará las diligencias uno de aquellos funcionarios públicos que son competentes en la oferta real y á los cuales confía también el legislador la misión delicada de proceder al depósito; pero no es necesario que sea el mismo funcionario que hizo la oferta (1). No basta, pues, depositar la *summa*: es preciso especificar cuidadosamente el número y la calidad de las monedas ó de los billetes depositados (2); pero no por ello creemos necesario que los valores depositados sean los mismos que se ofrecieron, siempre que en la oferta y en el depósito correspondan totalmente á la suma debida con todos sus accesorios. En cuanto á las condiciones ó reservas, el depósito lleva consigo las mismas toleradas en el acto de oferta real (3).

Las diligencias deben además contener la firma del depositario y del funcionario que actúa; y si el acreedor asiste, también su firma ó la indicación de que se ha negado á firmar (4).

Cerrado el proceso verbal, el funcionario que lo redactó debe entregar en el mismo lugar una copia al depositario y al acreedor; y si éste último no está presente, el deudor le notificará la copia de la manera establecida para la notificación en las citaciones. Y nótese aquí primeramente que nuestro Código de procedimiento, acudiendo á la necesidad no satisfecha por la legislación francesa, se ha cuidado también de fijar los términos para la notificación, y ha tomado los establecidos para comparecer ante las preturas, los tribunales ó las Cortes de apelación, según que el lugar del depósito y el de la notificación estén en la jurisdicción de la misma pretura, ó del mismo Tribunal ó de la misma Corte (5). Son advertencias que deben dejarse á los especialistas en procedimiento: bastándonos indicar que todas estas formalidades están requeridas, según nuestro criterio, bajo pena de nulidad, al menos en el sentido de que hasta que no se cumplan, el depósito no se convierte en eficaz y liberatorio. Bien es verdad que los escritores franceses discuten sobre este punto y muchos opinan que la notificación *quandocumque* hecha tiene efecto re-

(1) Art. 906, Cód. proc. civ.

(2) Art. 906, cit. cod., y 903, núm. 4.

(3) Venecia, 26 de Agosto de 1879 (*Temis ven.*, 1879, 473).

(4) Citado art. 906 al final.

(5) Art. 907, Cód. proc. civ.

troactivo (1). Pero, en Francia, la ley no asigna términos para la notificación de la copia de las diligencias, mientras nuestro Código de procedimiento los designa taxativamente. Diferencia entre las dos legislaciones que nos hace estimar que sólo la notificación á su debido tiempo puede tener para nosotros efecto retroactivo, mientras que, hecha más tarde del término perentorio, no hará eficaz el depósito antes del día en que se realizó aquélla. Por esto la Casación de Turín ha podido decidir que la notificación de la copia al acreedor presente no se requiere bajo pena de nulidad, pero su falta sujeta al deudor á indemnizar al acreedor, cuando el retardo ó la omisión le hayan resultado perjudiciales (2). Generalizando, pues, esta proposición, podremos repetir lo que decía sobre este punto el principal de los prácticos antiguos, advirtiendo á los Jueces que no lueran rigoristas, que no se apegaran á la letra de la ley al juzgar la validez de los depósitos, sino que se dejasen regir por el sentido de la equidad para no anular depósitos en los que la sustancia de las formalidades intrínsecas quede á salvo, aunque las exteriores no correspondan exactamente á las prescripciones de la ley (3).

277. Resta hablar del lugar destinado á los depósitos pecuniaros. Pero, ¿quién ignora hoy en día que la Caja de depósitos y préstamos, instituida por la ley de 17 de Mayo de 1863 (núm. 1270), y regulada por el Real decreto de 9 de Diciembre de 1875 (número 2802), es el lugar destinado á tal objeto por el legislador? (4). Tanto para los depósitos obligatorios como para los voluntarios, que la ley admite á fin de obtener un efecto jurídico determinado, como es precisamente la liberación (5). El cajero entrega al depositante una declaración provisional del depósito realizado:

(1) Durantón, XII, 225; Larombière, 1259, 14; Demolombe, V, 127.

(2) Cas. Turín, 13 de Octubre de 1879 (*Giur. tor.*, 1880, 11); Palermo, 5 de Diciembre de 1834 (*Legge*, 1885, 1, 164).

(3) De Luca, *Dottor volgare*, Libro VIII, Cap. 14 al final: - ivj - «Bien que estas reglas generales se entiendan con la debida discreción prudencial, considerando que cuando el depósito se haya hecho efectivamente por el deudor, con justo motivo, porque el acreedor sin justa causa y por un capricho no haya querido recibir el pago, y que el defecto no sea sustancial, sino que nazca de cualquier inadvertencia del letrado, de cuya obra y dirección se haya valido el deudor; en tal caso, deberá tenerse la debida cuenta, según las circunstancias del hecho: no pareciendo racional marchar sólo con el rigor de la letra de la ley, debiendo entrar el arbitrio ó el oficio del Juez, regulado por una cierta equidad no escrita; pues la ley no puede proveer á todos los casos y ha dejado abierta esta puerta al arbitrio del Juez para que supla á lo que no se haya podido preveer.

(4) Véanse también las leyes de 11 de Agosto de 1870, núm. 5784, D, 27 de Mayo de 1875 (núm. 2779, serie 2.<sup>a</sup>).

(5) Art. 8 de la ley de 1863, y art. 26 del Reglamento anexo al Real decreto de 9 de Diciembre de 1875.

y este documento se cambia luego por una póliza equivalente al recibo definitivo y basta probar el cumplimiento, por parte del deudor, de las condiciones que le impone el Código para obtener el efecto jurídico que se propone: es decir, su liberación (1). En el caso de negativa de la administración de la Caja á recibir el depósito, el Juez debe examinar si, con relación á los reglamentos, es legítima esta negativa; y en caso de que no lo sea, denunciarlo á las Autoridades para que sea castigado (2).

## ARTÍCULO II

*Efectos de este procedimiento* (3).

## I

278. a) *Efectos de la oferta no seguida todavía de depósito.*—Se ha discutido otras veces si el deudor podía hacer convalidar

(1) Arts. 34 y 35 del citado reglamento: Cas. Turín, 9 de Mayo de 1879 (*Mon. Trib. Milano*, 1879, 625). Pero no es necesario que se ofrezca al acreedor el recibo ó póliza. Turín, 6 de Septiembre de 1867 (*Giur. tor.*, 1867, 617), y tampoco que el depositante vaya personalmente á la Caja; porque puede depositar en la Cancillería delegada del Pretor. Cas. Turín, 30 de Diciembre de 1873 (*Giur. tor.*, 1873, 194); Cas. Palermo, 26 de Octubre de 1893 (*Circolo giur.*, 1894, 59).

(2) Cas. Nápoles, 20 de Noviembre de 1866 (*Giur. tor.*, 1866, 300).

(3) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español.*—*Efectos de la consignación.*—a) *Abono de gastos.*—Los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor (*art. 1179 del Código civil*).

b) *Extinción de la obligación.*—Hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación. Mientras el acreedor no hubiese aceptado la consignación, ó no hubiese recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa ó cantidad consignada, dejando subsistente la obligación (*art. 1180 del Código civil*).

c) *Concurrencia de créditos.*—Si, hecha la consignación, el acreedor autorizase al deudor para retirarla, perderá toda preferencia que tuviese sobre la cosa. Los co-deudores y fiadores quedarán libres (*art. 1181 del Código civil español*).

II. *Derecho hispano-americano.*—*Efectos generales del pago por consignación.*

*Argentina.*—a) *Principio general.*—La consignación hecha por depósito judicial, que no fuese impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuese impugnada, por no tener todas las condiciones debidas, surte los efectos del pago, desde el día de la sentencia que la declare legal (*art. 793 del Código civil de la Argentina*).

b) *Abonos de gastos y costas.*—Si el acreedor no impugnase la consignación ó si fuese vencido en la oposición que hiciese, los gastos del depósito y las costas judiciales serán á su cargo. Serán á cargo del deudor, si retirase el depósito, ó si la consignación se juzgase ilegal (*art. 794 idem*).

c) *Retiro de la cantidad ó cosa consignada.*—Mientras el acreedor no hubiese aceptado la consignación ó no hubiese recaído declaración judicial teniéndola por válida, podrá el deudor retirar la cantidad consignada. La obligación en tal caso re-

la oferta antes de depositar; pero nuestro Código ha resuelto esta

nacerá con todos sus accesorios. Si ha habido sentencia declarando válida la consignación, el deudor no puede retirarla, ni con consentimiento del acreedor, en perjuicio de sus codeudores ó fiadores. Si declarada válida la consignación, el acreedor consiente que el deudor la retire, no puede, para el pago de su crédito, aprovecharse de las garantías ó seguridades que le competían; y los codeudores y fiadores quedarán libres (*arts. 795, 796 y 797 del Código de la Argentina*).

*Bolivia.*—*a) Gastos de la consignación.*—Siendo válidas las consignaciones, los gastos que ocasionen son de cargo del acreedor (*art. 851 del Código civil de Bolivia*).

*b) Retirada de la consignación.*—Mientras la consignación no sea aceptada por el acreedor, el deudor la puede retirar, y si la retira, sus coobligados y fiadores no quedan libres. Cuando el deudor ha obtenido un juicio pasado en autoridad de cosa juzgada por el que se ha declarado válida la consignación, no puede retirarla sin consentimiento del acreedor. Cuando el acreedor consiente que su deudor retire la consignación, después que ella ha sido declarada válida por un juicio pasado en autoridad de cosa juzgada, no puede después para el pago de su crédito, ejercer sus privilegios é hipotecas sino hasta el día en que consintió, á menos que hubiesen sido renovadas con las solemnidades requeridas para constituir hipoteca (*arts. 852, 853 y 854 idem*).

*c) Cambio de lugar de la cosa consignada.*—Si la cosa debida es un cuerpo cierto que se halla en algún lugar, y el deudor tiene necesidad del lugar en que está, debe notificar al acreedor la *saque ó quite*; y si no quita la cosa, podrá obtener del Juez permiso para depositarla en otro lugar (*art. 855 del Código de Bolivia*).

*Chile, Colombia y Ecuador.*—*a) Efectos de la consignación.*—El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación, *hacer cesar* en consecuencia los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo ello desde el día de la consignación (*artículos 1605 del Código civil de Chile, 1663 del de Colombia y 1595 del de El Ecuador*).

*Abono de gastos.*—Las expensas de toda oferta y consignación, serán á cargo del acreedor (*arts. 1604, 1662 y 1594, respectivamente, de los Códigos citados*).

*b) Casos en que puede deshacerse la consignación.*—Mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor, ó el pago declarado suficiente por sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, puede el deudor retirar la consignación; y retirada, se *mirará* como de ningún valor y efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores. Cuando la obligación ha sido *irrevocablemente* extinguida, podrá todavía retirarse la consignación, si el acreedor consiente en ello; pero en este caso la obligación se *mirará*, considerará *como del todo nueva*, los codeudores y fiadores permanecerán exentos de ella y el acreedor no conservará los privilegios ó hipotecas de su crédito primitivo. Si por voluntad de las partes se renovasen las hipotecas precedentes, se inscribirán de nuevo, y su fecha será la del día de la nueva inscripción (*artículos 1606 y 1607 de Chile, 1664 y 1665 de Colombia y 1596 y 1597 del Ecuador*).

*Guatemala.*—*a) Principio general.*—Consignado el pago en todo ó en parte de una deuda, si se resiste el acreedor á recibirla, queda desde entonces extinguida la obligación en todo ó en parte según la cantidad consignada (*art. 2351 del Código civil de Guatemala*).

*b) Abono de gastos.*—Las expensas de toda obligación y consignación válidas son de cargo del acreedor; y desde que la última se verifica son de su cuenta también todos los riesgos de la cosa consignada (*art. 2354 de dicho Código, modificado y sustituido por el art. 348 del Decreto de Reformas*).

*Honduras.*—Como reiteradamente se ha dicho, se inspira este Código en el español. Tanto con respecto al abono de los gastos, como la cancelación de la obligación, así como también en cuanto se refiere á los efectos jurídicos de la realizada de la cosa

disputa en sentido afirmativo, conforme á los dictámenes de la

depositada, son los mismos que los expuestos en nuestro patrio derecho (*arts. 1286, 1287 y 1288 del Código civil de Honduras*).

*Costa Rica*, en su art. 802, contiene análoga disposición con relación al abono de los gastos de la consignación á cargo del acreedor.

*Méjico*.—a) *Efectos generales del ofrecimiento y de la consignación*: 1.º, aprobada la consignación por el Juez, la obligación queda extinguida con todos sus efectos; 2.º, el depósito pone la cosa á riesgo del acreedor; 3.º, si el ofrecimiento y la consignación se han hecho legalmente, todos los gastos se harán de cuenta del acreedor (*artículo s 1565, 1566 y 1569 del Código civil de Méjico*).

b) *Efectos de la retirada de la cosa consignada*.—Para que después de la sentencia pueda el deudor retirar la cosa del depósito, se necesita el consentimiento del acreedor; pero entonces perderá éste cualquier derecho de preferencia que sobre ella tenga y quedarán los codeudores y fiadores libres de la obligación, si la cosa no ha sido retirada con su consentimiento (*art. 1568 del citado Código*).

*Perú*.—Como ya se dijo en anteriores notas al Código civil peruano, no expone en materia especial el ofrecimiento y la consignación del pago, sino que dentro del título relativo al pago en general, examina los diversos medios por los cuales el deudor cumple con sus obligaciones (pago propiamente tal, ofrecimiento, consignación, cesión de bienes).

Por lo que respecta á los efectos de la consignación, expresa que consignado el pago, total ó parcialmente, queda desde entonces extinguida la obligación, en todo ó en parte según la cantidad consignada (*art. 2231*) y acerca de los menoscabos de la cosa debida, siguiendo el principio doctrinal establecido en todos los Códigos, dispone que desde que la consignación se verifica, son de cuenta del acreedor todos los riesgos de la cosa consignada (*art. 2233 del Código civil del Perú*).

*Salvador (El)*.—Sigue el mismo método en la exposición de la materia que los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador. Los efectos generales de la consignación (extinción de la obligación interrupción de los intereses y exención del peligro de la cosa debida, los gastos ó expensas á cargo del acreedor, la facultad del deudor de retirar la cosa consignada, y limitaciones en los casos en que la obligación ha sido irrevocablemente extinguida, son los mismos que los literalmente consignados en aquellos Códigos hermanos (*arts. 1492, 1493, 1494 y 1495 del Código civil de El Salvador*).

*Uruguay*.—*Efectos de la oblación y consignación*.

a) *Principio general*.—La consignación precedida de la oblación libra al deudor, surte á su respecto efectos de paga, y la suma así consignada perece para el acreedor (*párrafo 2.º del art. 1455 del Código civil del Uruguay*).

b) *Irrevocabilidad de la consignación*.—Después de aceptada la consignación ó después de hecha la declaración judicial, no podrá retirarse la cantidad consignada sin el consentimiento del acreedor (*art. 1461 del Código citado*).

c) *Efectos de la consignación, según se trató de cantidad, de cosa cierta ó específico ó de cosa indeterminada ó genérica*:

1.º Si se retirase con consentimiento del acreedor la cantidad consignada, perderá el acreedor toda preferencia por razón del privilegio ó hipoteca que tuviese, y los codeudores y fiadores quedarán libres. Si por voluntad de las partes se renovasen las hipotecas precedentes, se inscribirán de nuevo y su fecha será la del día de la nueva inscripción.

2.º Si la cosa debida es especie cierta y se encuentra en el lugar en que debe ser entregada, se requiere que el deudor haga intimar por el Juez competente al acreedor para que la reciba, notificándose á su persona ó á su domicilio real ó convencional; y desde entonces la intimación (requerimiento) surtirá todos los efectos expresados en el principio general, antes expuesto, con tal que llegue á establecerse que ha sido legítima y regularmente hecha, sea por la aceptación del acreedor ó por la de-



razón y á la opinión que prevalece en la doctrina francesa (1). Ciertamente, puede el deudor sentir justamente la necesidad de asegurarse sobre la regularidad de su oferta, para no aventurarse á hacer un depósito inútil. De ahí que el art. 908 del Código de procedimiento civil, al designar la competencia del Juez del lugar en que se realizó el acto, para que juzgue de su validez, distingue explícitamente bajo alternativa la demanda para la validez de la oferta solamente y la demanda para la validez del depósito. Y en el siguiente artículo 909, aclarando aún más el concepto, el mismo Código añade que la Autoridad judicial, si declara la validez de la oferta, autorizará el depósito aún no hecho, y pronunciará la liberación del deudor desde el momento en que se realice el depósito en las formas requeridas.

Por la misma razón será lícito al acreedor obrar con las normas del citado artículo 908, para hacer declarar la nulidad de la oferta.

claración del Juez. Si hecha la intimación, el acreedor no recibe la cosa debida, puede ser depositada en otra parte con autorización judicial. Si la cosa se hallase en otro lugar que aquél en que debe ser entregada y hacer entonces la intimación al acreedor para que la reciba.

3.º *Si la cosa debida no es determinada sino por su género*, el deudor debe, en la intimación designar precisa é individualmente el objeto que ofrece. Si la elección perteneciese al acreedor, deberá el deudor hacerle intimar judicialmente que elija; y rehusando elegir aquél, podrá el deudor ser autorizado por el Juez para verificarlo el mismo. Hecha la elección, el deudor debe hacer la intimación al acreedor para que reciba la cosa, como si se tratase de cuerpo cierto (*arts. 1461, 1462 y 1463 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

*Venezuela.—De la oferta de pago y de la consignación.—a) Efectos generales.* El deudor se libera por medio del ofrecimiento real y de la consignación subsiguiente de la cosa debida, los intereses dejan de correr desde el día del depósito legalmente efectuado y la cosa depositada queda á riesgo y peligro del acreedor (*art. 1232 del Código civil de Venezuela*).

b) *Abonos de gastos.*—Los gastos del ofrecimiento real y del depósito, si estos actos son válidos, son de cargo del acreedor (*art. 1235 ídem*).

c) *Consignación de cosa específica ó determinada.*—Si la cosa debida es un objeto determinado que debe entregarse en el lugar en que se encuentra, el deudor requerirá al acreedor para que la tome. Hecho este requisito, si el acreedor no toma la cosa, el deudor puede hacerla depositar por medio del Tribunal en otro lugar (*artículo 1239 del Código citado*).

d) *Retirada de la consignación.—Efectos jurídicos:* 1.º, Cuando el deudor ha obtenido una sentencia pasada, firme, en autoridad de cosa juzgada, la cual ha declarado buenas y válidas la oferta y la consignación, no puede, ni aun con el consentimiento del acreedor, retirar el depósito en perjuicio de sus codeudores ó de sus fiadores; 2.º, el acreedor que ha consentido en que el deudor retirase el depósito, después que éste ha sido declarado válido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede prevalerse para el pago de su crédito, de los privilegios é hipotecas que lo garantizaban (*arts. 1237 y 1238 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) Véase Demolombe, V, 107; Larombière, 1259, 5; Cas. Roma, 26 de Noviembre de 1889 (*Legge*, 1890, 1, 146), y 28 de Septiembre de 1887 (*ivi*, 1888, 1, 693).

¿Pero, cuáles serán las consecuencias jurídicas de la oferta no seguida de depósito, sea que el deudor haga declarar enseguida por el Juez la validez del mismo, sea que omita el provocar tal declaración? Para formar idea adecuada de ello, conviene cuidar por una parte de no confundir la oferta real separada del depósito con la oferta real seguida del depósito: y por otra, de no despojar á la oferta de un carácter que no puede faltarle nunca, es decir, de requerimiento apto para poner al acreedor *in mora accipendi*. Las consecuencias de tal requerimiento deberían ser éstas:

el deudor no estaría ya, después de la oferta, obligado á pagar los intereses que corran,

el riesgo y peligro del dinero especificado en la oferta, pasarían al acreedor,

el deudor no tendría ya que temer penales, ni caducidades ni ejecuciones, á que de otro modo estaría expuesto: por decirlo con palabras más generales, no deberá ya temer la *mora solvendi*.

Pero de estas tres consecuencias sólo queda firme la última, habiendo resuelto nuestro legislador de otro modo para las otras dos; y quizás por esta razón alguien ha podido decir que la oferta sola no basta para librar de la morosidad en que incurre el deudor (1). En efecto, por lo que respecta al correr de los intereses, nosotros que hemos examinado ya la cuestión en materia de morosidad (2), sabemos que, después de las vicisitudes á que estuvo sujeta la cuestión desde el Derecho romano en adelante, y luego de la distinción propuesta por algunos escritores franceses entre intereses moratorios y compensatorios, la disputa ha terminado para nosotros por la autoridad de la ley. El art. 1250 del Código civil ha establecido, que sólo *desde el día del depósito legalmente realizado cesan los intereses*. No hay ya pues discusiones, no hay efectos retroactivos (3); es insuficiente la oferta para que cesen los intereses, y aun cuando sea seguida de depósito no detendrá, para el tiempo que transcurra entre una y otro, el curso de los intereses, que cesarán únicamente desde el día del depósito (4).

Igualmente, acerca de la prestación del riesgo y peligro,

(1) Venecia, 9 de Abril de 1878 (*Tem. Veneta*, 1878, 217); véase Turin, 10 de Febrero de 1868 (*Giur. tor.*, 1868, 237; contra: Cas. Nápoles, 25 de Noviembre de 1902 (*Riv. giur. Tran.*, 1903, 185); Cas. Palermo, 10 de Diciembre de 1901 (*Foro Sic.*, 1902, 16).

(2) Véase el vol. II, núm. 83.

(3) Art. 909, Cód. proc. civ.

(4) Cas. Nápoles, 18 de Julio de 1876 (*Gazz. procl.*, XI, 448); Turin, 8 de Mayo de 1874 (*Giur. tor.*, 1874, 479), y Brescia, 6 de Julio de 1874 (*ivi*, 1874, 628).

nuestro legislador se ha apartado de los principios generales respecto á la morosidad, y acaso de la autoridad de los juriscultos romanos, para seguir al derecho francés. Paulo enseñaba: *Sed si fideiussor servus obtulit, et reus moram fecit, mortuo Slico fideiussori succurrendum est* (1). Y si bien no faltaban otros textos que pudieron hacer dudar de la exactitud del principio (2), sin embargo, la práctica anterior al Código no vaciló en estimar que la sola oferta bastaba para hacer volver contra el acreedor el riesgo y peligro del dinero ofrecido, aun cuando el deudor estuviera tenido por hurto (3). Por el contrario, por nuestro artículo 1259, como por el art. 1257 del Código Napoleón, la prestación de los riesgos y peligros, sólo por el depósito deja de estar á cargo del deudor. Sin embargo, ya sabemos que esta regla no se refiere al caso en que el deudor no puede, sin culpa por su parte, proceder al depósito: de manera que si mientras se apresta á efectuarlo, le roban el dinero, á pesar de haber usado todas las precauciones sugeridas por la prudencia, quedará liberado; ya que á título de resarcimiento de daños por lo injusto de la negativa á la oferta, podrá precisamente repetir la liberación de su obligación (4).

La última consecuencia no sufre modificaciones ni presenta graves dificultades. Aunque el deudor no quede liberado, esto no impide por otra parte que el acreedor, habiéndose constituido en *mora accipiendi*, no tenga ya el derecho de tratar al deudor como moroso. Nada, pues, de ejecuciones, ni caducidades, ni resolución en daño, no ya penales, ni prestaciones de daños, si la obligación es excepcionalmente de aquellas que además de los intereses producen la obligación de un resarcimiento determinado (5).

279. Se disputa siempre, por otra parte, si puede el deudor, ofreciendo, sin hacer luego el depósito, librarse de la morosidad

(1) *L. 88, D. de v. ob.* (XLV, 1).

(2) *L. 91, § 4, D. eod.*; Labbé, *Étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due, etc.*, núm. 11.

(3) Voet, XLVI, 3, 28: «... liberari demum debitorem tali oblatione, si res oblata postmodum sine culpa debitoris perierit, sive corpus certum, sive debitum, sive quantitas vel res in genere: quia non est aequum teneri eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset:... sic ut ipse fur, qui semper in mora esse dicitur, liberetur a conditione furtiva, si, postquam domino rem furtivam obtulit, ista desierit in rebus humanis esse». Molitor, *Ohl.*, 983.

(4) Véase el vol. II, núm. 84; Duranton, XII, 225; Demolombe, V, 140. Contra Larombière, 1357, 11.

(5) Larombière, 1357, 8; Aubry et Rau, § 322, nota 22; Laurent, XVIII, 196. Véase Roma, 13 de Septiembre de 1883 (*Temi rom.*, 1883, 606); Casale, 11 de Junio de 1887 (*Foro*, 1887, 1, 273); Cas. Turin, 31 de Agosto de 1868 (*Mon. Trib. Mil.*, 1888, 846).

en que ya haya incurrido, y si puede más tarde ser puesto en mora por el acreedor por medio de un requerimiento. Mas, por lo que respecta á la primera cuestión no se puede dar respuesta absoluta, porque es preciso distinguir bien entre los efectos que constituyen ya un derecho adquirido por el acreedor, y los otros efectos que no constituyen derecho adquirido para aquél mientras no demuestre que quiere aprovecharse de ellos. Entrar en esta distinción sería salirnos del terreno en que nos encontramos para invadir el campo de la teoría sobre la morosidad y sobre el saneamiento, de que nos hemos ocupado en otro lugar (1).

Sobre la segunda cuestión varían las opiniones de los escritores. Según Toullier (2), Demolombe (3) y Laurent (4), el acreedor que rechazó la oferta real, no tendría ya derecho de constituir en mora al deudor aun cuando este haya estado ocioso sin cuidarse de efectuar el depósito. Por el contrario, según Aubry et Rau (5), el acreedor, no obstante la injusta negativa á recibir la oferta, podría más tarde hacer incurrir en mora á su deudor, que no se cuida de constituir el depósito. En nuestra opinión, existe poca claridad en estas dos opiniones tan terminantes, y nos parece que se coloca mejor Larombière (6), cuando enseña que está en facultad del acreedor, aun después de rechazar la oferta, requerir ó citar al deudor para la ejecución. Nacerá entonces cuestión sobre la validez de la oferta precedente; cuya nulidad, cuando sea reconocida, dejará al deudor bajo el peso de la morosidad y del incumplimiento; de donde, si se convalida la oferta, el deudor, aun cuando no pueda ser librado de pagar y corresponder los intereses, no sufrirá caducidad de los derechos que ha conservado mediante su oferta, equivalente en verdad á un requerimiento. Con esta doctrina se concilian las opiniones discordantes, y se obedece á los dictámenes de la justicia.

280. Es colorario de todas nuestras premisas que la oferta puede ser válida y regular, aun cuando no esté seguida todavía por el depósito, y que los gastos están á cargo del acreedor (7).

(1) Véase el vol. II, núms. 72, 83, y Demolombe, V, 139 y sigs.; Laurent, XVIII, 179, que hace una distinción inaceptable entre intereses compensatorios é intereses moratorios.

(2) *Ob. cit.*, IV, 220.

(3) *Ob. cit.*, V, 139.

(4) *Ob. cit.*, XVIII, 195.

(5) *Ob. cit.*, § 322, nota 23.

(6) *Ob. cit.*, 1257, 1; Cas. Palermo, 10 de Diciembre de 1901 (*Sinos.*, Sec. 2.<sup>a</sup>, fasc. 181, pág. 73); y 14 de Febrero de 1902 (*Legge*, 1902, I, 811); Cas. Nápoles, 16 de Junio de 1903 (*Foro*, 1903, I, 1094 y nota); y 18 de Mayo de 1903 (*Legge*, 1903, 1794).

(7) Art. 1262, Cód. civ. it.; 1260, Cód. Nap.; Trani, 22 de Noviembre de 1902 (*Riv. giur. Tran.*, 1903, 502).

Pero aquí es preciso entenderse bien. Ante todo, no sería lícito al deudor deducir de la suma ofrecida los gastos del acto. No; debe ofrecer entera la suma debida, como dice el Código civil en el artículo anterior, salvo que puede pedir la condena del acreedor al pago de los gastos, si injustamente se opone á su reembolso (1). En segundo lugar, no es preciso confundir los gastos del pago con los de la oferta; los primeros quedan á cargo del deudor como hemos dicho poco antes, pues el art. 1262 no modifica el art. 1250 (2). Finalmente, si el citado art. 1262 habla de oferta válida y no añade nada más, no es forzoso por ello olvidar la anterior disposición más general del art. 1259, por el que únicamente es legítima la oferta real cuando el acreedor se haya negado á recibir el pago amigablemente. Es preciso, pues, para que los gastos de la oferta estén á cargo del acreedor, que haya habido negativa por su parte. Esto sentado, distingamos: ó el acreedor rechaza la oferta real sin motivo justificado, y no puede haber duda sobre su obligación de soportar los gastos, aun cuando se arrepintiera más tarde y aceptase la suma ofrecida en el acto del depósito (3). O en lugar de esto, el acreedor acepta la oferta real, y el deudor no podrá pretender sus gastos, salvo que consiga probar que el acreedor había anteriormente rechazado el pago que le ofreció amigablemente. Bien entendido que tal prueba podrá también ser hecha mediante testigos, por tratarse de un hecho del que no siempre es posible tener prueba documental (4).

Por lo demás, cuando el acreedor rechaza la oferta, hágalo con razón ó sin razón, no puede ya valerse de ella en daño del deudor, y no puede impedir á este que la retire (5).

Así como es lícito al deudor hacer juzgar sobre la validez de la oferta antes de realizar el depósito, tampoco puede prohibirse al acreedor demandar judicialmente la nulidad de la oferta, ó solicitar el pago, salvo la facultad del deudor de demostrar la validez de la oferta ya hecha (6).

## II

281. *b) Efectos del depósito.*— El depósito es el último acto del procedimiento de liberación. Bien siga, como ocurre por regla

(1) Larombière, 1260, 2; Demolombe, V, 130.

(2) Larombière, *lug. cit.*; Demolombe, V, 129.

(3) Demolombe, V, 133; Laurent, XVIII, 313.

(4) Delvincourt, II, pág. 763; Marcadé, 1260, II; Colmet de Santerre, V, 205 bis y II y III; Larombière, 1260, 1; Demolombe, V, 135.

(5) Laurent, XVIII, 193, 194.

(6) Art. 908, Cód. proc. civ.; Demolombe, V, 108, 109; Larombière, 1257, 7; véase Venecia, 22 de Diciembre de 1908 (*Foro it.*, 1909, 1, 426 con nota, y *Legge*, 1909, 1293 también con nota.

general, á la oferta real no aceptada; bien se prescinda de dicho preliminar por ser el acreedor indeterminado ó inhábil para exigir (1), en todos los casos, el depósito termina el procedimiento y produce la liberación del deudor, aun cuando estuviera obligado á exigir y emplear (2). La legislación francesa dejaba lugar á dudas por la redacción inexacta del art. 1257 del Código Napoleón y de algunos artículos del procedimiento; pero entre nosotros las dudas no aparecen, porque el art. 909 del Código de procedimiento, coronando las disposiciones sustanciales del Código civil, sanciona que la autoridad judicial, si el depósito no se ha realizado aún, lo autoriza después de las ofertas regulares, y pronuncia *la liberación del deudor desde el momento en que se realiza el depósito en las formas requeridas por la ley*: si á su vez declara la validez del depósito ya realizado, este produce *su efecto desde el día en que se hizo*.

Pero no nos detengamos en las palabras; penetremos en el concepto de la ley é indaguemos el sentido de la disposición y cuanto pesa en la balanza de la justicia esta especie de liberación, equiparada á la del verdadero pago.

Desde el día del depósito legalmente realizado cesan los intereses, y la cosa depositada queda á riesgo y peligro del acreedor, dice el art. 1259 del Código civil. Pero nosotros conocemos ya esta disposición, y sabemos que los intereses, como el riesgo y peligro, deben enlazarse con *la mora accipiendi* y no con la liberación: de manera que, enunciada la regla, hubiera sido mejor aplicada sólo á la oferta real (3). La eficacia jurídica de la liberación consiste verdaderamente en la extinción de la deuda con todos sus accesorios; desde el día del depósito el deudor y los fiadores quedan liberados; terminan las hipotecas y las demás garantías reales y el deudor puede pedir la cancelación de las correspondientes inscripciones (4). Por decirlo con una palabra, el depósito equivale al pago.

282. Sin embargo, siendo el pago acto bilateral, mientras el depósito, hasta que haya sido voluntariamente aceptado ó declarado válido por el Juez, es acto unilateral, queda entre los dos actos una diferencia sustancialísima.

(1) Véase núms. 275 y sigs.

(2) Turín, 8 de Junio de 1874 (*Giur. tor.*, 1874, 529); Cas. Palermo, 80 de Diciembre de 1901 (*Legge*, 1902, 1, 701); Cas. Roma, 10 de Enero de 1903 (*Legge*, 1903, 635 con nota).

(3) Véase el vol. II, núms. 81 y sigs.

(4) *L. 7, D. de usuris* (XXII, 1; *L. 72, pr. D. de solut.* (XLVI, 3); *LL. 6, 9, 19, C. de usuris* (IV, 32); *L. 8, C. de distractione pignorum* (VIII, 28); *L. 9, C. de solutionibus* (VIII, 43); Laromblère, 1257, 12; Aubry et Rau, § 322, notas 28 y sigs.; Demolombe, V, 142 y sigs.; Laurent, XVIII, 200 y sigs.

En efecto, el pago es irrevocable, y transfiere la posesión y la propiedad del dinero al acreedor, mientras el depósito aun no aceptado, puede ser retirado por el deudor, y no transfiere nunca al acreedor ni la propiedad, ni la posesión de la suma pagada (1).

Que el acreedor no adquiere la posesión del dinero depositado todo el mundo lo comprende; pero tampoco es difícil de convenirse de que la propiedad del dinero, ó si queremos decirlo así, del crédito, tampoco puede ser adquirida por el acreedor; porque falta la voluntad, y *dominium invito non acquiritur* (2). La facultad de retirar el depósito mientras no haya sido aceptado ó definitivamente confirmado por el Juez, es disposición textual, que ha respetado en este punto la autoridad del derecho romano (3). Puede también ser ejercitada, no obstante el disentiimiento de los codeudores ó de los fiadores (4).

283. Pero es necesario precisar tres cosas: *a*) cual es el momento en que el depósito puede considerarse aceptado, y cesa la facultad de retirarlo; *b*) qué consecuencias produce la sentencia de confirmación; *c*) cuales la retirada del depósito que el deudor haga antes de la aceptación ó después de ella con el consentimiento del acreedor.

En cuanto al primer punto, la aceptación no es perfecta hasta que el deudor ha notificado su intención al acreedor y al depositario. No basta la sola notificación al creador porque no impide la retirada de la suma depositada, por la razón de que el director de la Caja, ignorando la aceptación del acreedor, no podría negarse á restituir el depósito al deudor que lo pidiese (5). Sábiamente, por lo tanto, ha prescrito nuestro legislador que, hecha la notificación de la aceptación al deudor y al depositario, el uno y el otro, esto es, deudor y acreedor, quedan ligados (6).

Por lo que respecta á la sentencia de confirmación, los artículos 910 del Código de procedimiento y 1261 y 1262 del Código civil nos suministran la norma para regular sus efectos. Después de la publicación de la sentencia, el deudor no puede retirar el depósito sin el consentimiento del acreedor, el cual puede, por el contrario, notificar su aceptación al deudor y al depositario vinculándose y vinculando al deudor irrevocablemente. Si la senten-

(1) Pothier, *Obl.*, 580; Delvincourt, II, págs. 551; Duranton, XII, 2 9; Aubry et Rau, § 322, nota 29; Demolombe, V, 147, 148; Laurent, XVIII, 201.

(2) Autores citados.

(3) *L. 19, C. de usuris* (IV, 32); *L. 7, D. de usuris* (XXII, 1); Voet, XLVI, 3, 28 y 29; arts. 1263, Cód. civ. it.; 1261, Cód. Nap.

(4) Arg. del art. 1263, Cód. civ. it.; 1261, Cód. Nap.; Laurent, XVIII, 204 y 205.

(5) Art. 36 del Reglamento anexo al Real decreto de 9 de Diciembre de 1875; los depósitos voluntarios se restituyen á petición de quien tiene derecho á ello.

(6) Art. 910, Cód. proc. civ.

cia de confirmación es ya firme, el deudor no puede ni aun con el consentimiento del acreedor retirar el depósito en daño de sus codeudores ó fiadores, y el acreedor que prestó su consentimiento para que lo retirase, no sólo no puede hacer nada contra éstos, sino que tampoco puede servirse de las hipotecas y de los privilegios anexas al crédito. Volveremos dentro de poco sobre estas disposiciones; entre tanto bástenos notar que se entiende por sentencia firme, según la regla admitida universalmente *in subiecta materia*, sentencia contra la cual no se pueden ya proponer los medios ordinarios de impugnación, es decir, la oposición y la apelación (1).

Finalmente, y estamos en el tercer punto, si se retira el depósito antes de la aceptación ó de la sentencia ya firme de confirmación, la deuda renace con todas sus consecuencias. Por mejor decir, la deuda no ha muerto nunca. En efecto: nadie puede obligarse por sí mismo, y como el pago en fin de cuentas es también un contrato (2), el *solius offerentis promissum* nada ultima, sino que se desvanece y pierde toda eficacia con sólo la voluntad contraria del que ofreció. En el derecho común antiguo, eran grandes las controversias para saber si no obstante la retirada del depósito, los coobligados ó los fiadores quedaban libres; y aunque la negativa estuviera mejor fundada en los textos (3), no faltaban doctos y beneméritos autores que sostenían la negativa (4). Por lo tanto, ha sido prudente nuestro legislador, estableciendo de modo explícito que, si el deudor retira el depósito, *sus codeudores ó sus cofiadores no quedan liberados* (5).

Suelen los autores examinar aquí si la facultad de retirar el depósito puede ser ejercitada según el art. 1234 por los otros acreedores del mismo deudor, en nombre y representación de éste. Y como la cuestión está un poco fuera de lugar, nos limitamos á indicar que, en nuestra opinión, pueden hacerlo principalmente por razón de reciprocidad. Como el deudor puede sin el consentimiento de los acreedores propios retirar el depósito, es bien justo que puedan también hacerlo éstos contra la voluntad de aquél (6); notificarán un acto de oposición al director de la

(1) Larombière, 1262, 1; Aubry et Rau, § 322, nota 84; Duranton, XII, 236; Colmet de Santerre, V, 207 bis, IV; Demolombe, V, 152; Laurent, XVIII, 209.

(2) Art. 1098, Cód. civ. It.

(3) Citados LL. 7, *D. de usuris*, y 19, *Cod. de usuris*.

(4) Voet, XLVI, 3, 29: «... eo forte excepto, quod pignora ab extraneo data t fidelussores per factam legitimo modo depositionem rei debitae lit i non incipiant iterum obligati esse, si debitor pecuniam depositam recipiat».

(5) Art. 1263, Cód. civ. It.; 1261, Cód. Nap.

(6) Demolombe, V, 151; Duranton, XII, 237 á 239; Colmet de Santerre, V, 206 bis I, contra Larombière, 1261, 2; Aubry et Rau, § 322, 32.



Caja y secuestrarán la suma que, no estando aún aceptada por aquél á quien se ofreció, pertenece todavía á su deudor (1).

284. Ahora bien: suponiendo que el depósito haya sido aceptado ó confirmado por sentencia firme, los artículos 1264 y 1265, del Código civil, nos dan á entender dos cosas: que el deudor no puede por sí sólo retirar el depósito, sino que para hacerlo necesita el consentimiento del acreedor; que si el deudor y el acreedor se ponen de acuerdo sobre la retirada del depósito, nace una nueva deuda, pero no revive la antigua; de manera que los codeudores y los fiadores quedan liberados y las hipotecas y los privilegios no tienen ya valor. Y la razón es clara, puesto que precisamente por la aceptación y por la confirmación judicial es por lo que el depósito se hace irrevocable, y equivale al pago, no sólo con respecto al deudor, sino con respecto á todos; toda buena razón nos induce, pues, á estimar que no debe hablarse ya de la deuda vieja, sino que nace por mutuo consentimiento una deuda nueva, que no puede tener los accesorios y las garantías de la precedente. Sería preciso á tal objeto un nuevo consentimiento de los codeudores y de los fiadores, una nueva constitución de hipotecas y una nueva causa de privilegios (2).

No hay duda de que la aceptación del depósito puede ser hecha por los acreedores del acreedor, á los cuales por el art. 1234, es lícito ejercitar los derechos de su deudor (3).

Hemos dicho antes, que la sentencia de confirmación, al ser ya firme, equivale á la aceptación del depósito. Firme quiere decir, lo hemos indicado ya, que no es susceptible de ser impugnada con los medios ordinarios de la apelación y de la oposición, bien haya sido aquélla promovida á instancia del acreedor ó por nulidad ó á instancia del deudor para la convalidación, hayan expirado los plazos para impugnarla, ó á su vez, haya sido rechazada la impugnación por el Tribunal superior (4). No ha lugar entre nosotros á la discusión propuesta por los escritores franceses, para saber si, y con qué efecto, puede ser retirado el depó-

(1) Art. 911, Cód. proc. civ. Los arts. 47 y sigs. del Reglamento citado admiten la eficacia de los embargos, secuestros y oposiciones sobre las sumas depositadas. Bien entendido que el embargo sólo puede ser hecho por acreedores provistos de título ejecutivo (art. 553, Cód. proc. civ.); mientras el secuestro requiere únicamente las condiciones prescritas por el art. 924 de dicho Código, y para el acto de oposición basta la sola calidad de acreedor.

(2) Duranton, XII, 234; Aubry et Rau, § 322, notas 34 á 36; Demolombe, V, 150 y siguientes; Laurent, XVIII, 206, 210 y sigs.; Larombière, 1263, 1 y sigs.

(3) Véase el vol. II, núms. 191 y sigs.; Aubry et Rau, § 322 texto á pág. 199; Demolombe, V, 155.

(4) Larombière, 1262, 1; Duranton, XII, 236; Colmet de Santerre, V, 207 bis, IV; Aubry et Rau, § 322, nota 34; Demolombe, V, 151, 152; Laurent, XVIII, 209.

sito estando pendientes los términos para impugnar la sentencia. En efecto, el art. 910 del Código de procedimiento civil, establece que el deudor no puede retirar el depósito después de la publicación de la sentencia de confirmación, y no se requiere que tal sentencia sea firme. Bien podrá, por lo tanto, retirarlo con el consentimiento del acreedor, pero como en tal caso no hay ni aceptación ni cosa juzgada, la liberación definitiva no puede considerarse todavía realizada y los codeudores y cofiadores continúan obligados, así como las prendas y los privilegios continúan siendo eficaces.

285 Finalmente, por las mismas razones, así como los gastos de la oferta, están á cargo del acreedor que la rechazó injustamente, asimismo están á su cargo los del depósito regular y válido. Decimos regular, porque si por cualquier irregularidad no pudiese confirmarse el depósito, todos los gastos estarían á cargo del deudor que lo hiciese mal. Decimos válido, porque si el deudor hubiese recurrido al procedimiento del pago coactivo, fuera de los casos en que tenía el derecho de pagar ó cuando el acreedor estaba pronto también á aceptar un pago amigable, el depósito no podría ser confirmado, y los gastos estarían á cargo del deudor (1). No recaerán solamente los gastos sobre el acreedor, cuando el depósito sea justo y regular, ó como de otro modo dice la ley, cuando sea válido, sino también el resarcimiento del daño. El art. 909 del Código de procedimiento civil, es clarísimo: atribuye al Juez la facultad de condenar al acreedor al resarcimiento de daños cuando sea injusta su negativa á aceptar la oferta ó el depósito (2), tanto en el caso en que el deudor haya hecho primero la oferta y haya pedido su confirmación antes de proceder al depósito, como en el caso en que haya procedido á la oferta y al depósito y haya pedido luego al Juez la confirmación al mismo tiempo de la una y del otro (3).

## § 2.

*En la deuda de cosa mueble, sea un cuerpo cierto y determinado (especies), sea una especie (genus).*

### I

286. CUERPO CIERTO Y DETERMINADO.—Entre las deudas de que puede haber interés en librarse, deben enumerarse no solamente

(1) Arts. 1262, Cód. civ. It.; 1260, Cód. Nap.

(2) Cas. Florencia, 5 de Noviembre de 1877 (*Foro*, 1877, 1, 1247 y nota).

(3) Cas. Florencia, 30 de Marzo de 1876 (*Ann.*, 1876, I, 1, 78).

las de dinero, sino también las deudas de una cosa mueble determinada, de un caballo, por ejemplo, de un cuadro, de una cuba de vino, y para exponer bien las reglas concernientes al pago forzado en esta especie de deudas, es preciso, ante todo, distinguir las materias civiles de las mercantiles.

En materia civil pueden establecerse tres hipótesis:

ó la cosa debe ser entregada donde se encuentra,

ó debe entregarse en otro lugar, que no es el domicilio del acreedor,

ó debe entregarse en el domicilio del acreedor.

El Código civil y el de procedimiento, han dictado reglas únicamente para el primer caso (1), pero la doctrina encuentra fácilmente en aquellas normas indicado el camino que debe seguir en los otros dos.

Suponiendo que el caballo, el cuadro, el vino, deban entregarse en el lugar en que se encuentran, el deudor, por medio del requerimiento, ordenará al acreedor que vaya á tomarlos, y si el acreedor no da señales de vida, el deudor podrá obtener del Juez el permiso de depositar las cosas en otro lugar. Procedimiento simplicísimo, sugerido por la razón, del que se encuentran también trazas en el Derecho romano. Aun se halla en él algo más, porque, escribía Ulpiano, que era lícito al vendedor del vino, cuando tenía necesidad de las cubas, después de haber avisado inútilmente al comprador, *effundere vinum* (2). De lo que algunos intérpretes argumentaron ampliamente que, después del requerimiento, el deudor podía libremente echar á la calle la cosa vendida, fuera la que fuese, sin necesidad de recurrir al depósito, pero la mayor parte de los eruditos, teniendo en cuenta otros textos no menos claros y más generales, consideraron el pasaje de Ulpiano como una norma muy excepcional que no podía extenderse *ad similia* (3). Y esta nos parece la verdad. Sea como quiera, el derecho moderno no permite ciertamente el procedimiento de Ulpiano, porque el art. 1266 del Código civil exige el depósito autorizado por el Juez.

Confrontando el procedimiento trazado para la deuda de cuerpo cierto, con el concerniente á la deuda en dinero, debemos señalar una diferencia notabilísima. En efecto: para la deuda en dinero se requiere la oferta real, para la de cuerpo cierto y determinado basta el requerimiento, no siendo difícil darse razón de

(1) Arts. 1266, Cód. civ. it.; 1264, Cód. Nap.

(2) *L. 1, § 3, D. de peric. et commodo, etc.* (XVIII, 6). Sin embargo, el mismo Ulpiano aconseja al vendedor que recurra á providencias menos duras: *si tamen, cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius.*

(3) *LL. 5, 17, D. eod.*; Molitor, *ob. cit.*, 335.

esta diferencia al pensar que el simple requerimiento, cuando se trata de dinero, dejaría muy incierto si era la oferta simulada por no tener realmente el deudor preparado aquel dinero que ofrece verbalmente y no enseña, mientras que, cuando invita al acreedor para que vaya á tomar en un lugar dado un cuerpo cierto y determinado, resulta fácil al acreedor ó al Juez cerciorarse de si en aquel lugar se encuentra verdaderamente la cosa ofrecida por el deudor.

El requerimiento es obligatorio y lo mismo el depósito. No hay que tener en cuenta la diversidad de la redacción en el art. 1266; porque si con relación al primero el legislador usa la palabra *debe*, mientras que para el segundo se contenta con la palabra *puede*, esta diversidad no significa ciertamente que el deudor puede librarse haciendo ó no haciendo el depósito. Léase bien el artículo y del nexo de las dos proposiciones resultará claramente el concepto de que, sólo después de haber hecho el requerimiento, permite la ley al deudor efectuar el depósito. Decir con algunos escritores que el requerimiento es obligatorio y el depósito facultativo, es traicionar el pensamiento del legislador y abrir el paso á equivocaciones.

Se necesita apenas advertir que bajo la palabra *requerimiento* se sobreentiende cualquier acto que sirva para hacer incurrir al acreedor en *mora accipiendi*: también la citación judicial sería oportuna al efecto; pero el deudor no podría hacerse reembolsar por el acreedor los mayores gastos que habría podido evitar por medio de un acto menos costoso (1).

Es notable el silencio de nuestro Código acerca de una circunstancia de hecho requerida por el Código francés, que no permite al deudor la demanda de depósito si no tiene necesidad del sitio en que se encuentra la cosa: *Si interfuit eius*, por decirlo con el derecho clásico, *inania esse vasa, in quibus vinum fuit: veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia* (2).

Por otra parte, los mismos comentadores del Código Napoleón no tomaban la ley al pie de la letra; comprendían bien que necesidad quería decir interés, siempre presunto en el deudor, y nuestro legislador, obedeciendo á esta sabia consideración, ha estimado mejor callar, remitiéndose al discernimiento del tribunal.

287. El depósito no puede hacerse sin el permiso del Juez competente, que es por regla general el pretor local, excepto cuando el permiso de depositar se pida incidentalmente en el curso de un

(1) Larombière, 1264, 2; Demolombe, V, 167.

(2) Citada L. 1, § 3, D. *de peric. et commodo*, etc. (XVIII, 6).

juicio ante el tribunal que juzga el asunto principal (1). Las razones que indujeron al legislador á no permitir el depósito sin autorización del Juez, mientras no se requiere autorización para el depósito de las sumas pecuniarias, son probablemente más de una. Ante todo, en la deuda pecuniaria, el deudor tiene interés poderosísimo en proceder sin dilación al depósito, para librarse de los intereses y de los riesgos y peligros. Por el contrario, no existe igual razón en la deuda de cuerpo cierto en que los riesgos y peligros son siempre de cuenta del acreedor (2), y no se conciben intereses. En segundo lugar, ¿quién no ve que el dinero encuentra siempre una caja pronta á recibirlo en depósito, mientras para todas las demás cosas es preciso encontrar un depositario ó secuestratario entre las personas idóneas y no partidarias del acreedor ó del deudor? Ahora bien, dicha designación no puede esperarse más que del Juez.

Pero el deudor, pongamos por caso, se encuentra de improviso obligado por la necesidad; le falta el tiempo para pedir el permiso cuando son inevitables daños gravísimos si no transporta la cosa debida á otro lado: ¿podrá en este caso efectuar el depósito en el lugar que le parezca y pedir luego la aprobación del Juez? La respuesta afirmativa no es dudosa en nuestro concepto; se trata de una providencia de equidad y de conveniencia, más que de una regla de derecho. Transporte, pues, el deudor ó deposite lo mejor que pueda ya que haciéndolo así no corre más peligro que el de pagar los gastos de un nuevo depósito, si el Juez llamado á confirmarlo nombra otro depositario; mientras evita los daños de que estaba amenazado si no depositaba la cosa y no la quitaba del lugar en que se encontraba (3).

Por lo demás, las reglas que rigen este procedimiento son iguales á las que se refieren al depósito pecuniario. Los gastos están á cargo del acreedor que injustamente se negó á ir á tomar la cosa; no hay necesidad de añadir observaciones sobre el criterio que debe seguir el Juez en la busca del depositario.

288. Si el objeto de la obligación son títulos de deuda pública, ú otros cuyo depósito se permita en la Caja pública, nos parece que el Juez deberá designar precisamente esta Caja como el lugar donde debe efectuarse (4). En caso contrario, el Juez tendrá

(1) Arts. 1266, Cód. civ. it.; 912, Cód. proc. civ.

(2) Véase el vol. IV, núms. 235 y sigs.; Larombière, 1237, 10; Aubry et Rau, § 322, nota 24; Demolombe, V, 168.

(3) Demolombe, V, 165.

(4) Véase el art. 7 de la ley de 17 de Mayo de 1863 sobre la Caja de depósitos ó préstamos, que enumera entre los títulos de la Deuda pública, las obligaciones pro-

en cuenta las reglas del secuestro judicial; porque, dice bien Larombière, este depósito de la cosa que un deudor ofrece para su liberación, tiene un nombre propio suyo en el lenguaje jurídico: se llama secuestro judicial. La justicia llamada á autorizarlo tiene poderes discrecionales, sea para ordenarlo, sea para regular sus modos y condiciones (1); y el art. 1875, núm. 3.º del Código civil (1961 Cód. Nap.) confirma autorizadamente la doctrina de Larombière.

Hasta aquí del deudor, que debe entregar la cosa donde se encuentra. A su vez, cuando deba entregarla en otro lugar determinado, que no sea tampoco el domicilio del acreedor, ninguna disposición precisa del Código nos enseñará el procedimiento que debe adoptarse para liberarse; pero el deudor no se alarmará por este silencio; ya que, si tiene criterio, comprenderá en seguida que no tiene que hacer más que transportar la cosa donde ha de entregarla, para invocar luego la disposición textual del artículo 1266. Transporte, pues, á sus expensas al lugar en que está obligado á entregarla: luego el requerimiento y depósito autorizado por el Juez, si el acreedor no se rinde á la invitación de ir á recoger la cosa debida (2).

Muy semejante, finalmente, á ésta, y por eso merecedora de ser tratada con las mismas normas, es la obligación de entregar el cuerpo cierto en el domicilio del acreedor. El deudor transporta el objeto de su deuda donde debe entregarlo; y si el acreedor, presente ó requerido, se niega á tomarlo, el deudor pide al Juez el permiso para depositarlo. Podría también darse el caso de que las circunstancias le obligaran á hacer el depósito antes de pedir la autorización, y deberán repetirse las observaciones establecidas para el caso análogo de la deuda pagable donde se encuentra la *species* debida (3).

289. Por último. Hemos supuesto hasta ahora la deuda pura; pero el deudor podría tener que realizar una obligación alternativa. Ninguna dificultad, si la elección pertenece al deudor, que podrá elegir y ofrecer, según las normas expuestas, el objeto designado como si fuera el solo debido. Pero si á su vez la acción corresponde al acreedor, será preciso que el deudor haga algo más; porque deberá comenzar por un requerimiento en que invite al acreedor á hacer la elección y tomar el objeto que desea; y en

---

venciales y de establecimientos públicos, los bonos del Tesoro y las acciones y obligaciones de Sociedades anónimas y en comandita.

(1) Larombière, 1264, 7.

(2) Larombière, 1264, 1; Aubry et Rau, § 322 texto, núm. 3, pág. 196; Laurent, XVIII, 199; Demolombe, V, 169.

(3) Marcadé, 1264, 11; Demolombe, V, 171; Laurent, *lug. cit.*

caso de silencio ó de negativa de éste, después del requerimiento, deberá citarlo á juicio para hacerle declarar decaído de su derecho de elección, y que corresponde al tribunal ó al propio deudor el derecho de opción. Solamente después de la sentencia que admita dicha demanda, podrá servirse del procedimiento trazado en el art. 1266 (1).

290. Y dígase esto para las materias civiles; puesto que en tema de obligaciones mercantiles el procedimiento se modificará por efecto del derecho de ejecución coactiva, reconocido en todas las obligaciones bilaterales que forman, puede decirse, las principales obligaciones de que vive el comercio. Ciertamente, el Código de Comercio, para satisfacer los votos de los jurisconsultos y de los comerciantes, autorizó la ejecución coactiva por parte del vendedor cuando el comprador no se prestaba á recibir la entrega de la cosa comprada. ¿Y qué formas dictó para regular el procedimiento? Simplicísimas: concedió al vendedor la facultad *de depositar la cosa vendida en un lugar de depósito público ó á falta de él, en una acreditada casa de comercio por cuenta y á costa del comprador, ó hacerla vender* (2). Por lo tanto, nada de requerimiento por medio de ujier, ni permiso del Juez que autorice el depósito y nombre la persona del depositario: sólo añade el legislador, que el contratante, cuando usa de esta facultad, *debe en todo caso dar pronta noticia de ello al otro contratante* (3). De esta última disposición resulta que mediante un aviso participativo de cualquier manera al vendedor, el comprador obtiene la ejecución coactiva del contrato, y al mismo tiempo la liberación de su deuda. La razón exige, por lo tanto, que en materia comercial la liberación coactiva pueda conseguirse efectuando el depósito sin necesidad de autorización precedente del Juez, sino únicamente observando las reglas dictadas en el citado artículo, que ponen en armonía la institución jurídica con las necesidades prácticas de la vida comercial.

## II

291. ESPECIE (*genus*).—La deuda de especie, ó de cosa fungible, aun cuando no estuviere tratada por la ley en el tema de que nos ocupamos, debería caminar con igual paso que la deuda de cuerpo cierto y determinado; porque las reglas sobre el requeri-

(1) Marcadé, *lug. cit.*; Larombière, 1264, 1; Demolombe, V, 171.

(2) Art. 68, Cód. Com.

(3) Cit. art. al final.

miento y sobre el depósito, sancionadas en el art. 1266 del Código civil, se le adaptan mucho mejor que el proceso de la oferta real y del depósito en las Cajas públicas, sancionado para las deudas en dinero. Esto no obstante, algunas palabras de pasada en el art. 1260 y 1261, núm. 3.º de dicho Código, y en el art. 903, número 5.º del Código de procedimiento civil, hacen surgir la fundadísima duda de si el legislador ha querido sujetar la deuda de especie ó como se decía antiguamente de género, á las mismas reglas de la deuda en dinero. En efecto, en todas aquellas tres disposiciones se habla explícitamente, no sólo de dinero ofrecido ó depositado, sino también de cosa ó de especie, de intereses y de frutos; y en los artículos correlativos del Código de procedimiento se llega hasta requerir en las diligencias de oferta la mención del número y de la calidad de las monedas, si se ofrece dinero, ó si no, *de la designación de la cosa*.

Lo mismo ocurre en las leyes francesas, donde encontramos abierta disidencia sobre este punto entre los escritores. Vemos, en efecto, una escuela capitaneada por Marcadé, que enseña que la liberación de la deuda en especie se obtiene por el deudor á pesar del acreedor, especificando primero cual es la cosa del género con que pretende liberarse y siguiendo luego las reglas escritas para la deuda de cuerpo cierto (1); otra escuela menos numerosa, pero seguida también por escritores beneméritos de la ciencia, predica todo lo contrario, y exige, por lo tanto, la aplicación del procedimiento señalado para las deudas en dinero (2), salvo en cuanto al lugar del depósito y á la persona del depositario, que deberán ser designados por el Juez.

En rigor, es esta la doctrina más conforme á la ley; porque de otro modo las palabras que hemos leído poco antes en el Código civil y en el Código de procedimiento, no tendrían sentido. En efecto, ¿á qué referir en la oferta real la designación de la cosa ofrecida sino á la deuda en especie, en cuanto hemos visto que el depósito de cuerpo cierto y determinado no debe ser precedido por la oferta real? Pero, cuando más tratamos de persuadirnos, tanto más la razón se revela viendo los inconvenientes con los que se tropezaría. Y en verdad, la diferencia sustancial que separa el procedimiento requerido para las deudas en dinero del dictado para las deudas del *certum corpus*, es la necesidad de la oferta real para los primeros, no exigida y suplida por el reque-

---

(1) Marcadé, 1567, 1; Toullier, IV, 212; Duranton, XII, 221; Larombière, 1254, 10; y 1264, 1; Aubry et Rau, § 322, nota 21; Demolombe, V, 175, 176; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.), vol. IV, 126.

(2) Mourlon, *Rép. écrites*, II, pág. 729; Colmet de Santerre, V, 208 bis, III; Laurent, XVII, 191, 192; véase Lacantinerie, *ob. cit.*, XIII, 1625.



rimiento oral para los segundos. Sabemos ya lo que quiere decir oferta real: tomar la cosa debida y exhibirla al acreedor donde se encuentra personalmente, ó donde reside. Está pronto dicho; y cuando se trata de suma está también pronto hecho. Pero si se trata, v. gr., de miles de sacos de grano, de doscientos bueyes ó caballos, de cincuenta hectólitros de vino, de dos mil cajas de naranjas, y por otra parte, la deuda no sea *portable* sino *buscable*, ¿cómo hará el deudor para someterse á este incómodo transporte? ¿Es racional y justo constreñirlo á anticipar tanto gasto quizás inútil, porque el acreedor revendería ó usaría el género comprado en el lugar donde se encontrara antes. Frente á esta dificultad no parece fuera de lugar la duda, y no es irreverente la censura que se hace á nuestras leyes que no han puesto fin á la vacilación.

292. Y fueron estas precisamente las razones que en otra ocasión nos indujeron (1) á enumerar la obligación de cosas determinadas únicamente en la especie, ó como de otro modo se dice, de género, entre las obligaciones para cuya liberación no es necesaria la oferta real (2). Pero aun cuando, por ciega obediencia á la ley, se quisiera sostener la regla opuesta, creemos que debería indudablemente sujetarse á dos restricciones. Esto es: una, la de que no se exigiera la oferta real, sino que bastara la oferta verbal, ó el requerimiento del deudor, que se declara pronto á entregar la cosa, cuando ésta sea de peligroso, difícil ó costoso transporte, y la deuda deba ser satisfecha en casa del deudor. Oferta real, entendemos, no puramente vaga y genérica, sino acompañada de indicaciones precisas de las cosas ofrecidas, del lugar en que se encuentran y de otras garantías observadas según las costumbres, de modo que presenten suficiente certeza de que el deudor tiene en su poder la cosa que ofrece y la intención de pagarla. Debe dejarse aquí una cierta latitud al arbitrio del Juez para estimar la seriedad y la suficiencia del acto. La segunda es que siempre que no se trate de aquellos títulos que al par del dinero son recibidos en la Caja pública de depósitos, será preciso para toda otra clase de cosas que el deudor obtenga del Juez el nombramiento de un depositario.

293. Y no basta; porque todo este razonamiento está bien para las obligaciones civiles; pero en las mercantiles la ejecución coac-

---

(1) Véase el vol. II, núm. 83.

(2) Por el art. 7.º de la citada ley de 1863, repéltimos, la Caja recibe en depósito, además del dinero, los títulos de la Deuda pública, las obligaciones de provincias y de establecimientos públicos, los bonos del Tesoro, las acciones y obligaciones de Sociedades anónimas y en comandita.

tiva del contrato, concedida por el art. 63 del Código de Comercio, permite seguir las formas más expeditas, que á tal fin están trazadas como hemos indicado al hablar de la deuda de cuerpo cierto (1); formas que sirven para conseguir la ejecución coactiva y con mayor razón bastan para la simple liberación; siempre que el deudor ante todo determine las especies que quiere entregar y las convierta en cuerpo cierto y determinado.

## CAPÍTULO II

### DE LA OFERTA REAL Y DEL DEPÓSITO EN LOS CASOS NO INDICADOS POR LOS CÓDIGOS

#### § 1

#### *En las obligaciones de entregar inmuebles.*

294. Entre las disposiciones de los Códigos civil y de procedimiento civil, que hemos examinado en nuestro discurso, no hay ciertamente ninguna que pueda aplicarse á las obligaciones de inmuebles. En efecto, ¿cómo concebir la oferta real, presentación y depósito de un inmueble? Por otra parte, la razón exige que el vendedor ú otro deudor de un inmueble tenga también modo de liberarse, si el comprador es contumaz ó se niega caprichosamente á recibir la entrega. Y como en los Códigos no se encuentra trazado ningún otro procedimiento para este modo de liberación, es necesario recurrir á las reglas generales y estimar que el único camino para conseguirlo es el del secuestro judicial.

Tales consideraciones no se han escapado á los pocos escritores que han pensado en el asunto; de manera que el procedimiento del secuestro se encuentra en doctrina indicado sin vacilación, como el único modo que debe seguirse en las obligaciones que recaen sobre inmuebles (2). En confirmación de esta consideración es preciso no olvidarse de que entre los casos de secuestro judicial enunciados por el Código civil, está expresamente el de cosas que un deudor ofrece para su liberación (3); y el Código no distingue en este asunto muebles é inmuebles, ni indica que limita sus disposiciones únicamente á los primeros. Así mismo,

---

(1) Véase el núm. 290.

(2) Larombière, 1264, 8; Demolombe, V, 172. Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV.<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 127 y nota; Cas. Roma, 13 de Septiembre de 1878 (*Foro*, 1878, 1, 903) notable en materia de cesación de arrendamiento.

(3) Arts. 1875, núm. 2, Cód. civ. it.; 1961, núm. 5, Cód. Nap.

pensando en la disposición del art. 923 del Código de procedimiento civil, encontramos otro argumento en confirmación de nuestras afirmaciones; porque ese artículo, al regular las formas de la entrega al secuestratario, se remite explícitamente á las disposiciones que rigen, no sólo la dejación de los bienes muebles, sino también á las concernientes á los inmuebles.

Ninguna guía cierta encontramos en los Códigos sobre el modo de comenzar el procedimiento; por lo que se cae en la antigua y conocida discusión para saber si á fin de obtener el secuestro judicial es necesaria una citación, ó basta una instancia al pretor ó al presidente del tribunal, como basta para el secuestro conservativo. Sin resolverla dogmáticamente, diremos en línea de principio general que, por lo que se refiere al procedimiento de liberación coactiva, así como no es necesaria la citación en las otras especies de obligaciones, no puede ser requerida en las relativas á los inmuebles; pero creemos indispensable, salvo en casos de urgencia, la notificación al deudor de la instancia en que se pida el secuestro, si el deudor no quiere exponerse al riesgo de soportar sus costas, cuando el acreedor declare que habría aceptado la entrega si el deudor se la hubiese ofrecido.

## § 2.

### *En las obligaciones de hacer ó de no hacer.*

295. Queda, por último, que hablar de las obligaciones que tienen por objeto *hacer* en el sentido riguroso de la palabra, ó *no hacer*.

Tampoco de estas se ocupa el texto de la ley, cuando es demasiado evidente la imposibilidad de aplicarlas á la oferta real y al depósito. Pero si la ley calla, no se comprende por qué, bajo una legislación que considera justamente como un derecho del deudor el liberarse cuando ha llegado el día del vencimiento, no pueda quien prometió un hecho ó una abstención encontrar el modo de liberarse también *nolente creditore*. En efecto, el procedimiento especial trazado por la ley, que consiste en la oferta real y en el depósito, es una facultad, no una obligación, para el deudor, que puede á su vez recurrir á las normas ordinarias con que se insta la jurisdicción del Juez para obtener una sentencia de liberación (1).

---

(1) Véase anteriormente, y Pacifici-Mazzoni, *lug. cit.*; Casale, 30 de Enero de 1880 (*Foro it.*, 1880, 1, 140).

¿Cuáles serán, pues, las vías abiertas al deudor para conseguir su intento? Si el hecho no exige el concurso del acreedor, el deudor requerirá por medio de ujier al acreedor para que se encuentre presente en la hora y el lugar designados; si no comparece el acreedor, se hará constar su ausencia por el ujier, y el deudor realizará sólo el acto debido. Si el hecho requiere el concurso personal del acreedor, hecha constar la falta de éste, le será necesario pedir al Juez la autorización para cumplir la prestación por sí sólo, ó por medio de equivalentes. El art. 1220 del Código civil, por el que se autoriza al acreedor para hacer ejecutar la obligación cuando el deudor se niega á efectuarla, suministra una norma que por estrechísima analogía resulta aplicable al caso contrario de la negativa del acreedor.

296. Pero no lo hemos dicho aún todo: supongamos la obligación *de no hacer*, y veremos también al deudor perplejo para encontrar la manera de liberarse. A primera vista resultará extraña la hipótesis, pareciendo natural que el deudor no deba tener más idea que la de estarse quieto en su casa para no ser molestado; ¿pero no es posible alguna vez que el deudor tenga interés en liberarse? Será raro; pero no imposible; imagínese, dice Demolombe, la concesión de un derecho de paso concedido por Ticio á Cayo sobre el fundo ó sobre la era, con obligación por parte de Cayo de hacer los trabajos necesarios para el ejercicio de la servidumbre, después que de acuerdo se haya determinado el lugar donde debe ejercitarla. He aquí el interés indiscutible de Ticio en apresurarse y en ver establecido de una vez el paso para salir de la incertidumbre. ¿Y el modo? El requerimiento á día cierto hecho constar por el funcionamiento público ó por testigos, la citación para obtener del Juez la facultad de determinar el lugar sin el concurso del acreedor, y á cargo de éste (1); si no le parece mejor al deudor provocar la resolución del contrato (2).

---

(1) Demolombe, V, 181; Pacifici-Mazzoni, *lug. cit.*; Casale, decis. antes citada.

(2) El Código alemán, omitiendo hablar de la oferta real, autoriza como pago forzado, el depósito en la Caja pública local, cuando el acreedor esté en morosidad de aceptar, ó por una causa que dependa de él, ó por incerteza acerca de su persona, el deudor no culpable de negligencia se encuentre en la imposibilidad de realizar la obligación normalmente (arts. 372, 373, 374). La deuda debe ser de dinero, de títulos ó de valores de precio, que sean recibidos en las Cajas públicas. El depósito debe estar seguido de una notificación; y puede ser retirado, excepto en los pocos casos determinados en el art. 376. Los efectos del depósito son idénticos al pago hecho regularmente (art. 378). Cuando la cosa es diferente del dinero ó de los valores susceptibles de depósito, el deudor puede hacerse autorizar para venderla públicamente, ó si se trata de cosas negociables en bolsa, á la venta particular, interviniendo un agente de cambio (arts. 383, 385). Los gastos están siempre á cargo del acreedor (arts. 381, 386).

## PARTE II

---

### MODOS DE EXTINCIÓN CONSISTENTES EN UN ACUERDO LIBERATORIO

---

297. Toda clasificación teórica, escribía un eminente pensador italiano, no es más que anatomía (1). En efecto, así como en el cuerpo humano el cuchillo anatómico corta y separa las partes que constituyen su fábrica, para conocer su estructura, así en la *iusti atque iniusti sciencia* la clasificación sistemática de las figuras jurídicas es el procedimiento suministrado á la mente humana para conocer el orden, la ley y las relaciones principales como están enlazadas. Pero esta anatomía jurídica se sujeta á la misma suerte que la anatomía del cuerpo humano; porque el cuchillo anatómico, cuando en servicio de la ciencia corta y separa miembros del cuerpo, los tendones del músculo y del nervio, destruye lá obra de la naturaleza, sin lograrlo nunca con corte tan limpio que no deje deseo de precisar donde termina una parte y comienza otra; ni la clasificación científica puede conseguir mejor su intento de separar y analizar más que abstrayendo las figuras jurídicas de la multitud de hechos en que vive el derecho y rompiendo aquellas ligaduras, secundarias pero también naturales, de que obliga á prescindir el método adoptado.

Tenemos nueva confirmación de esta verdad constante al tratar de la extinción de las obligaciones por acuerdo liberatorio; porque los modos que pueden agruparse en esta categoría toman aspectos variados, y tienen diversa relación, tanto en razón de los hechos en que se encarnan como con respecto al modo como se consideran. También el pago, por ejemplo, sería en rigor un

---

(1) Vico, *De antiquissima itaolorum sapientia, etc.* Cap. I, § 1: «Deus scit omnia, quia in se continet elementa, ex quibus omnia componit: homo autem studet dividendo ea scire. Itaque scientia humana naturae operum Anatomie quaedam videtur».

acuerdo liberatorio: mas en él aparece el elemento voluntario menos preponderante que en la novación ó en la *datio in solutum*, porque existe la diferencia de que en éstas puede ser suplido por el Juez. ¿Y la *datio in solutum* y la novación, ya que las hemos indicado, no son por muchas razones afines ora al pago, ora á ciertos contratos de los que toman prestados los requisitos principales, según el objeto que se proponen, el modo y la finalidad con que se ultiman?

Análogas observaciones podemos hacer desde este momento respecto á los modos de extinción, dependientes de imposibilidad sobrevenida, del cumplimiento: muchos de los cuales se hermanan con los modos de extinción clasificados en otras categorías. Pero esto basta por ahora para recordar que, si los modos de extinguir las obligaciones de que pasamos á hablar ahora, tienen más que los otros el carácter de acuerdo liberatorio, no es, sin embargo, menos cierto que algunos puntos de estrecha afinidad los enlazan ora al pago, ora á ciertas maneras de extinguir las obligaciones, que nosotros por comodidad de método tratamos en otra categoría separada.

Con el auxilio de estas advertencias y también por claridad de exposición, hablaremos antes de la *datio in solutum*; luego de la *remisión*, del *mutuo disenso* y del *convenio*; por último de la *novación*.

## TÍTULO I

### De la «datio in solutum».

---

#### CAPÍTULO ÚNICO

##### CARACTERES Y EFECTOS

---

### I

298. La noción de la *datio in solutum*, fijada un poco vagamente por la práctica anterior al Código, sobre las huellas, quizás incompletas, de la legislación romana, se ha estimado por los modernos merecedora de tan poca consideración, que no sólo no ha encontrado lugar en los Códigos, sino que le ha faltado hasta un nombre propio en el vocabulario jurídico del día. Con todo esto, no piense nadie que hoy en día no pueda extinguirse una obligación por el deudor por medio de una prestación diversa de la prometida, cuando el acreedor lo tolera; porque, si es verdad que *aliud pro invito creditore solvi non potest*, no es menos cierto que, consintiendo el acreedor en recibir *aliud pro alio*, la obligación se extingue como por el pago. El Código mismo, no obstante su silencio, permite la *datio in solutum*, y contiene artículos que la suponen (1).

---

(1) Arts. 1929, Cód. civ. It.; 2032, Cód. Nap. Art. 707, núm. 2 y 709, núm. 3. Cód. com. No faltan por otra parte obras de índole general y especial monografías antiguas y modernas que tratan de la *datio in solutum*. En la más reciente de Polacco (*Dazione in pagamento*, Drucher y Tedeschi, Verona, 1888) encontramos citados: Glusiani, *Tractatus de bonis in solutum dandis* (Milán, Pomasco, 1620); Fromann, *Analysis*, I, 4, *de evition. materia de datione in solutum* (Tubingae, typis Kernerianis 1660); Wolh von Brüggén, *Disputatio iuridica inauguralis de beneficio dationis in solutum* (Helmstad, Muller, 1660); Strykli, *De Beneficio dationis in solutum* (vol. I, *Operae*); Schönfeld, *Dissertatio inauguralis iuridica de datione in solutum* (Altdorf, Meyer, 1693); Romussi, *Tractatus de datione in solutum* (Trattati, Florencia, Gelli, tom. II); Kaemmerer, *Dissertatio inauguralis iuridica de taxatione et datione in solutum intermistica praediorum debitoris in concursu* (Gotinga, Burmeier, 1779); Gottfr Amm. Weidner, *Die Lehre von der Zahlung und Angabe an Zahlungsstatt*. Jena Alnadem. Buchardlung, 1799); Rubo, *Ueber die Angabe an Zahlungsstatt nach dem allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten* (Tom. I, tit. 13 en el *Jahrbücher Preussischen Staatem*); Blumenthal, *Pauca de datione in solutum*; *Dissertatio iuridica* (Gotinga, Rosenbuch, 1890); Marezoli, Nov. 3, cap. 4,

298 bis. No basta. Además de la *datio in solutum* voluntaria, es también conocida en la doctrina la *datio in solutum* necesaria; es decir, que se cumple á mal grado del acreedor, ó del deudor, ó de ambos. Son ejemplo de ello la ejecución forzada, máxime en las legislaciones que aun toleran la *iudicialis adiudicatio*; la cesión de los bienes (*beneficium dationis in solutum*); el deterioro de la cosa debida, sea fortuítamente, sea por culpa del deudor: ya que en aquel debe contentarse el acreedor con las acciones y con los derechos que sobre la cosa correspondían al deudor, en éste con el resarcimiento de los daños; el abandono noxal, frecuente en la antigüedad, limitado hoy en día á algunas obligaciones del comercio marítimo; y, finalmente, todas las obligaciones en que la ley permita al deudor prestar una cosa diferente á la debida, poniéndola, por decirlo así, *in facultate solutionis*, como ocurre en los alimentos, que el deudor puede prestar recibiendo en su casa al alimentando (1). Pero ésta y otras configuraciones jurídicas análogas, pertenecientes á la acción de la *datio in solutum*, cuando se toma en sentido lato, y representan su excepción con respecto á la regla, no pueden tener aquí la conveniente exposición. La cual corresponde en parte á los tratados de derecho judicial en parte á las doctrinas particulares sobre varias instituciones á que se enlazan más directamente las indicadas configuraciones: ó constituyen tema de estudios especiales sobre la *datio in solutum* (2).

299. Nosotros nos limitamos á examinar la *datio in solutum* voluntaria: es decir, aquel acto en que el deudor da voluntariamente en pago una prestación diversa á la debida al acreedor propio, que consiente en recibirla en sustitución á la otra que le habría correspondido.

Requiere, por lo tanto:

una prestación *animo solvendi*,

una diferencia cualquiera entre la prestación debida y la que la sustituye (*aliud pro alio*).

*Ueber die datio in solutum, Magazin für Rechtsjurisprudenz und Gesetzgebung del v. Grolman e del v. Löhr IV* (Giessen. Heyer, 1844); Römer, *Die Leistung an Zahlungstatt nach dem Römische und gemeinen Recht* (Tübinga, Laupp, 1866); Witter, *sur Róme (Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, ecc.* (München, Cotta, 1866); De Beriy, *Étude sur la dation en paiement en droit romain* (Paris, Lahure, 1884; Bisson, *Dation en paiement en droit romain et en droit français, Thèse pour le doctorat* (Paris, Imprimeries réunies, 1885).

(1) Arts. 568, Cód. proc. civ.; 2081, 1218 y sigs., 1299, 145, Cód. civ.; 491, Cód. comm. Será inútil, recordar que el *beneficium dationis in solutum*, lo mismo que la cesión de los bienes y la adjudicación *in natura*, no están ya reconocidas por la legislación italiana vigente.

(2) Véase las notas precedentes.



el consentimiento y la capacidad de ambas partes, deudor y acreedor.

Poco nos detendremos en el primer requisito, pues que el concepto de prestación fué definido ya por nosotros, cuando hablamos del objeto de las obligaciones y del pago (1). Basta recordar que se toma en amplio sentido y comprende el dar, el hacer y el no hacer (2). Igualmente bastarán tan sólo dos palabras sobre el *animus solvendi*; puesto que el buen sentido mismo hace comprender que no se puede hablar de *datio in solutum* cuando se efectúa una prestación, no ya para extinguir una obligación preexistente sino para constituir una nueva: por ejemplo, quien da una cosa en depósito, en comodato, en mutuo no extingue, sino que crea una obligación (3).

299 bis. Mucho más interesante es el segundo requisito, respecto al cual es preciso detenerse á investigar cuáles pueden ser los cambios sustanciales de la prestación. Y ante todo, si pensamos que toda prestación puede ser por mutuo consentimiento sustituida por otra, el objeto de la *datio in solutum* nos presentará unas veces,

una cosa mueble ó inmueble en lugar de otra ó en lugar de dinero ó de un hecho (*rem pro re, pro pecunia, pro facto* (4): tal otra,

un hecho positivo ó negativo del deudor en lugar de otro hecho, ó de una cosa, ó del dinero (*factum pro facto, pro re, pro pecunia*); y finalmente,

un crédito para con el acreedor ó con respecto á otra persona en lugar de la cosa, ó del dinero, ó del hecho debido (*nomen iuris pro re, pro pecunia, pro facto*).

Supuesta, por lo tanto, una de estas sustituciones, que evidentemente hacen pasar la prestación de una á otra de las grandes categorías en que se subdividen todas las prestaciones, comprendiendo también en el *hacer* la abstención (*non facere*), se tiene indudablemente *aliud pro alio*. Y hasta aquí la cosa es llana. Pero, ¿qué decir, si aun permaneciendo en la misma categoría de prestaciones, la diversidad recae en el tiempo, en el lugar, ó en las cualidades sea sustanciales, sea accidentales de la prestación?

(1) Véase el voi. I, 227, III, 283, y este vol., núms. 11 y sigs.

(2) *L. 176, D. de v. signif.* (L. 16); *L. 54, D. eod.*; Römer, *La prestazione in luogo del pagamento secondo il diritto romano e il diritto comune*. Tubinga, 1866, § 1, págs. 1-2.

(3) Polacco, *ob. cit.*, 12, 13.

(4) Milán, 6 de Abril de 1897 (*Legge*, 1897, 2, 416). El convenio ultimado por el deudor con sus acreedores, de cederles sus bienes á fin de que se cobren, es una *datio in solutum*.

Por lo que respecta al tiempo y al lugar, si bien quien paga más pronto ó más tarde, ó en lugar diferente, presta, hablando en rigor, más ó menos de lo que debe, sin embargo, estas diversidades no bastan, según la doctrina establecida, para constituir la *datio in solutum* (1). Acerca de la sustitución de persona, es ésta una mutación que puede equivaler al cambio de objeto solamente en aquellas prestaciones de hacer, en que el acreedor tenga interés de que sean cumplidas precisamente por el deudor en persona: por ejemplo, pintar un cuadro, defender un pleito. Por último, las diferencias de cualidades sustanciales ó accidentales en el objeto material de las prestaciones de dar, tienen importancia diversa, según que la obligación sea de cuerpo cierto y determinado, de especie ó de cantidad. En el cuerpo cierto y determinado, el deterioro y la pérdida parcial del objeto debido no pueden tener nunca carácter de sustitución de un objeto por otro. Darán sin duda al acreedor el derecho de obtener resarcimiento de daños, si dependen del hecho del deudor; pero no llegarán nunca á caracterizar su prestación como una *datio in solutum* (2). Por el contrario, cuando la obligación sea de especie (*genus*), la sustitución de un género por otro, de una calidad inferior por una superior, puede muy á menudo equivaler á un *aliud pro alio*. En verdad, algunos escritores piensan (3), que cuando la prestación queda circunscrita dentro del género prometido, no existe *aliud pro alio*, cuando el deudor preste cosas del mismo género, pero de calidad diferente: por ejemplo, vino de Burdeos en lugar de Borgoña; pero creemos equivocada dicha opinión, porque no tiene en cuenta la intención presunta de las partes. Para nosotros es cuestión más de hecho que jurídica; porque depende de ver qué importancia tenía en la intención de los interesados la calidad debida, según la índole de la obligación; pudiendo ocurrir que la calidad del vino sea precisamente la razón por la que se ha contratado; de manera que el sustituirla por otra, signifique cambiar contrato y obligación.

Finalmente, si la obligación es de cantidad, resulta fácil comprender que el cambio de las especies amonedadas no puede nunca constituir un *aliud pro alio*, siempre que sean equivalentes en la suma que representan (4).

299 ter. Nos resta hablar ahora del consentimiento y de la ca-

(1) Polacco, *ob. cit.*, 9.

(2) Véase núm. 11; Polacco, *lug. cit.*, 10.

(3) Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, Melines-Cans, Bruxelles, II, pág. 1277.

(4) Véase el núm. 18; Polacco, *lug. cit.*, 10 y sigs.; De Rotes, *Opuscol.*, lib. VII, *ad leg. 7 Dig. de contrah. emt.*; Donello, *ob. cit.*, tom. IV, lib. 16, Cap. 9, núm. 10.

pacidad. Y comenzando enseguida por ésta, muchos escritores suelen confundir la capacidad que se requiere en el pago con la indispensable para la validez de la *datio in solutum*. Pero se equivocan; porque mientras existen pagos que pueden ser hechos y recibidos por quien tiene solamente capacidad para administrar, para la *datio in solutum* es á su vez necesaria por ambas partes la capacidad de enajenar: de manera que no todo mandatario para pagar ó para recibir puede consentir una *datio in solutum*, sino solamente aquellos que tengan para ello explícita facultad en el mandato; no todo *adiectus solutionis causa*, sino únicamente aquél que tenga explícitamente la potestad, ó que esté constituido en el interés del acreedor y del deudor juntamente (1).

Por lo que concierne al consentimiento, no hay duda de que es siempre necesario en las *dationes in solutum* voluntarias, tanto por parte del acreedor como por la del deudor (2); pero ver-

(1) Véase el núm. 74; y Romussi, *De datione in solut.* Disc. XVI, núm. 5: «Et quod solutioni adiectus sponte nequeat acceptare bona in solutum a debitore illius, cuius gratia fuerit adiectus, in puncto scribit Benitend. *de adiecto*, etc.: praesertim ubi positus esset favore creditoris tantum: is namque naturaliter duntaxat solutionem, id est pecunia numerata potest recipere; non autem quamvis aliam liberationis speciem gerere, qualis est in solutum datio, ut probant..... non autem si positus esset gratia utriusque tam debitoris, quam creditoris, vel gratia debitoris tantum, tunc enim dationem in solutum ei factum valere deducitur».

(2) Véase el núm. 11. Justamente, observa Polacco, *ob. cit.*, I, 16 bis, que el principio de que nos ocupamos, se resuelve en dos proposiciones correlativas: 1.<sup>a</sup>, el deudor no puede obligar al acreedor á recibir *aliud pro alio*; 2.<sup>a</sup>, el acreedor no puede pretender del deudor *aliud pro alio*. La mayor parte de las legislaciones no suelen considerar la cosa más que bajo el primer aspecto solamente, porque parece superfluo enunciar el segundo. En este orden de ideas estuvieron seguramente los redactores del Código Napoleón (art. 1245) y del Código civil italiano (art. 1245), que se limitaron á enunciar solamente el primero. También el derecho romano fué solícito en enunciar con preferencia la prohibición del *solvere aliud pro alio Pr. Inst. quibus modis obl. tollitur* (III, 29); *L. 2, § 1, D. de reb. cred.* (XII, 1); *LL. 16, 17 Cod. de solut. et liberat.* (VIII, 43); *L. 46, D. de solut. et liber* (XLVI, 3); *L. 9, Cod. de rescind. vend.* (IV, 44). Sin embargo, no faltan otros fragmentos textuales que prohíben al acreedor pretender el *aliud pro alio*: estas son *L. 5, Cod. de agricol. et censit.* (XI, 47); *L. 6, Cod. de rei vind.* (III, 32).

Entre las legislaciones modernas, los Códigos prusiano, 174, tit. 16, § 11; austriaco, § 1413, y sajón, § 694, son más completos, porque contienen formuladas explícitamente ambas prohibiciones. Pero el Código civil del imperio alemán ha seguido, á su vez, nuestro sistema (arts. 362 y sigs.): aunque en el Proyecto se formuló el art. 328, que contenía los dos preceptos: esto porque en la discusión se suprimió como inútil la prescripción de que el acreedor no puede pretender *aliud pro alio* (*Protocolo*, sesión 105, pág. 1746 y sigs.)

Por lo demás, el principio enunciado es tan evidente en sus dos proposiciones que bien puede decirse con *Brissonio vulgi ore trita sententia*. No valdría la pena de volver á refutar la opinión errónea de los que piensan que puede el deudor de una determinada cosa librarse *ad libitum*, pagando una suma de dinero á título de resar-

bal ó escrito, expreso ó tácito, es igualmente eficaz. Por esto la anticresis, que en el derecho italiano ha conseguido emanciparse de la escritura, puede llamarse una *datio in solutum* presunta, cuando el deudor tolera que su acreedor se ponga en posesión del inmueble y se haga pago con los frutos (1).

Pero no es cuestión sin importancia, al menos bajo el respecto fiscal, la de saber si este consentimiento por parte del deudor debe intervenir en el acto de la prestación ó puede ser dado desde el principio, esto es, al mismo tiempo que el negocio jurídico de que nace la obligación. Si suponemos una obligación alternativa, es cierto que, si bien el deudor consiente en recibir una cosa ó la otra, no se dirá nunca que la prestación de ésta ó aquélla, según la elección realizada posteriormente, constituya una *datio in solutum*. La razón estriba en que tanto la una como la otra están *in obligatione*, es decir debidas: de manera que el pago constituye siempre el cumplimiento puntual de la obligación, cualquiera que sea la elegida (2). Pero la cosa cambia cuando no existe obligación alternativa, sino que se trata de obligación facultativa: es decir, que sea una sola la cosa debida y la otra esté únicamente *in facultate solutionis*. Entonces, si bien el acreedor haya desde el principio consentido en recibir la cosa puesta *in facultati solutionis*, sin embargo, el pago de esta no cesa de ser una *datio in solutum*, porque el recibirla no era un derecho para el acreedor, que no habría nunca podido pedirla. Por lo tanto, no estando la cosa *in obligatione*, el pago que se haga con ella es siempre un *aliud pro alio* consentido por el acreedor; no importando nada que haya dado ya este consentimiento anticipadamente (3).

La cuestión ha sido motivo de discusiones judiciales en materia de la aplicación del impuesto del registro: es decir, que se ha discutido si la entrega de la cosa que estaba *in facultate so-*

cimiento. (Véase vol. II, núms. 91 y sigs.) «Quicumque rem debet, dice Cujacio (*ob. omn. in Lib. XII, Respons. Papin.*) non liberatur offerendo rei pretium; alioquin aperta erit via poenitudini et perfidiae.... nec verum est, quod quidam dicunt incivile esse ad faciendum cogi eum, qui paratum est subire litis aestimationem. Quaesio, an est incivile suum exigere atque etiam efflagitare? Quis hoc dicat?»

(1) Romussi, *ob. cit.*, Disc. I, núm. 14 «Tacita autem, seu melius praesumpta est, cum debitor patitur, creditorem ex re illius exigere fructus absque eo, quod de eo ab initio autem fuerit». Disc. II, *per tot*, donde examina las circunstancias de hecho que hacen presumir la *datio in solutum*. También Troplong, *De l'anticrèse*, 532, reconoce en la anticresis una *datio in solutum*, si bien no habla de pacto tácito, porque según el Código Napoleón (art. 2085), la anticresis, debe ser estipulada por escrito.

(2) Polacco, *ob. cit.*, 12 y sigs.

(3) Véase Polacco, *ob. cit.*, 45, que la llama una *datio in solutum* necesaria. Demoiombe, *Contrats*, IV, 228, excluye el concepto de *datio in solutum*.

*lutionis* constituye un mero pago, al que debe aplicarse la simple tasa de recibo ó más bien una transferencia de inmuebles hecha á título de *datio in solutum* y á la que, por lo tanto, se debía aplicar la tasa de transferencia que no hubiese sido percibida á la presentación del documento en que se constituía la deuda. Nuestra jurisprudencia, incierta al principio, ha acabado bajo la autoridad de la Casación Romana, por considerarla como una *datio in solutum*, sujeta, por lo tanto, á las tasas de transferencia y no á la de simple recibo (1).

300. Dicho esto de la *datio in solutum* en general y de sus requisitos, es conveniente añadir que en sentido estrechísimo y en la manera ordinaria de hablar de los juristas, se ha entendido siempre por dación en pago la prestación de una cosa material, excluyendo, por lo tanto, el *facere* y la transmisión de un *nomen iuris*; y por ello Romussio la ha definido: *quedam remissio, quæ a debitore de re propria fit creditori, ut ex ea illi satisfiat, dominumque ab illo in hunc transeat, traditione accedente, nisi aliter actum sit* (2). Esta especie de *datio in solutum* no sólo requiere el consentimiento y la capacidad, sino que exige además que la cosa pertenezca al deudor y éste la transfiera en propiedad, *nisi aliter actum sit*: porque toda la doctrina moderna, de acuerdo con la antigua, no considera perfecta la *datio* hasta que la cosa no ha llegado á ser propiedad del deudor (3). Pero como la tradición no es hoy necesaria para transferir la propiedad, basta el sólo contrato para el efecto, cuando el deudor sea propietario de la cosa dada *in solutum*.

Hemos dicho *nisi aliter actum sit*: porque consintiendo las partes, podría válidamente efectuarse también la *datio in solutum* prestando la cosa de un tercero. Nos lo enseñaron los antiguos tratadistas, indicando que el contrato sería válido sin perjuicio de los derechos del verdadero propietario (4).

300 bis. ¿Cuál es el carácter de la *datio in solutum*? Los juris-

(1) Cas. Roma, 22 de Diciembre de 1877 (*Foro it.*, 1877, 1, 158), en nota á una sentencia de la Corte de Mesina, que fué revocada; 29 de Julio de 1882 (*ivi*, 1035); 13 de Marzo de 1882 (*ivi*, 587); 9 de Abril de 1883 en pleno (*ivi*, 83, 1, 449); en las notas de estas sentencias se citan las decisiones contrarias; Cas. Roma, 5 de Enero de 1884 (*Legge*, 1884, 1, 145); 10 de Noviembre de 1885 (*ivi*, 1885, 2, 795).

(2) Romussi, *ob. cit.*, disc. I, núm. 1; Salgadus, *Labryrinth, cred.*, pars. I, cap. 10, números 1 al 25.

(3) Véase el núm. 102; Vinnil, *Inst.*, III, 30, 8; Romussi, *ob. cit.* Disc. I, núms. 2, 3 y siguientes; Pothier, *Vente*, 601; Troplong, *Vente*, 9, y *Cautionnement*, 581; Molitor, *ob. cit.*, 980.

(4) Romussi, *ob. cit.* Disc. XXIV. *Res aliena an recte possit dari in solutum*, núm. 2: «ita et per consequens datio in solutum rei alienae recte consistit ex iuribus supra allegatis, quamvis facta fuerit inter scientes, rem esse alienam».

consultos romanos, que limitaron también su concepto á la prestación de una cosa material, estuvieron muy poco acordes al definir su índole jurídica. Prevalció por otra parte la opinión de igualarla á la permuta si consistía en dar *rem pro re*, y á la compraventa si *rem pro pecunia*. Análoga, nótese bien, no idéntica, especialmente por la obligación de garantía que imponía al deudor (1); sólo que la venta no realizaba la traslación de propiedad, mientras la *datio in solutum*, según los más acreditados romanistas, era condición indispensable para la perfección de la *datio in solutum* (2). No faltaban tampoco, por otra parte, y lo veremos más adelante, entre los jurisconsultos romanos, los que lo entendían diversamente; de manera que queda este punto como uno de los más intrincados y oscuros del derecho antiguo.

La mayor parte de los escritores y de las sentencias, siguiendo á Pothier (3), iguala la *datio in solutum* á la permuta ó á la compraventa, estimando que el deudor permuta la especie, ó vende al acreedor la cosa ofrecida en pago y compensa con el precio su deuda (4): de manera que en la *datio in solutum* vendrían, según esta doctrina, á reunirse, sea la permuta, sea la venta, con la compensación, y en ambos casos la novación. Una permuta, cuando se sustituye la especie á la especie; una venta si una cosa al dinero, porque se estima precisamente que *dare in solutum est quasi vendere* (citada *L. 4 Cod., de evictionibus*, etcétera); una novación, porque el deudor se libera prestando una cosa que constituye el objeto de una obligación diversa á la antigua; una compensación, finalmente en el caso de la venta, porque el deudor compensa el crédito del precio como el vendedor con la antigua deuda. Si esta teoría fuese verdadera, la *datio in solutum* sería un *monstrum iuris*: tendría al mismo tiempo tres aspectos y tres caras totalmente distintas.

(1) *L. 34 pr. D. pignorat. actione* (XIII, 7); *LL. 20, 26 al final; 46 pr. § 1, 98 pr. D. de solut.* (XLVI, 3); *L. 8, C. de sententiis* (VII, 45); *L. 4, C. de evictionib.* (VIII, 45).

(2) *L. 46, D. de solut.* (XLVI, 3); Molitor, *ob. cit.*, 980; Romussi, *ob. cit.*, disc. I, número 2: «Inde fit igitur, ut ex vera rei datione in solutum, eiusque traditione dominium in alterum transferatur, ut ex supra citatis iurisconsultibus scribunt, Paris, cons. 81, etc., et quidem irrevocabiliter, cum potissima vis eius, atque potestas sit ex irrevocabilitate rei traditæ».

(3) Pothier, *Vente*, 601 á 605.

(4) Véase Aubry et Rau, § 325, nota 30; Demolombe, IV, 230; V, 279; Troplong, *Vente*, 7 y sigs.; *Cautionnement*, 581; *Hypotèque*, IV, 861; Larombière, 1243; Mourlon, *Rép. écrites*, etc., II, pág. 685; Laurent, XVIII, 323; Dalloz, *Rép. obl.*, 1744; Laurent, XVII, 323; Lacantinerie, *ob. cit.*, XIII, 1685; Pacifici-Mazzoni, *Vendita*, II, 168 e Ist. (IV ed.), vol. IV, 126 y nota Venzi, g, pág. 601; Cas. Turín, 11 de Mayo de 1877 (*Ann.*, 1877, 1, 1, 247); Perugia, 12 de Mayo de 1881 (*Legge*, 1881, 2, 453); Cas. Florencia, 28 de Enero de 1889 (*ivi*, 1889, 1, 620); Venecia, 7 de Mayo de 1889 (*ivi*, 1889, 2, 419); Cas. Roma, 23 de Febrero de 1897 (*Foro it.*, 1897, 1, 249).

Mas el problema no se resuelve si no se distingue la *datio in solutum* en sentido lato y en sentido estricto. En esta, que consiste en la tradición efectiva de una cosa corporal, el concepto de la novación no puede, bien mirado, aparecer tampoco porque la novación consiste en sustituir una obligación por otra obligación. Esta verdad es tan clara y tan comprensible, que Laurent, aunque defensor de la igualdad entre la venta y la *datio in solutum*, rehuye abiertamente adaptarle el concepto de la novación (1). No se diga que el deudor asume la obligación de la garantía: puesto que esta obligación, del todo secundaria, no viene en sustitución de la primera, sino que es la consecuencia común de todas las transmisiones á título oneroso. También en el verdadero pago, el deudor debe garantizar la cosa dada al acreedor; ¿pero por esto, qué? ¿se tendrá el valor de decir que el pago contiene una novación?

Si ampliamos el concepto de la *datio in solutum*, y suponemos que el deudor ha dado en pago un *nomen iuris*, es decir, *debitum pro debito*, ó la obligación sustituida á la precedente no cambia la persona del deudor, y tendremos una verdadera novación objetiva: esto es, la que vemos regida por el núm. 1.º del art. 1267 del Código civil y por las otras disposiciones que en la misma materia se refieren á ella. O la obligación sustituida cambia la persona del deudor, de manera que el acreedor se contenta con recibir en lugar del pago un crédito del deudor para con un tercero, y entonces tendremos, ni más ni menos que una adjudicación, una novación subjetiva, ó una *cessio in solutum*, ó una *cessio pro solvendo*, según los convenios particulares estipulados entre los contratantes. Si es una *cessio in solutum* ó una delegación, producirá novación subjetiva y objetiva al mismo tiempo (artículo 1267, números 1.º y 2.º), si el deudor cedente no asume ninguna garantía de la solvencia del deudor cedido, quedando liberado desde luego; si á su vez es una adjudicación simple ó una *cessio pro solvendo*, no producirá novación, si el deudor asume tal garantía, mientras que no siendo pagada la deuda por el deudor cedido, el acreedor ejercitará las acciones del crédito antiguo que no se ha extinguido nunca (2).

Finalmente, cuando el objeto de la *datio in solutum* haya sido

---

(1) Laurent, XXVIII, 279: «On cite cette disposition comme un exemple de novation: c'est plutôt un payement, puisque la dation en payement éteint l'ancienne dette sans créer une obligation nouvelle. Il y aurait novation, si le créancier consentait à éteindre la première dette moyennant la promesse du débiteur de lui donner un immeuble ou un autre effet en payement: cette somme scrait une dette nouvelle, qui prendrait la place de l'ancienne».

(2) Véase el vol. VI, núms. 152 y sigs.

un *factum*, ó el hecho es prometido y no realizado, y existe verdadera novación porque existe sustitución de una obligación nueva á una antigua: ó el hecho está ya prestado, y entonces no puede surgir la cuestión, porque la satisfacción del acreedor está útil é irrevocablemente cumplida.

## II

301. Hasta aquí la teoría. Viniendo á la práctica, y dejando á un lado aquellas *dationes in solutum*, que según las observaciones ya hechas contienen verdaderamente novación ó cesión, en la *datio in solutum* en sentido estrechísimo, cuando el deudor dió *rem pro re ó pro pecunia*, la evicción de la cosa dada en pago, ¿hace revivir la obligación primitiva? ¿Hace renacer la fianza y las hipotecas que la garantizaban?

Para responder adecuadamente á estas preguntas, convendrá partir del derecho romano, en que Proculyanos y Sabinianos estuvieron en desacuerdo sobre el punto de si la *datio in solutum* extinguía la obligación *ipso iure* ú *ope exceptionis* (1); pero Justiniano la dió ganada á los Sabinianos, igualando en todo la *datio in solutum* al pago (2). De extinción *ope exceptionis* no se habla ya en las escuelas modernas. Por otra parte, se pregunta á su vez si la extinción se realiza directamente ó indirectamente; y la extinción se considera directa por quien la estima consecuencia inmediata de la tradición virtual ó efectiva de la especie dada en pago; se considera indirecta por los que ven en ella una novación que sustituye la obligación antigua por la permuta ó por la compraventa, seguida de la compensación del precio. Problema nuevo en la forma, viejo en la esencia, y que nace de la vetusta controversia entre Proculo y Sabino. Nos lo dicen en el *Corpus iuris*, por no indicar otros muchos, dos textos en abierta contradicción; uno de Ulpiano, que concede al acreedor que ha sufrido evicción la *actio utilis ex emto* (3); otro de Marciano, que

(1) Gaius, *Comment.*, III, § 168: «Quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est».

(2) *Inst. Quibus modis* (III, 30): «Tollitur omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit».

(3) *M. 24 pr. de pignorat. actione* (XIII, 7): «... videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum. Imo utilis ex emto accommodata est quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, et in quantitatem debiti ei satisfiat: vel in quantum eius intersit; et compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia, vel ex alia causa cum eo agetur».



conserva al acreedor la acción primitiva, considerando no realizada la *datio in solutum* (1).

Muchas tentativas arriesgaron con varia fortuna los intérpretes para conciliar las dos leyes, y varias fueron las sentencias que valiéndose de limitaciones y divisiones, de sublimitaciones y subdivisiones, se introdujeron en la práctica de juzgar. Los eruditos recuerdan aún á Accursio y á Cuiacio, obstinados en distinguir la *datio*, que consistía en dar *rem pro re*, de la que se hacía *rem pro pecunia*; estimando aplicable á la primera el texto de Marciano y á la otra el de Ulpiano (2). Pero más que dicha distinción, se acreditó la teoría seguida en diferentes tiempos por Donello, Voet, Caballini, Mangili y por Pothier, por la que quedaba al acreedor que había sufrido evicción el derecho de elegir entre la *actio utilis ex emto*, y la acción propia del crédito primitivo (3); y aunque se pueda racionalmente objetar que no siendo tolerable ni equitativo que el deudor, máxime de buena fe, quede á discreción del acreedor, corriendo el albur de la mala suerte y no pudiendo igualmente alcanzar la buena; sin embargo, esta doctrina fué también seguida por la Rota romana, al menos si el acreedor había sido cauto en reservarse explícitamente los primitivos derechos, estipulando: *quod si contingat rem evinci, remaneat actio in pristino statu* (4).

302. Pero no basta. Poco persuadidos por las anteriores distin-

(1) *L. 46, pr. D. de solution.* (XLVI, 3): «Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset, re integra, creditor, nisi pro solido eius fieret».

(2) Accursio, *Ad leg. 46, D. de solutionibus*; Cuiacio, *Observat.*, 28 y *recensio ad leg. 4, Cod. de evictionibus*.

(3) Donello, *Comment.* Lib. XVI, cap. 9, núms. 9 á 14; Caballini, *de eviction.*, § 4, número 40; Mangilio, *de evict.*, quaest. 145, núms. 20, 21; Voet, XLVI, 3, 13: «etenim non pugnante ista, obligationem priorem instaurari, et actionem de evictione, dari: ut in creditoris arbitrio sit, utrum magis ad pristinam obligationem, tamquam non extinctam redire velit, an de evictione agere». Pothier, *Vente*, 605. Obsérvese que además de dicha acción útil *ex emto*, el acreedor en caso de evicción de la cosa que se le dió en prenda tiene también la acción que se deriva de su crédito, del que no ha podido ser liberado al deudor por un pago que ha resultado ineficaz.

(4) Es notable sobre el asunto la decisión de la Rota Romana coram Molines de 5 de Diciembre de 1696 repetida por Romussi, *Ad tractatum de datione in solutum* (dec. XVI, núms. 5 y 6): «Quod autem in casu fuerit expresse reservatum Francisco jus redeundi ad primaeva iura in eventum evictionis, palam declarant verba apocae dationis in solutum, quae talia sunt»: y en caso de que dichos terrenos ó parte de ellos sufriesen evicción de cualquier modo que fuese, la herencia quede obligada á dar otros tantos bienes á estimación, y se entiendan siempre reservados á dichos señores acreedores los derechos primitivos de anterioridad y prioridad, tanto contra dicha herencia por el efecto antedicho, como contra otros coobligados. «Ex quibus patet, quod quamvis in prima parte huius pacti, se obstrinxerit haereditas in casu evictionis solvere tantundem in aliis bonis; quia tamen immediate subiungitur, quod

ciones, otros escritores hicieron surgir la duda de si no sería mejor distinguir entre la acción personal y la acción hipotecaria, estimando que la primera, una vez extinguida, no reaparece nunca, no obstante la evicción, porque *in perpetuum sublata obligatio restitui non potest*; mientras la acción hipotecaria no perece en caso de evicción, *quia hypotheca eius est naturae, ut numquam dissolvatur, nisi plene et integre satisfacto debito* (1). Pero algunos de los partidarios de esta doctrina, de que fueron apóstoles Fabro y Romussi, avanzaron un paso más y volvieron á distinguir. La cosa dada en pago, ¿se reivindicaba por un tercero, demostrando que el deudor no era su verdadero propietario? Adoptaban la doctrina de Marciano, y anulada la *datio in solutum*, estimaban que renacía la primitiva, *quae non a morte, sed a sommo resurgit*, al menos en cuanto á las hipotecas que la garantizaban. ¿Ocurría á su vez la evicción por la acción hipotecaria de otro acreedor? Seguían el texto de Ulpiano, y manteniendo la extinción de la obligación primitiva, no concedían al acreedor que había sufrido evicción más que la garantía, mediante la acción *utilis ex emto*, si no había tenido cuidado de hacer expresa reserva de los derechos primitivos. Doctrina equitativa y racional, sino como exacta interpretación de los textos romanos, quizás inconciliables por ser evangelios de escuelas contrarias, conforme ciertamente á las exigencias de la justicia y á los principios generales del derecho (2).

303. Y esta es la teoría que precisa tener en cuenta en el de-

nihilominus semper intelligantur praeservata Francisco iura, et rationes antiquae; inde sit, quod repositum fuerit in illius arbitrio, vel agendi contra haereditatem pro traditione totidem bonorum loco evictorum, vel utendi iuribus antiquis, cum inter, et alteram conventionem adsit copula et, quae de sui natu est ampliativa praecedentium».

(1) Romussi, *ob. cit.* Dlsc., XXVIII, núms. 24 y 25: «Sed in hac re, licet vere personalis actio potissimum extincta remaneat per dationem in solutum, quamvis rei evicto contingat, et utilis ex emto actio oriatur... aliud tamen ex crebriori calculo dicendum venit quoad hypothecariam actionem. quae tamquam ex primaevo iure competentl sublata non remanet, et est exercibilis, ue dum adversus principalem debitorem, sed etiam contra fideiussorem, aut quemlibet tertium possessorem, ut sequitur idem Thesaur., núm. 11, et cum eo firmat etiam in specie». Ante Faber, *In Cod.*, libro 8, tit. 30, d: sin. 49, núm. 23.

(2) Sobre la importancia de esta teoría en el derecho común y sobre los autores que la siguieron más ó menos abiertamente, véanse Anton Fabro, *Rationalia ad leg. 26 pr. D. de pignorat. act.*; y *De error. pragmaticor.*, decad. C error. 8; Bachovius, contra Fabrum decad. C. error. 8; Arias de Mesa, lib. I, resol. 40, 41; Burgundius, *De evictionib.*, cap. 12; Cabotius, *Disput.*, lib. 2, cap. 37 (in Meermann, *Thesaur.*, tomo IV, pág. 639); De Retes, *Opuscula*, lib. I, sect. 2, cap. I appendix (in dict. *Thesaur.*, tomo VI, pág. 120); Muller ad Struv. *Pand.*, exercit. 27, thes. 16; Labbé, *De la garantie, Dissertation de droit romain et de droit française*, números 69-79, págs. 80 y sigs.

recho moderno, en que el asunto, si bien ha llegado á ser de aplicación más rara, porque el mundo, como decía De Luca en sus tiempos, se va adoctrinando con los casos realizados, y generalmente se suele poner la cautela de la preservación y del regreso á los primeros derechos; sin embargo, no ha perdido enteramente su primitiva importancia. Exceptuamos, por otra parte, la obligación de fianza. En efecto, el art. 2038 del Código Napoleón acabó la disputa por lo que se refiere al fiador; y habiendo sido su disposición traducida al art. 1929 del Código italiano, no existe ya duda de que el fiador queda liberado cuando el acreedor acepta voluntariamente un inmueble ó cualquier otra cosa en pago de la deuda principal, *aunque el acreedor sufra inmediatamente su evicción*. Aunque renazca también, si se quiere, el crédito antiguo, no renace ciertamente para el fiador irrevocablemente liberado para siempre. Pero nótese bien: ¿cuál es la razón de esta extinción de la fianza? ¿Es acaso una consecuencia rigurosa de los principios sobre la *datio in solutum* y de la extinción de la deuda principal? Nunca: es una consideración propia y benévola con respecto al fiador, que no debe quedar expuesto á un regreso tardío en caso de evicción, del que no podría defenderse. Esta fué la sola razón que indujo á la antigua jurisprudencia francesa á sentar los fundamentos de esta disposición (1); razón por la cual estimamos que el fiador quedaría liberado no obstante todas las reservas que el acreedor tuviera cuidado de estipular sin la intervención de dicho fiador.

Como quiera que sea, dejando el desarrollo de este punto á los tratados sobre la fianza, el art. 1929 no resuelve la cuestión más que respecto al fiador, y nada dice acerca de los otros accesorios del crédito primitivo. Es preciso, pues, examinar si por

---

(1) Troplong, *Della fideiussione*, 582: «Cuando el acreedor recibe una cosa en pago, el fiador se encontraría gravemente perjudicado si permaneciese expuesto á un regreso tardío en caso de evicción. Es sabido que el fiador vela sobre el deudor, y que tiene derecho de forzarlo á ejecutar sus obligaciones, cuando no cumpla ó cuando se puede dudar de la solidez de su fortuna. Ahora supongamos que el deudor haya desarreglado sus asuntos después de la dación en pago ¿De qué manera el fiador habría podido tomar las medidas de conservación que la ley pone á su alcance? Si se hubiese movido contra el deudor, éste habría contestado: mi deuda está satisfecha; vuestra acción está demás. Y el fiador habría sido obligado á detenerse. He aquí ahora al acreedor que con pretexto de la evicción vuelve contra el fiador. ¿Pero tal regreso es conforme á la equidad? ¿No es acaso por el hecho del acreedor por el que el fiador ha perdido las ventajas de su condición contra el deudor? ¿Acaso no es el hecho del acreedor el que lo ha reducido á la inacción? De ahí que nos haga saber Basnage que el Parlamento de Ruan, después de haber vacilado sobre dichos principios en un primer decreto de 18 de Septiembre de 1602, los ha consagrado con decisiones formales y particulares por un artículo de su reglamento de 1666.» Véase también Pothier, *Obt.*, 406; *Dallos. Rép. Oblig.*, 2512.

efecto de la evicción resurgen las hipotecas. Este es, en efecto, el nudo principal de la controversia. En Francia, por el silencio absoluto del Código Napoleón sobre el efecto de la evicción desde el punto de vista de que nos ocupamos, y por las controversias de la antigua jurisprudencia, se promueven gravísimas discusiones entre los escritores. La mayor parte adaptan la regla escrita para la fianza también á los otros accesorios del crédito, y opinan que la obligación, una vez extinguida por la *datio in solutum* irrevocablemente, no puede resurgir á ningún efecto en ninguna parte, en ningún accesorio. Conténtese el acreedor que ha sufrido evicción con la acción de garantía, y pida, en su caso, la indemnización de los daños (1).

Otros autores, menores en número, pero no en autoridad, distinguen entre la evicción por efecto de reivindicatoria y la evicción por cualquier otra causa, principalmente por la acción hipotecaria. En la primera, opinan que el antiguo crédito revive con sus hipotecas, porque la *datio insolutum* es nula, faltándole la condición esencial de la transmisión de la propiedad; *solutum non videtur quod solutum non durat*. En la segunda, por el contrario, habiéndose realizado la transmisión de la propiedad, aunque resoluble, la *datio in solutum* es válida; la primitiva obligación queda extinguida irrevocablemente y es imposible, por tanto, la resurrección de las hipotecas inscritas en garantía de la misma. Solamente queda al acreedor que ha sufrido evicción, el ejercicio de la acción de garantía (2).

304. Esta es la opinión que suscribiríamos bajo el Código Napoleón y á la que nos adherimos con mayor razón bajo el imperio del Código que nos rige. Y en verdad, la *datio in solutum*, no menos que el pago, cuando consiste en dar *rem pro re ó pro pecunia*, exige que se transmita la propiedad de la cosa al acreedor, faltando esta condición, la *datio in solutum*, lo mismo que el pago, es nula (3). Y si la *datio in solutum* es nula, la consecuencia es clara, porque las hipotecas renacen con el crédito, si el pago se declara nulo (4). Este corolario, que se desprende, si bien se mira, de los principios generales del derecho, se ha con-

(1) Toullier, IV, 301, 306, 307; Duranton, XII, 82; Larombière, 1278, 6; Marcadé, 1273, 11; Grenier, *Priv. et hyp.*, I, 302; Aubry et Rau, § 992, nota 4, y § 324, nota 48; Demolombe, V, 290 y 292; Laurent, XVIII, 323; XXVIII, 279; pero comparando estos dos pasajes, no aparece Laurent muy firme en la indicada doctrina. Véase también Lacantinerie, *ob. cit.*, XXV, 576.

(2) Merlin, *Répert. Subrog. de personne*, Sect. 2, § 4, núm. i; Troplong, *Hypothèque*, 847 y 1336; Pont, *Priv. et hypoth.*, 1230 y sigs.; Martin, *Priv. et hyp.*, IV, 1336; Dalloz, *Rép. Oblig.*, 2513.

(3) Arts. 1240, Cód. civ. it.; 1238, Cód. Nap.

(4) Art. 2081, Cód. civ. it.

vertido en nuestro Código en una disposición explícita del legislador, que en el art. 2031 ha querido acabar con toda posible duda.

Oímos que se nos objeta que la *datio in solutum* ha extinguido la obligación anterior al sustituirle la obligación nueva, la cual, aunque no realizada, no por esto puede considerarse nula, y no deja lugar más que á las consecuencias de la garantía. Es esta, por otra parte, una argumentación falaz, que se funda en el falso supuesto de descomponer el negocio único de la *datio in solutum* en las complejas operaciones de la novación, con compra, venta y compensación. Hemos dicho ya que el deudor, al dar en pago una cosa por otra, no hace novación ninguna, porque no sustituye una obligación por otra, sino que extingue directamente la primera obligación. Ciertísimo que queda obligado á garantizar la propiedad de la cosa dada, pero esta no es una obligación nueva que sustituye á la antigua para extinguirla. Por el contrario, es una consecuencia natural de la tradición por causa onerosa. Tan es así, que también en el pago verdadero y propio existe la obligación de garantizar la propiedad libre de la cosa pagada, pero nadie sostendría por esto que el pago contiene una novación. Inútil objetar la disposición concerniente á la fianza. Precisamente se discute si puede aquella disposición, dictada con miras del todo propias del fiador, extenderse á la acción hipotecaria, de manera que invocar esta disposición, es, por lo menos, una petición de principio.

Pero se insiste, por el contrario, notando que, dejando á un lado el concepto de la compraventa implícita, no hay manera de hablar de garantía. Vanísima objeción también, porque la garantía con motivo de evicción, no nace únicamente del contrato de compraventa, sino que por los principios generales del derecho, tiene lugar en todos los actos jurídicos en los que una parte transfiere á otra una cosa ó un derecho á título oneroso; en la permuta (1), en la sociedad (2), en la prenda (3), en la división (4), en la transacción (5), en la constitución de dote (6). Y causa asombro

(1) *L. 1 pr.*, §§ 1 y 3, *D. de rer. permut.* (XIX, 4); *L. 1, Cod. eod.* (IV, 34); *L. 29, C. de evictionib.* (VIII, 45); Art. 1552, Cód. civ. it.; 1705, Cód. Nap.

(2) *LL. 58 pr.*, §§ 1 y 2; *L. 73, D. pro socio* (XVII, 2).

(3) *L. 9 pr.*; *L. 16, § 1*; *LL. 32 y 36, § 2, D. de pignorat, actione* (XIII, 7).

(4) *L. 20, § 3, D. familiae erciscundae* (X, 2); *L. 10, § 2, D. communi dividundo* (X, 3); *L. 66, § 3, D. de eviction.* (XXI, 2); *LL. 11 y 14, C. familiae erciscundae* (III, 36); *L. 4, C. communi divid.* (III, 37); *LL. 3 y 7, C. communia utriusque, etc.* (III, 38); Arts. 1035 y sigs. Cód. civ. it.; 884 y sigs., Cód. Nap.

(5) *L. 33, C. de transactionibus* (II, 1).

(6) *L. 10, § 5, L. 16; L. 34; D. de iure dotium* (XXIII, 3); *L. 49, § 1; D. soluto matrimonio* (XXIV, 3).

que la equivocada doctrina de la novación y de la compraventa, sea también sostenida por los mismos escritores que, como en el pago, así en la *datio in solutum*, estiman indispensable la transmisión de la propiedad. Extraña contradicción que no es la carcoma menos destructora de aquella teoría.

Las hipotecas, pues, resurgen, si la cosa sufre evicción por un tercero reivindicante, aun cuando el acreedor no se haya reservado expresamente los primitivos derechos en caso de evicción. Resurgen con la fecha antigua, si no fueron nunca canceladas; resurgen y toman fecha de la nueva inscripción, si no se conservó la precedente (1).

Muy diferente regla creemos deber seguir cuando la evicción ocurra por acción hipotecaria, promovida por otros acreedores inscritos sobre el inmueble dado en pago. Ya que en esta hipótesis, ni el art. 1240, ni el art. 2031 tienen aplicación. No la tiene el art. 1240, porque el pago no es nulo, por haber sido dada una cosa que pertenecía al deudor. No la tiene el art. 2031, ya que la *datio in solutum*, no pudiendo ser anulada, no hace revivir las hipotecas.

Estas son las razones por las que es necesario distinguir evicción y evicción: distinción que además de ser de antigua fecha, se encuentra en armonía con los citados artículos del Código y con la equidad (2).

304 bis. Esta distinción, por otra parte, ha sido impugnada. Se ha sostenido por algunos autores, y por la Casación de Roma se ha decidido, que el crédito anterior revive también en la evicción por causa hipotecaria, aunque el que ha sufrido la evicción no haya sido cauto en reservarse los antiguos derechos de crédito (3). Su razonamiento, despojado de las inútiles referencias al derecho antiguo, al Código Albertino, á las doctrinas de la novación y de la venta (4), puede compendiarse así. La *datio in solu-*

(1) Art. 2082, Cód. civ. it.

(2) Véase Ricci, *ob. cit.*, X, 265; Pacifici-Mazzoni, *Privil. et ipot.*, II, 88 y *Ist.* (IV ed.), vol. IV, 126 y nota Venzi g, pág. 601; Cas. Turin, 11 de Mayo de 1877 (*Ann.*, 1877, I, 1, 27, y *Giur. tor.*, 1877, 582); Catania, 8 de Abril de 1884 (*Giur. cat.*, 1884, 90); Cas. Turin, 13 de Febrero de 1891 (*Sinossi*, Serie 2.<sup>a</sup>, fasc. 50, pág. 78); Casación Roma, 23 de Febrero de 1891 (*Foro it.*, 1897, I, 249); Turin, 17 de Mayo de 1902 (*Sinossi*, Serie 2.<sup>a</sup>, fasc. 187, págs. 69, 70, y *Legge*, 1902, 2, 786).

(3) Boggio, *Della evisione*, núms. 332 y sigs.; Melucci, *Sistema ipotecario*, Lez. 46, números 8 y sigs.; Mirabelli, *Delle ipoteche*, págs. 169 y 269 (2.<sup>a</sup> edic.); Auriti Domenico, *Sugli articoli 2031 y 2032 del Cod. civ. it.*, ecc. (Lanciano, tipogr. Carabba, 1891); Cas. Roma, 23 de Febrero de 1897 antes citada.

(4) Es inútil la referencia al derecho antiguo, al que no volvemos después de haber indicado sus incertidumbres, acabadas por la sabia jurisprudencia de la Rota Romana, que exigía para que reviviese el crédito anterior, la expresa reserva de los

*tum* de un inmueble, hecha por el deudor á su acreedor en pago de cuanto le debe, se convierte en un pago nulo, si el acreedor sufre luego evicción por otro acreedor del deudor común, en virtud de una hipoteca inscrita sobre el mismo inmueble. Por lo tanto, el crédito antiguo renace en virtud del art. 2031 del Código civil. Y dicha consecuencia está avalorada por lo dispuesto en el anterior art. 2017. que hace revivir en favor del tercer poseedor, que ha sufrido evicción, las hipotecas que tenía sobre el fundo subastado.

Como se ve bien, el razonamiento presupone un precedente necesario: la nulidad de la *datio in solutum*, por efecto de la evicción por causa hipotecaria. Y precisamente, los contradictores no dan ninguna demostración, acerca de este precedente necesario que constituye todo el fundamento del asunto. Algunos y citamos á Mirabelli (1), dicen que esto está declarado por otros artículos del Código. ¿Pero cuáles debemos consultar? Ellos no citan ninguno. Y por otra parte, desafiamos á encontrar uno sólo que satisfaga el argumento contrario. Conocemos en el Código únicamente el art. 1240. Pero este artículo, lo hemos visto ya, declara nulo el pago hecho *a non domino* (2); y aquí estamos, en lugar de esto en el caso del pago hecho por el verdadero propietario del inmueble, porque se supone una *datio in solutum*, hecha por el deudor, mediante la tradición de su inmueble gravado con hipotecas. La hipoteca, ciertamente, no priva al deudor de la propiedad del fundo, ni lo hace incapaz de enajenarlo válidamente. Si el acreedor se contenta con esto, peor para él.

---

derechos. Igualmente es inútil la confrontación entre el Código Albertino y el italiano, porque el art. 2299 de aquél está sustancialmente conforme con el art. 2031 del nuestro, y nunca se interpretó en el sentido que quieren los contradictores. Y no menos inútil resulta el excluir la novación, sujeto perfectamente extraño á la *datio in solutum* de un inmueble. Finalmente, no se ve la oportunidad del paralelo entre la *datio in solutum* y la venta bajo el respecto del elemento intencional. Si en la *datio in solutum* el acreedor piensa recuperar lo suyo, en la venta el vendedor cree adquirir una cosa; de manera que la evicción, frustrando uno y otro intento, debería ser igualmente causa de anulación de ambos negocios jurídicos. Y sin embargo, la evicción no anula la venta. Todas estas referencias, pues, en nada influyen en la cuestión. Más bien son una superfetación de razonamiento que engendra mayor confusión que beneficio, desviando el pensamiento del verdadero criterio decisivo en dicha materia.

(1) *Ob. cit.*, págs. 258, 259: - ivi - La voz pago está tomada (en el art. 2031), en el sentido amplio de solucionar, cualquiera que sea el modo de extinguir una obligación. Cuando es nulo, está declarado en otros artículos del Código que es preciso consultar.

(2) Art. 1240, Cód. civ. El pago que tiene por objeto transferir la propiedad de la cosa pagada al acreedor, no es válido, si no se hace por el que sea propietario de la cosa ó capaz para enajenarla.

Otros, y es notable en el asunto, la Casación de Roma (1), recurren á la nulidad del consentimiento por falta de objeto contractual correlativo, y esto sin distinguir si la evicción ha ocurrido por causa reivindicatoria ó hipotecaria. Dicho argumento, no obstante la autoridad de la suprema magistratura, no persuadirá á nadie que haya leído el citado art. 1240 del Código civil, en que está limitada la nulidad del pago á la evicción por reivindicatoria. Causará más asombro que persuasión en quien tenga presentes los principios del Código en materia de consentimiento no válido ó nulo. Para que se pudiese hablar en los términos antes indicados, de nulidad de consentimiento, sería preciso, al menos, que el acreedor hubiera sido víctima de un error. Pero ningún error excusable puede, por cierto, alegar el acreedor que se contenta con recibir en pago un inmueble hipotecado, ya que las hipotecas son públicas y los certificados hipotecarios las ponen de manifiesto á todo interesado. Culpa suya es si descuidó las más elementales precauciones y no pensó tampoco en consultar las calificaciones hipotecarias, ó en reservarse los derechos anteriores, estipulando una *datio in solutum* condicional y sujeta á resolución por la evicción que se teme. Y esto basta sobre el artículo 2031 del Código civil.

Pasemos, sin más, al art. 2017, que establece literalmente: «Las servidumbres, las hipotecas y los demás derechos reales que correspondían al tercer poseedor sobre el inmueble, reviven después de la dejación hecha por él, ó después de la venta en subasta realizada en su contra, como le correspondían antes de la adquisición.» Está claro. El artículo habla exclusivamente de *de rechos reales*, no de *créditos*, que son derechos personales. Así como los derechos reales, ó *in re aliena*, se extinguen por confusión, cuando quien los disfruta adquiere la propiedad del fundo gravado: así como, en otros términos, nadie puede conservar una hipoteca sobre la cosa que le pertenece, así la hipoteca queda extinguida por confusión, cuando el acreedor hipotecario se convierte en propietario; ó lo que da lo mismo, tercer poseedor del fundo ya hipotecado en su favor.

Pero es principio antiquísimo que los derechos reales extinguidos por confusión renacen á nueva vida cuando la confusión

---

(1) Cit. dec. 23 de Febrero de 1897 - ivi - «Del indicado elemento intencional, que diferencia la venta y la *datio in solutum* (esto es, que el comprador cree realizar una adquisición, mientras el acreedor quiere conseguir el pago de su crédito), se deduce que el acreedor que recibe el fundo en pago, lo recibe con pleno efecto jurídico, de manera esencial, no únicamente formal, de modo que sufriendo su evicción, su consentimiento resulta nulo por falta de objeto contractual correlativo: esto fuera de la distinción entre la evicción reivindicatoria y la evicción por causa hipotecaria.



cesa. Esto ocurre cuando el tercer poseedor sufre evicción. Esta resurrección está, por otra parte, limitada á los derechos reales. El art. 2017 habla literalmente de derechos reales y no de créditos. Ciertamente entre los derechos reales están también las hipotecas, y por lo tanto, puede revivir también la hipoteca del tercer poseedor. Pero siendo la hipoteca la garantía accesoria del crédito, es preciso que el crédito siga viviendo. Esto es de sentido común. A su vez, si el crédito quedó extinguido, es imposible que renazca la hipoteca. Por lo tanto, á fin de que la alegación del art. 2017 resulte útil al tercer poseedor, es preciso que éste demuestre ante todo que su crédito, ya extinguido por la *datio in solutum*, renace también, porque aquella especie de pago fué nula. Se vuelve, pues, al art. 2031; y el art. 2017, por sí sólo, en nada sirve para demostrar la resurrección del crédito por evicción hipotecaria.

Aclarado esto, queda también aclarado que el art. 2017 está invocado fuera de lugar. Si el pago, ó su equivalente, es decir, la *datio in solutum*, queda válido, no obstante la evicción hipotecaria, y creemos haberlo demostrado, la hipoteca no puede resurgir, no obstante la disposición del art. 2017, porque el crédito que garantizaba quedó extinguido para siempre. Culpa del tercer poseedor, lo repetimos por última vez, si aceptó *in solutum* un fundo sobre el que pesaban otras hipotecas, que podían dar lugar á evicción; y no fué cauto en garantizar de mejor manera su propio derecho.

Resumiendo, el razonamiento de los contradictores nos parece en nuestra modesta opinión, manifestamente sofisticado; porque parte de una petición de principio, nulidad de pago, presupuesta y no demostrada; y peca del vicio de igualar dos figuras jurídicas manifestamente disformes, y reguladas diversamente por el legislador: la evicción por causa reivindicatoria y la evicción por causa hipotecaria. La coordinación de los arts. 1240 y 2031 del Código civil demuestra la nulidad del pago ó *datio in solutum* en la primera; la excluye en la segunda; y por lo tanto, la resurrección de la obligación anterior en aquélla, mientras que en ésta permanece el principio *obligatio semel extincta non reviviscit*.

Esta distinción, además de estar sancionada por el Código, está también conforme con los principios de justicia natural. Y esto porque al acreedor, víctima de una reivindicación no se le puede reprochar si ignoró los derechos del reivindicante, teniendo en cuenta el imperfecto sistema de inscripción, que no revela completamente el estado activo de la propiedad inmueble. El acreedor, por el contrario, que sufre evicción por la acción hipotecaria no merece excusa, porque la publicidad de los registros

hipotecarios no permite que se ignoren las hipotecas inscritas sobre el fundo (1).

305. Aquí termina para nosotros la importancia de la cuestión, mientras se trata de la *datio in solutum* que consiste en dar *rem pro pecunia*; porque estando el deudor en la obligación de pagar en dinero, tanto por la primitiva obligación como por la acción de garantía, resulta discusión académica tratar de si la debe por una acción ó por la otra. En el derecho antiguo, la *actio utilis ex empto* abría paso también á la indemnización de perjuicios, que no hubieran sido compatibles con el ejercicio de la acción nacida del crédito primitivo; pero en el derecho moderno no es ya así, pudiéndose bien acumular la petición de los perjuicios cuando encuentre e. fundamento en la culpa, al ejercitar los antiguos derechos de crédito. La importancia de distinguir la primitiva y las nuevas acciones con respecto al deudor, puede hoy presentarse únicamente cuando se trate de una *datio in solutum* consistente en dar *rem pro re*; pero verdaderamente la doctrina no encuentra dificultad en opinar que corresponde al acreedor el ejercicio de los antiguos derechos, pudiendo, si sufre evicción de la cosa recibida *in solutum*, repetir aquella que le hubiera correspondido. Y los escritores son inducidos á esta consecuencia al apreciar en la esencia del asunto una permuta; y por ello debe aplicarse el art. 1502 del Código civil (1705 del Cód. Nap.), que concede al permutante que ha sufrido evicción, la elección entre el resarcimiento de los daños ó la repetición de la cosa debida (2). Contra esta razón habría verdaderamente algo que decir. Aceptamos, por otra parte, su consecuencia, absteniéndonos de otras observaciones porque el caso es difícil que se presente.

305 bis. Las cuestiones que vamos examinando fueron también objeto de estudio en los trabajos preparatorios del Proyecto alemán; y las disposiciones propuestas en él merecen un momento de atención. También según el Proyecto germánico la *datio in solutum* era la sustitución de otro objeto al verdade-

---

(1) Muy bien la Cas. de Turín, en la cit. dec., 11 de Mayo de 1877 (*Annali*, 1877, 1, 247): En su favor está la presunción de la ignorancia de que la cosa fuese de otro; puesto que muy bien puede haber estado en la imposibilidad de conocerlo; está la buena fe que merece ser tenida en cuenta: «Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit rem alienam esse, aut putaverit, eum qui vendidit, ius vendendi habere». *L. 109, D. de v. s.* Pero dicha razón no existe para quien ha recibido en pago una cosa gravada por hipoteca á favor de otro. En su contra está la publicidad de dicha hipoteca, que ha debido y podido conocer, y en virtud de la cual ha podido acudir á la defensa de sus intereses propios, haciendo lo que han practicado siempre las personas prudentes. (*Nota, ut solet apponi in contractibus dationi in solutum, clausulum: quid si contingeret, rem evinci, remaneat actio in pristino statu*).

(2) Larombière, 1278, 7.

ramente debido; y este nuevo objeto podía ser tanto una nueva obligación como una cosa corporal, mueble ó inmueble, que fuese dada en propiedad al acreedor. En todo caso, por otra parte, el criterio determinante del hecho jurídico que se realizaba, se deducía de la intención de las partes de efectuar un pago, y por lo tanto, de extinguir la obligación: de manera que ésta quedaba extinguida definitivamente, ocurriera lo que ocurriese luego; y todos los derechos accesorios que la acompañaban desaparecían también definitivamente, y no podían resurgir nunca (1).

Estableciéndolo así, el Proyecto resolvía, dice Saleilles (2), la antigua cuestión de derecho romano sobre la evicción. La opinión dominante entre los romanistas alemanes, al menos bajo el respecto de la práctica moderna, era la de conceder al acreedor la elección entre dos partidos: ó sca, entre el de hacer revivir la obligación antigua con todos sus accesorios, y el de obrar, á su vez, por evicción, considerando la *datio in solutum* como una venta ficticia. Estos eran los precedentes. El Proyecto suprimió la elección, y consideró definitivo el pago, aunque el acreedor resultase sujeto á evicción; no concediéndole más que los derechos y acciones de garantía (3).

---

(1) §§ 264 y sigs. Proyecto alemán.

(2) *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, pág. 37.

(3) § 665 Proyecto. Estas disposiciones del Proyecto han sido sancionadas con alguna modificación de forma y mayor sencillez de dictado, en los arts. 364 y 365 del texto definitivo del Código civil germánico. El cual, como bien se ve, muy lejos de seguir las tendencias de nuestros innovadores, niega el resarcimiento del antiguo crédito, no sólo después de la evicción hipotecaria, sino también después de la reivindicatoria.

## TÍTULO II

### *De la remisión de la deuda, ó sea de la de remisión en particular, del mutuo disenso y del convenio.*

---

#### I

306. El Código Napoleón y todos los que lo han tomado por modelo, entre los que el nuestro no es el último, considerando la remisión de la deuda desde un punto de vista puramente práctico, contienen únicamente algunas disposiciones respecto á la presunción que nace de la posesión del título de crédito en manos del deudor, y del concurso de varios obligados en la deuda. Y con razón en cierto modo: son éstas, en efecto, las hipótesis más fecundas en cuestiones, porque entre parientes, cointeresados, administrados y administradores ocurre á veces que uno es deudor del otro, y sin embargo posee abusivamente, por familiaridad ó precariamente el título de crédito: de donde él mismo, por mala voluntad, ó muerto él, los herederos por ignorancia, pretendan liberarse, apoyándose en la posesión del documento. Tampoco es raro el caso de varios codeudores solidarios ó el del fiador, que invocan el beneficio de la remisión, concedido al correo ó al deudor principal. Pero si este proceder legislativo puede tener influencia en favor de la práctica forense, se derivan grandes incertidumbres en la doctrina, no tanto á causa del silencio observado por el legislador sobre ciertos puntos merecedores de su sanción y del lenguaje no claro que emplea, cuanto, porque los escritores, descuidando ó no entendiendo como es debido el principio científico que rige los cánones positivos, han caído en la confusión más lamentable.

Considerando el tema desde el punto de vista teórico, *remisión de la deuda* en sentido lato es cualquier renuncia de su propio derecho hecha por el acreedor, liberando al deudor de la obligación: y en este sentido comprende, tanto la renuncia voluntaria como la forzada, que en la moderna legislación se llama con palabra especial *convenio (concordato)*; comprende tanto la renuncia á título gratuito, como la renuncia á título oneroso (*aliquo dato solvendi vel credendi causa*), la cual, por otra parte, se con-

funde y se unifica ora con la *datio in solutum*, ora con la novación. Comprende, finalmente, no sólo la remisión de una obligación no acompañada por la remisión de otra obligación correlativa, como la remisión que se haga al mismo tiempo de dos obligaciones correlativas, por ser nacidas de contrato bilateral, ó sea el *mutuo disenso*, con el que se resuelve el contrato.

De estas observaciones se desprende la necesidad de dividir el presente capítulo en tres párrafos: hablando separadamente de la *remisión de la deuda* en sentido estricto, del *mutuo disenso* y del *convenio*, comprendiendo en este último también la espera (*moratoria*), ó mejor el convenio preventivo, que es siempre una institución moratoria.

## CAPÍTULO PRIMERO

### DE LA REMISIÓN DE LA DEUDA EN PARTICULAR (1)

#### I

307. *Caracteres y requisitos.*—La remisión de la deuda en sen-

(1) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español.*—*De la condonación de la deuda.*

A) *Derecho histórico.*—a) *Naturaleza y efectos de la remisión ó quitamiento.*—Pleyto (escritura) faziendo algund ome á su debdor, prometiéndole que aquella debda quel deuia, que nunca gela demandaria: si después que muriessse aquel a quien fue fecho tal pleyto como este, demandassen aquella misma debda á sus erederos, é ellos respondiessen que no erán tenudos de pagar aquella debda, porque aquel cuyo eredero él era, fuera fecho pleyto que nunca gela demandaria; é ei otro otorgasse, que verdad era que auia fecho aquel pleyto, queriendo fazer gracia tan solamente á la persona de su debdor, á que el eredero non se podría aprouechar de tal pleyto, porque nunca fuera y mención dél. E en tal razón como esta dezimos, que el eredero se puede ayudar de tal pleyto ó de otro que fuesse semejante, maguér en él non fuesse fecha ninguna mención del eredero: porque sospecharon los Sabios antiguos, que todo ome que faze pleyto o postura con otro, que le faze también por sus erederos, como por sí; maguer ellos non sean nombrados en la postura. Pero si aquel que fizo la postura ó el pleyto pudiere prouar que por esso non fuera fecha mención del eredero en el pleyto, porque el después non se pudiesse aprouechar dello, más por fazer tan solamente gracia al debdor, en non gela demandar en su vida; estonce non se podría ayudar el eredero de tal pleyto nin de tal postura (condición) é sería tenuto de pagar aquella debda; pues que por obra derecha razon non se pudlesse defender. (*Ley 11, título 14 de la Partida 3.<sup>a</sup>*)

b) *Carácter voluntario de la remisión ó quitamiento.*—*Nulidad de la fraudulenta.*—Maliciosamente *quitan* á las vegadas omes y á las debdas que les deuen, por fazer engaño á aquel os cuyos debdores son ellos. E por ende dezimos, que ningún quitamiento que estos abates fiziesen á sus debdores, non deue saber, si fuesseen sabedores del engaño aquellos á quienes *quitan* el debdo. E si por aventura, este que fiziese el *quitamiento* engañosamente sobre aquel debdo que quiere *quitar* al debdor principal é tiene otro por fiador de aquella debda misma; si *quita* el debdo al fiador, segundo sabidor de este engaño, é el debdor principal non es sabidor dello, estonce non vale el *quitamiento*, quanto es en la persona del fiador; ante dezimos que es te-

tido estricto es una renuncia que el acreedor hace gratuitamente

nudo de pagar todo el debdo, si le fallaren de que lo puede pagar: é si non, estonce puede demandar al debdor principal aquello que non pudiere ser pagado de los bienes del fiador. Otro si dezimos, que se *quitassen* el debdo al debdor principal, seyendo sabedor del engaño, é el fiador non lo sopiesse, estonce finca el fiador *quito* de la debda, é es tenuto el debdor de la pagar también como si non gela ouiesse *quitado*. (*Partida 5.ª título 15, ley 12.*)

B) *Código civil.*—a) *Naturaleza de la condonación de la deuda.*—La condonación podrá hacerse expresa ó tácitamente. Una y otra estarán sometidas á los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse á las formas de la donación (*art. 1187 del Código civil español*).

b) *Presunciones de remisión.*—La entrega del documento privado y justificativo de un crédito, hecha *voluntariamente* por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenia contra el segundo. Si para invalidar esta renuncia se pretendiese que es inoficiosa, el deudor y sus herederos podrán sostenerla probando que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda (*art. 1188 ídem*).

c) *Presunción juris tantum á favor del deudor.*—Siempre que el documento privado de donde resulte la deuda, se hallase en poder del deudor, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, á no ser que se pruebe lo contrario (*art. 1189 del Código civil español*).

C. *Jurisprudencia civil española acerca de la condonación ó remisión de la deuda.*

a) *Carácter expreso de la condonación.*—No puede reputarse condonación ó remisión de una deuda la *facultad* que el acreedor *concede* al deudor, vista la insolvencia del momento, de que éste salde su crédito cuando le sea posible, máxime cuando esta circunstancia se deje á la buena fe del deudor. (*Sentencia de 15 de Junio de 1866.*)

b) *Entrega del documento justificativo de la deuda.*—*Voluntariedad de la entrega.*—Para que sea eficaz la presunción *juris tantum* establecida en el art. 1189 del Código civil, es necesario según su antecedente el 1188, que la entrega del documento justificativo de un crédito hecho por el acreedor al deudor sea un acto voluntario de aquel. No se realiza esto cuando aprecia el Tribunal sentenciador que una acreedora conservó en su poder hasta su fallecimiento el pagaré justificativo de un préstamo, sin que tampoco se haya probado que la entrega del documento por la acreedora se había hecho en virtud del pago de la deuda, como previene el párrafo segundo del artículo 1188 antes citado. En su consecuencia, la sentencia estimatoria de la demanda en reclamación del importe del préstamo no infringe los artículos 1188 y 1189 del Código civil (*Sentencia de 19 de Octubre de 1897*).

c) *Presunción de voluntariedad en la entrega del documento.*—Al negar una sentencia eficacia á un documento de deber que no ha sido entregado al que en él aparece como acreedor, y que siempre estuvo á disposición de su autor, no infringe por aplicación indebida el art. 1189 del Código civil. Dicho artículo establece la presunción, salvo prueba en contrario, de que el acreedor, entregó voluntariamente el documento privado en que conste la deuda cuando éste se encuentre en poder del deudor. Es todavía más conforme á la naturaleza de tales hechos la presunción de no haberse querido establecer obligación perfecta por medio de un documento privado, retenido por el supuesto deudor en su poder para cancelarlo cuando lo estimare conveniente (*Sentencia de 13 de Octubre de 1896*).

d) *Requisitos de la presunción legal de entrega del documento de deuda.*—La presunción establecida en el art. 1189 del Código civil presupone á su vez por su naturaleza, el hecho de que el documento haya estado en algún tiempo en poder del acreedor, puesto que de otra suerte no cabría imaginar siquiera la entrega voluntaria. Esto sentado, no puede tener aplicación al caso de que uno se crea en el deber de conciencia de hacer declaraciones en favor de un acreedor suyo sin entregarle res-

del derecho propio en favor del deudor. Puede hacerla *a*) por disposición testamentaria, *b*) por convención.

guardo alguno, porque esto podría dar lugar á otra clase de cuestiones jurídicas que no se resuelven en el referido artículo 1189 (*Sentencia de 30 de Abril de 1904*).

II. *Derecho hispano-americano — Condonación ó remisión de la deuda.*

*Argentina.—Renuncia de los derechos del acreedor y remisión de la deuda.—*  
*a) Renuncia de los derechos del acreedor.—*Toda persona capaz de dar ó recibir á título gratuito, puede hacer ó aceptar la renuncia gratuita de una obligación. Hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida (*art. 902 del Código civil de la Argentina*).

*b) Capacidad legal para verificar la renuncia.—*Cuando la renuncia se hace por un precio, ó una prestación cualquiera, la capacidad del que la hace y la de aquel á cuyo favor es hecha, se determinan según las reglas relativas á los contratos por título oneroso. La renuncia hecha en disposiciones de última voluntad es un legado y se reglará por las leyes sobre los legados. Si la renuncia por un contrato oneroso se refiere á derechos litigiosos ó dudosos, le serán aplicables las reglas de las transacciones (*artículos 903, 904 y 905 del Código citado*).

*c) Concepto legal de la remisión de la deuda.—*Habrá remisión de la deuda, cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento *original* en que constase la deuda, si el deudor no alegase que la ha pagado (*art. 911 del Código civil argentino*).

*d) Presunciones de remisión.—*Siempre que el documento *original* de donde resulte la deuda, se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste á probar lo contrario. Si el documento de la deuda fuese un documento *protocolizado* y su copia legalizada se hallase en poder del deudor sin anotación del pago ó remisión firmada por el acreedor, será á cargo del deudor probar que el acreedor se lo entregó por remisión de la deuda (*artículos 913 y 914 ídem*).

*e) Formalidades de la remisión.—*No hay forma *especial* para hacer la remisión expresa, aunque la deuda conste de (en) documento público (*art. 919 Código referido*).

*Bolivia.—a) Definición legal de la remisión de la deuda.—*La remisión es el perdón de la deuda hecho por el acreedor, ó por el que esté facultado para libertar al deudor (*art. 874 del Código civil de Bolivia*).

*b) Presunción juris et de jure de remisión.—*La entrega *voluntaria del documento original privado*, que el acreedor hace al deudor, es una prueba de remisión (*artículo 875 ídem*).

*c) Presunciones juris tantum.—*La entrega voluntaria de la  *copia* del documento hace presumir la remisión, sin perjuicio de la prueba en contrario (*art. 876 del Código boliviano*).

En armonía con este principio jurídico, la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Bolivia ha establecido la doctrina de que no es necesario que el deudor, reforce la entrega voluntaria de la copia del documento de obligación, justificando el fundamento en que descansa la presunción legal de referencia, esto es, la intención que el acreedor tuvo de condonarle la deuda, sino que *hasta la simple tenencia de esa copia* entregada voluntariamente por el acreedor para que sea aplicable el artículo 876, mientras éste no desvirtúe el carácter probatorio de remisión por otros medios justificativos.

*Chile, Colombia y Ecuador.—a) Requisitos esenciales de la remisión.—*La remisión ó condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella (*arts. 1652 de Chile, 1711 de Colombia y 1642 del Ecuador*).

*b) Reglas aplicables á la remisión.—*La remisión que procede de mera liberali-

## Por testamento, constituye el legado de liberación, y teórica-

dad, está en todo sujeta á las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita (*artículos 1653, 1712 y 1643 de los Códigos respectivos*).

c) *Presunciones de la remisión tácita*.—Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, ó lo destruye ó cancela, con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor podrá probar que la entrega, destrucción ó cancelación del título *no fueron voluntarias*, ó no fueron hechas con ánimo de remitir la deuda; pero á falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla. La remisión de la prenda ó de la hipoteca no basta para que se presuma la remisión de la deuda (*arts. 1654 de Chile, 1713 de Colombia y 1644 del Ecuador*).

*Guatemala*.—a) *De la condonación*.—La remisión ó perdón voluntario de la deuda justificada de la misma manera en que consta la obligación, extingue esta siempre que sea hecha por el mismo acreedor ó por su mandatario *especialmente* facultado (*artículo 2316 del Código civil de Guatemala*).

b) *Condonación en las obligaciones mancomunadas*.—El perdón hecho á uno de los deudores mancomunados, extingue la obligación si el acreedor no se reservó derecho de cobrar á los otros. En este último caso el perdón es de la parte que debía pagar el deudor mancomunado (*art. 2317 idem*).

c) *Presunciones de tácita condonación*.—Hay remisión tácita cuando el acreedor entregó voluntariamente al deudor el título de la obligación ó la destruye ó cancela con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor tiene derecho de probar que la entrega, destrucción ó cancelación del título, no fué voluntaria, ó no fué hecha con ánimo de condonar la deuda; pero á falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de remitirla (*art. 2321 del Código citado*).

*Honduras*.—Reproduce las disposiciones del Código civil en la materia que nos ocupa. Las diversas formas de la condonación, la presunción que se deriva de la tenencia del documento de deuda en poder del deudor, la renuncia de los derechos que supone y la necesidad en su caso de probar cumplidamente la voluntariedad de la entrega son las ya relacionadas en nuestro derecho patrio (*arts. 1294, 1295 y 1296 del Código civil de Honduras*).

*Costa Rica*.—Expone análoga doctrina con respecto á la remisión de la deuda en los *arts. 821 y 822* de su Código civil.

*México*.—a) *De la remisión de la deuda*.—Principio general.—Es libre cualquiera para renunciar su derecho y para remitir, en todo ó en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe (*art. 1648 del Código civil de México*).

b) *Carácter unilateral de la condonación*.—La remisión total y la quita, sean hechas en género ó fuera de él, sólo obligan al acreedor que las otorga. El que las niega puede hacer valer su derecho conforme á las leyes (*art. 1642 idem*).

c) *Presunción de liberación de la deuda*.—El deudor en cuyo poder se halla el documento que justifica la obligación, tiene en su favor la presunción de remisión ó pago, mientras el acreedor no prueba lo contrario (*art. 1650 del Código citado*).

*Perú*.—a) *Principio general de la condonación*.—De cualquier modo que se pruebe la remisión ó perdón voluntario de la deuda hecho por el acreedor ó por su mandatario especialmente facultado termina la obligación. La condonación de deuda hecha en calidad de legado, no comprende sino lo debido por el legatario al testador hasta la fecha del testamento (*arts. 2244 y 779 del Código civil del Perú*).

b) *Condonación de las obligaciones mancomunadas solidariamente*.—El perdón hecho á uno de los deudores mancomunados, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar á los otros. En este último caso, el perdón es de la parte que debía pagar el deudor mancomunado (*art. 2245 del Código peruano*).

*Salvador (El)*.—Doctrina general acerca de la remisión.—Con identidad á los



mente pertenece al sistema de sucesión (1), bastando aquí advertir que el deudor adquiere el derecho á la liberación desde el momento de la muerte del acreedor, sin necesidad de aceptación por su parte anterior á este momento: porque la institución del legado impone una obligación al heredero que acepta la herencia; obligación de la que no puede ciertamente sustraerse bajo el pretexto de que el deudor no aceptó la gracia, viviendo el acreedor.

308. Por convenio ó contrato liberatorio, queremos decir por

Códigos civiles de Chile, Colombia y Ecuador, cuyas disposiciones se insertaron á examinar en esta nota los antecitados cuerpos legales, determina los requisitos de capacidad en la persona del condonante ó acreedor, reglas á que se somete la remisión convencional á título gratuito ó de mera liberalidad, caracteres de la remisión tácita y presunciones legales de voluntariedad en la entrega, destrucción ó cancelación del título justificativo del crédito. A su vez, como aquellos códigos, asienta el que examinamos que la remisión de la prenda ó de la hipoteca no basta para que se presuma remitida la deuda (*arts. 1540, 1541 y 1542 del Código civil de El Salvador*)

*Uruguay.—a) Concepto legal de la remisión.*—La remisión de la deuda es la renuncia del acreedor á los derechos que le pertenecen contra el deudor (*art. 1489 del Código del Uruguay*)

b) *Quiénes pueden remitir.*—Todo el que tiene facultad de contratar puede hacer remisión de lo que se le adeuda (*art. 1490 ídem*)

c) *Formalidades para efectuar la remisión.*—No hay forma especial para hacer la remisión, aunque la deuda conste de un documento público. La remisión puede ser expresa ó tácita. Expresa, cuando el acreedor *declara* que perdona la deuda ó *pacía* con el deudor que nunca la reclamará. Tácita, cuando *ejecuta* algún acto que haga presumir la intención de remitir la deuda (*art. 1491 del Código citado*).

d) *Actos implícitos de tácita remisión.*—Los hechos que constituyen remisión tácita son: 1.º La entrega del documento simple ó no protocolizado que sirve de título, hecha al deudor por el propio acreedor: 2.º La rotura ó cancelación del referido documento por el acreedor. Sin embargo, si el acreedor probare que entregó el documento de crédito en *pura confianza* y sin intención de remitir la deuda, ó que no fué entregado por él mismo ó por otro debidamente autorizado, ó que lo rompió inadvertidamente, no se entiende que ha habido remisión (*art. 1492 del referido Código*).

e) *Presunciones legales de remisión de la deuda*—La entrega del testimonio de un documento protocolizado hace presumir la remisión de la deuda; pero si el acreedor la negase, pertenece al deudor probar que la entrega ha sido voluntaria. La entrega del documento simple ó del testimonio del título á uno de los deudores solidarios, produce el mismo efecto en favor de sus codeudores (*arts. 1493 y 1494 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

*Venezuela.—a) De la quita ó remisión.*—*Presunciones legales.*—La entrega voluntaria del título original del crédito bajo documento privado, hecha por el acreedor al deudor, es una prueba de liberación; tanto en favor de este mismo deudor, como en favor de los codeudores solidarios (*art. 1252 del Código civil de Venezuela*).

b) *Excepciones.*—La entrega de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda. El acreedor que al declarar que remite la deuda á uno de los codeudores solidarios, no quiere libertar á todos los demás, debe reservarse expresamente todos sus derechos contra ellos; pero en este caso no puede repetir el crédito, sino deduciendo la parte de aquel á quien ha hecho la remisión (*arts. 1253 y 1254 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) Arts. 814, Cód. civ. it.; 1023, Cód. Nap.

acuerdo expreso ó tácito del acreedor ó del deudor (1), caso en el cual es cierta la necesidad de la aceptación del deudor, debiendo reputarse errónea la opinión de los que piensan que es suficiente la sola voluntad del acreedor (2).

Ciertamente, la cuestión no tiene importancia en las relaciones entre el deudor y acreedor, si éste persiste en la voluntad de condonar la deuda; pero tiene mucha con respecto á terceros, si el acreedor muere antes de la aceptación; así como entre los mismos contratantes, si el acreedor retira antes de la aceptación la remisión ofrecida. No pocas veces el soldado que afronta las amenazas de Marte, el marino que se confía al arbitrio del voluble Neptuno, los que se aprestan á largo y peligroso viaje, suelen antes de partir condonar sus créditos á parientes ó á amigos para el caso de que mueran en la batalla, en la tempestad ó en el viaje; y nace entonces la duda, de si, muerto el acreedor, los herederos están obligados á respetar la remisión hecha. Ahora bien, es preciso responder que no, siempre que el deudor no la haya aceptado antes de la muerte del acreedor: el cual, cuando hubiera podido ligar á la herencia, haciendo un legado de liberación, si ha preferido la forma de la remisión convencional ha querido necesariamente que ésta no resultase perfecta y obligatoria sin la aceptación del deudor. Decidir de otro modo, sería desenterrar la antigua donación *mortis causa*, que el derecho moderno no reconoce.

A su vez, dada antes de la muerte la revocación del acreedor, vuelven á surgir las dudas que fueron examinadas por nosotros en otra ocasión, respecto á la perfección del vínculo contractual, cuando el trato se haga entre ausentes (3); pero, habiendo el vigente Código de Comercio regulado el perfeccionamiento de los contratos entre ausentes, y no existiendo razones para no seguir también sus normas en materias civiles, será necesario, aplicándolas al caso, estimar que la remisión es perfecta y eficaz por lo que se refiere á su irrevocabilidad, apenas llega á noticia del deudor; siempre que se trate, como suponemos, de remisión unilate-

(1) *L. 91, D. de solut. et liber.* (XLVI, 3); *LL. 9 y 17, D. de donationibus* (XXXIX, 5); Pothier, *Obl.*, 614; Merlin, *Quest. option.*, § 1; Delvincourt, II, pág. 571; Duranton, VIII, 394 y VII, 357; Toullier, VII, 321; Colmet de Santerre, V, 230 bis, IV; Marcadé, *Observ. prél. sur la remise de dette*, núm. 4; Aubry et Rau, § 323; notas 16 á 20, IV; Demolombe, V, 374 y sigs.; Laurent, X, 337; Turin, 7 de Enero de 1902 (*Giur. tor.*, 1902. 243).

(2) Fué la opinión de Barbeyrac en sus comentarios á Puffendorff, combatida por otra parte por Pothier, *Obl.*, 614, y modernamente reproducida por Larombière, *ob. cit.*, 1285, 10, y por Pacífici-Mazzoni, *ob. cit.* (IVª ed.), vol. VI, 130 y sigs., con nota Venzi *id.*, pág. 612.

(3) Véase el vol. III, núms. 214 y sigs.

ral: pues suponiendo por un momento la remisión recíproca ú onerosa, sería necesario que la noticia de la aceptación llegase á oídos del acreedor proponente, á fin de que éste se considerase ligado (1)

309. Ninguna solemnidad está prescrita para la manifestación del consentimiento; las formas y las palabras rigurosas de la *acceptilatio* son desconocidas en el derecho moderno, y tanto la voluntad del acreedor de condonar la deuda, como la del deudor de aceptar la condonación, pueden ser manifestadas oralmente, ó por escritura pública ó documento privado ó aun tácitamente. Veremos dentro de poco una presunción establecida por la ley como argumento de voluntad (2).

Pero sí, en la forma, la remisión está libre de solemnidades, también cuando es hecha gratuitamente constituye en sustancia una liberalidad; y por ello, todos los escritores convienen en sujetarla á las reglas de las donaciones, acerca de la capacidad, la revocabilidad, la obligación de colacionarla ó de computarla, y la reducción por inoficiosa. Bajo este respecto toma entonces lugar junto á las donaciones manuales, no siendo verdaderamente otra cosa más que la donación de un crédito (3). Si alguno dudó de esta regla, dependió la duda de no haber reflexionado bien en que no habría razón alguna de sustraer tales liberalidades á las normas sustanciales de todos los actos de la misma naturaleza. Tanto vale condonar un crédito como donar un capital. Sin embargo, algunos actos que conducen en definitiva al mismo resultado, se resisten á sujetarse á aquellas normas; por ejemplo, cuando el acreedor condona indirectamente el crédito, absteniéndose de hacerlo valer ó liquidar, ó dejándolo incurrir en la prescripción. ¿Pero, por esto, qué? Si en estos casos no es posible restablecer el reino de la justicia, porque á tanto no alcanzan los medios hu-

(1) Art. 36, Cód. Com.

(2) Véase el núm. 412; Merlin, *Rép. Renonciation*: Aubry et Rau, § 823, nota 21; Colmet de Santerre, V, 231; Massé et Vergé sur Zachariae, § 569, notas 3, 4 y 5; Demolombe, V, 378, 394 y 395; Laurent, XVIII, 338, 339; Larombière, 1282, 3 y sigs.; Turin, 28 de Junio de 1901 y 7 de Enero de 1902 (*Giur. tor.*, 1901, 1137, y 1902, 243).

(3) Pothier, *Obl.*, 622 y *Donat.*, sec. 3, art. 2, § 1; Aubry et Rau, § 423 texto, letra B; Massé et Vergé sur Zachariae, §§ 568, 569; Larombière, 1285, 1 y 4; Duranton, XII, 534; Demolombe, V, 378, 386 y sigs.; Laurent, XVIII, 336; Delvincourt, II, página 80; Cas. Florencia, 28 de Enero de 1889 (*Legge*, 1889, 1, 620), que le negó el carácter de transacción, considerándola una liberalidad; Brescia, 26 de Abril de 1880 (*Foro Rép.*, 1880, voz *Donazione*, núm. 13, pág. 356). La Corte de Apelación de Milán en sentencia de 7 de Julio de 1898 (*Rép. i. vi.*, voz *donna maritata*, núm. 13, col. 360), opina que la mujer no tiene necesidad, para hacerlo, de autorización marital; y en el mismo sentido se citan. Cas. Turin, 30 de Diciembre de 1882, 12 de Julio de 1887 (*Foro it.*, 1883, 1, 959; 1887, 1, 975); Millán, 7 de Julio de 1888, 750; Turin, 4 de Abril de 1905 (*Foro it.*, 1905, 1, 1327); Cas. Turin, 7 de Julio de 1905 (*Conciliat.*, 1905, 617).

manos, no existe razón para no hacerlo cuando sea posible, y es siempre posible en las remisiones convencionales.

Se desprende de estas premisas que para hacer remisión de la deuda á título gratuito ó aceptarla, no basta tener la capacidad de aceptar ó recibir el pago; es preciso tener también la de hacer ó aceptar donaciones (1). Los representantes ó mandatarios encargados de pagar, no pueden hacer remisión sin mandato explícito *ad hoc*; pero por lo que concierne á la facultad de aceptar la remisión piensa alguno con razón que también el mandatario general y el gestor pueden eficazmente aceptarla en nombre del deudor, tratándose de un acto que se vuelve en favor del mismo (2). No sirve objetar el art. 1058 del Código civil, por el que la donación no puede ser aceptada sin mandato explícito; ya que esta disposición se refiere á las formalidades externas más que á las sustanciales; mientras la remisión, lo hemos dicho ya, es donación en la esencia, pero no en la forma externa.

310. Todos los créditos de cualquier naturaleza todas las obligaciones contractuales ó no contractuales, pueden ser materia de remisión: al menos, todas aquéllas que, mirando al sólo interés privado del acreedor, no perjudican ni al interés público ni al de los terceros; sobre cuyo asunto nos explicaremos mejor más adelante (3).

Todas las obligaciones principalmente que tienen por objeto sumas de dinero ó cosas semejantes; y es sólo indispensable que aparezcan con certeza de un título; razón por la que suele decirse que la remisión se aplica á las obligaciones contractuales, porque son éstas las que más comunmente resultan de título cierto. Las obligaciones *ex lege*, las nacidas de cuasi contrato ó de hecho ilícito, casi nunca se prueban más que por una sentencia ó por un acto de reconocimiento del deudor; antes, pues, de esta sentencia ó de este reconocimiento, no pueden ser condonadas. Imagínese, verbigracia, que Ticio tiene derecho á obtener de Cayo un resarcimiento de daños por hecho ilícito; pero, ¿quién no comprende que si Ticio se abstiene de hacer reconocer y liquidar por sentencia su crédito, no puede decirse por esto que haga remisión del él? Porque antes de la declaración del Juez, falta la certeza del crédito.

Sería por otra parte un error creer que la remisión se aplica sólo á las obligaciones contractuales unilaterales. No; se aplica también á las obligaciones derivadas de contratos bilaterales, sin

---

(1) Larombière, 1282, 2.

(2) Demolombe, V, 390, 391, 392.

(3) Véase núm. 331; Demolombe, *lug. cit.*, 380.

que por esto sea preciso rescindir el contrato por mutuo disenso. En verdad, el mutuo disenso es necesario para anular ambas obligaciones correlativas; pero para condonar una sola, basta la simple remisión que deja subsistir el contrato por lo que se refiere á la obligación que correspondía á la otra. Un vendedor, por ejemplo, puede condonar el precio sin resolver la venta, dejando que el comprador goce gratuitamente la cosa comprada. También sobre este asunto nos reservamos el volver dentro de poco, al hablar del mutuo disenso.

311. Por último, la remisión puede ser total ó parcial (1); y se tienen frecuentes ejemplos de remisiones parciales en la condonación de las penales de retardo, que hacen á menudo las Administraciones públicas á los proveedores. Es costumbre que en semejantes contratos se estipulen multas á cargo del contratista, para el caso de retardo en realizar la obra pactada. Ahora bien; cuantas veces ocurre que el retardo se verifica por circunstancias independientes del hecho del contratista, ó al menos sea excusable, es jurisprudencia constante del Consejo de Estado que ó no se aplique la penal ó sea reducida.

## II

312. *Presunciones de remisión.*—Si bien la teoría de las pruebas de obligación ó de liberación no está comprendida en el plan de nuestro tratado, debemos detenernos aquí un poco sobre las presunciones de remisión; ya que el Código habla de ellas explícitamente en esta materia, y éstas constituyen el asunto principal de las discusiones doctrinales sobre el tema de la remisión.

Una vez admitida la remisión tácita, es natural que pueda resultar de ciertos hechos que demuestren la común voluntad de condonar y de aceptar la condonación; y como en la serie de hechos de que puede deducirse esta voluntad, existen algunos en que aparece tan manifiesta que no puede suponerse su falta sin contradicción, la presunción abandonada á la prudencia del Juez, y deducible de aquellos hechos, es un corolario lógico del mismo principio; de esta presunción á la legal no hay más que un paso.

*Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem*, escribió Paulo en el lib. III, *ad Edictum* (2); y todos los comentadores, rindiéndose á la evidente verdad de esta regla, no vacilaron en afirmar que la restitución del documento hecha voluntariamente por el acreedor al deudor consti-

(1) Pothier, *Obl.*, 615; Demolombe, V, 385.

(2) *L. 2, § 1, D. de pactis* (II, 14).

tuía la prueba de que el acreedor renuncia á su crédito. En efecto, ¿qué prueba más concluyente de la intención de no pedir nada, que el privarse del documento necesario para el ejercicio del derecho? Y esta es precisamente la razón de que no se estimó nunca la voluntad de liberar al deudor en la restitución de la prenda (1), pudiendo suponerse bien que el acreedor se priva de la prenda sin renunciar por esto al crédito (2).

Pero surgió discusión entre los doctos sobre la restitución de uno de los varios originales del título de crédito. Es prueba de remisión también ésta, decían Bartolo, Baldo, Castrense, Giasone, *quia unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum: per legen 24 qui test. fac. et quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur* (3). No es prueba de remisión, respondían Duareno, García, Vinnio y Voet, por no decir otros muchos, ya que falta la razón de presumir: *quia uno restituto... ex ceteris adhuc debitum constare possit* (4), de ahí que no puede asegurarse que el deudor no quiera ya obrar. Por lo demás, *si contraria sententia admittatur, magna occasio praebebitur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: quippe in proclivi est duo chirographa eiusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradatur creditori, alterum a debitore retineatur; ut si quando, ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse a creditore; atque ita fenestra aperietur fraudibus* (5). Se ocuparon también los antiguos escritores de investigar si la posesión del documento por parte del deudor bastaba para presumir la restitución voluntaria hecha á él por el acreedor; y Voet mismo nos enseña que no bastaba sino que debía el deudor probarlo (6). Por lo que concierne á la cancelación del documento,

(1) *L. 3, D. de pactis* (II, 14); *L. 2, C. de remis. pignoris* (VIII, 26); Pacifici Mazzone, *lug. cit.*

(2) Vinnio, *De pactis*, cap. XII, núm. 11: «Pignoris redditi non eadem ratio.» *L. 3, Dig. h. t.*: «quippe chirographo ipsa principalis obligatio continetur.» *L. 44, § 5, D. de leg. I*; *L. 59, D. de leg. 3*; *L. 1, C. de donat.*: «At obligatio pignoris a debito principal separata est, atque huius quaedam accessio dumtaxat.» *Nov. 4, L. 43, D. de solut.*: «Ut praesumi non debeat eum, qui pignus tantum reddidit, cogitasse simul de remittendo ipso debito.» Voet, II, 14, 15: «Pignore enim reddito, licet non credatur hoc actum, ne principale petatur debitum, nisi aliud probetur; tamen ne res amplius pignori pro debito obligata maneat, videtur conventum.»

(3) Véase el Vinnio, *lug. cit.*, 13 al final, de Menochius, *De praesumptionibus*, Praes. 140.

(4) Voet, *lug. cit.*

(5) Vinnio, *ob. cit.*, XII, núm. 15.

(6) Voet, *lug. cit.*: «Si tamen, debitore chirographum tenente, ac sibi redditum asserente, creditor se illud reddidisse neget, atque adeo nec debitum remisisset; debitori, tamquam id affirmanti, et taciti pacti exceptionem alliganti, probandi onus vi-

interpretando bien ó mal la *L. 24, D. de probationibus, etc.* (XXII, 3), estaban persuadidos de que era una presunción de pago más bien que de remisión (1).

En el antiguo derecho francés, Pothier reunió en una las doctrinas errantes; reconoció la presunción de remisión derivada de la restitución voluntaria del documento; estimó suficiente la posesión de éste para hacer presumir su restitución voluntaria por parte del acreedor, habilitando por ello al deudor para sostener, según su conveniencia, ó el pago ó la condonación; y finalmente, extendiéndose en consideraciones no hechas anteriormente, opinó que no todas estas reglas se podían aplicar á la copia de un instrumento de que existiese original en poder de un Notario (2).

313. Los redactores del Código francés no copiaron esta vez fielmente á Pothier, y establecieron dos presunciones legales. La primera, en el art. 1282, según la cual, la entrega voluntaria del documento privado hecha por el acreedor al deudor, constituye prueba de liberación; la segunda, en el art. 1283, por la cual la entrega voluntaria de la primera copia en forma ejecutiva del documento público hace presumir la remisión de la deuda ó el pago. Presunción que á diferencia de la anterior, admite prueba en contrario. Pero esta atenuación no pareció á muchos suficiente para salvar la disposición del art. 1283 del pecado de falta de lógica; porque con la tradición de la copia en forma ejecutiva al deudor irá racionalmente unido el propósito del acreedor de no recurrir á las vías ejecutivas; pero no se comprende cómo pueda reconocerse también en esto la idea de despojarse del crédito; porque el documento público permanece todavía á disposición del acreedor en el archivo público ó en la notaría donde se otorgó. Movido por esta consideración, el legislador italiano no quiso admitir la segunda presunción del Código francés, que por ello continuó en el vago terreno de todas las presunciones abandonadas á la prudencia del Juez; y en el art. 1279 estableció solamente que *la restitución voluntaria del título original del crédito en forma privada, hecha por el acreedor al deudor, constituye la prueba de la liberación, tanto en favor de dicha deuda, como en favor de los codeudores solidarios* (3).

---

detur imponendum... praecipue, cum nemo praesumatur in dubio velle suum iactare». Menochius, *De Praesump.*, Praesumpt. 140, núm. 27.

(1) Vinnio, *lug. cit.*, núm. 10 al final: «Quoniam ex cancellatione chirographi non oritur exceptio tacti pacti, sed praesumptio solutionis: contra quam tamen probationes manifestae audiuntur: sicut procul dubio creditor quoque audiendus erit, paratus probare, se ob illam causam chirographum reddidisse».

(2) Pothier, *Obl.*, 608, 609.

(3) Esta disposición, por el principio que de ella se deriva, tiene mucha relación

Dejemos por ahora estas últimas palabras de que nos ocuparemos en los efectos de la remisión; y detengámonos á considerar las condiciones y los caracteres de la presunción establecida por la ley en favor del deudor.

314 Las condiciones aparecen del tenor del artículo, y son cuatro:

la restitución debe ser hecha por el acreedor,  
al deudor,  
voluntariamente,

y tener por objeto el título original del crédito bajo forma privada.

Por el acreedor, decimos: y aquí será inútil añadir que puede ser hecha por un mandatario *ad hoc*; pero no por un tercero sin mandato (1). En estos términos sería suficiente, á lo más, para demostrar que el deudor ha pagado; pero que habiendo pagado mal, no quedaría liberado, si no concurrían las condiciones bajo las cuales puede ser confirmado un pago. Pero supongamos un crédito solidario, y la restitución del documento privado hecha al deudor por uno de los acreedores solidarios; ¿tendrá este hecho la eficacia de hacer presumir la liberación? Sin duda, por lo que respecta á la parte que hizo la entrega del documento; pues todo acreedor solidario puede hacer remisión de su parte (2). Si el deudor quiere ser liberado también con respecto al otro acreedor, debe demostrar que el que hizo la remisión obtuvo la restitución del título por causa de pago. Sobre lo que veremos dentro de poco si alcanza la fuerza de la presunción resultante del artículo 1279, ó si se necesitan otras pruebas.

La misma observación hacemos sobre la obligación indivisible, en que uno de los dos acreedores haya restituido el documento; porque tampoco en la obligación indivisible es dado á uno de los acreedores hacer remisión por la totalidad de la obligación; pero el otro acreedor no podrá exigir el pago entero más que cargando en su cuenta la porción del que hizo la remisión, siempre que sea de tal naturaleza que ocasione una ventaja al deudor (3). Aquí también aparecerá la cuestión de ver si el deu-

con el asunto poco antes tratado (núm. 132), sobre el derecho del deudor que paga, á obtener la restitución del título de crédito. Tal asunto ha sido desarrollado extensamente en una Monografía del Profesor Francisco Atzeri, que lo resuelve en el sentido defendido por nosotros.

(1) Larombière § 1282, 8, § 1283, 5; Aubry et Rau, § 323, nota 7; Demolombe, V, 408, Laurent, XVIII, 344.

(2) Arts. 1185, Cód. civ. it.; 1198, Cód. Nap. Véase el vol. I, núms. 111, 112.

(3) Véase el vol. I, núms. 266 y 267.



dor puede probar el pago más bien que la remisión, por medio de la restitución del título de crédito.

Finalmente, si se supone una obligación á *pro rata*, por ejemplo á favor de tres coherederos del acreedor originario, piensa Larombière (1), que la restitución del documento privado hecha por uno de éstos, no constituye prueba de remisión total, sino de remisión proporcionada á su parte de la deuda. Pero Demolombe (2), observa con más sentido que es cuestión de validez y no de prueba de la remisión total; porque la restitución del único documento del crédito no puede constituir por otra parte más que una prueba de remisión total ó de pago total. Quedará por ver si es válida por la parte correspondiente al otro acreedor diverso del que restituyó el título. Y aquí se responde que no resulta nunca eficaz como remisión, pero puede confirmarse como pago, cuando concurren las condiciones que hacen válido el pago mal hecho.

315. Decimos en segundo lugar, restitución hecha al deudor: esto es, á él en persona, ó á quien tengan calidad para recibir en su nombre. Ciertamente la palabra *deudor* está tomada en sentido bastante lato: porque comprende á cualquiera que esté obligado ó coobligado, aun en modo accesorio, al pago. Esto enseña la razón y confirma la doctrina. Lo enseña la razón: porque, si el fundamento racional de la presunción se encuentra en el pacto de que el acreedor, al restituir el título de crédito se pone en la imposibilidad de exigir el crédito, esta imposibilidad se verifica, sea que la restitución se haga al deudor único, sea á uno de los diferentes coobligados principales, ó al fiador ó á uno de los fiadores. Lo confirma la doctrina, porque los escritores casi unánimemente nos enseñan (3), que la restitución del título de crédito á uno de los diferentes codeudores solidarios, ó de una obligación indivisible, ó también *pro rata*, es prueba de liberación á todos: y la opinión contraria de Larombière, según la que deberán excluirse los codeudores no solidarios (4), ha quedado sin secuaces; no ayudando á sostenerla el argumento deducido del artículo 1279, que al hablar del efecto real de la restitución del documento privado con referencia á los codeudores solidarios únicamente, lo calla á propósito de los deudores á *pro rata*: ya que siendo idéntica la razón de decidir, tanto en el caso omitido, de varios codeudores á *pro rata*, como en el caso á que se refiere, de varios codeudores solidarios, es decir, la suposición racio-

---

(1) *Ob. cit.*, 1282, 9.

(2) *Ob. cit.*, 410, que cita á Douai, 29 de Noviembre de 1849 (*Devill.*, 1850, II, 223).

(3) Colmet de Santerre, V, 283 bis, III, 5; Demolombe, V, 412, 413, 414, 415; Laurent, XVIII, 375, 376, 377; Aubry et Rau, § 323, nota 31.

(4) *Ob. cit.*, 1252, 10.

nal de que el acreedor, depojándose de sus medios de acción renuncia al derecho de obrar en favor de todos aquellos contra los cuales habría podido hacerlo reservándose el medio, no se puede argumentar en el silencio de la ley. *Ubi voluit dixit, ubi noluit noluit tacuit*; sino que se debe atribuir la omisión ó inadvertencia del legislador.

Digase lo mismo de la restitución hecha al fiador: también esta desarma al acreedor contra el que sale garante no menos que contra el principal obligado, y por esto es argumento de liberación para uno y para el otro. Y aquí tampoco sirve alegar en contrario el art. 1282; porque en las últimas palabras, como en todo su contexto, se ocupa de la eficacia de la remisión expresa, sin ocuparse para nada de la tácita ó presunta, que aparece de la restitución del título (1). Y digase, finalmente, lo mismo, por la misma razón, de la restitución hecha á uno de los diferentes cofiadores. También esta es prueba de liberación para todos, no obstante lo dispuesto en el artículo 1283, que ha de referirse solamente á la remisión expresa (2).

En conclusión, la restitución del título de crédito no es argumento de remisión únicamente cuando sea hecha á un tercero extraño á la obligación y no representante del deudor, porque falta en ella todo nexo entre el hecho y la voluntad presunta de condonar al obligado su deuda propia: de aquí que hecha al padre por la deuda del hijo mayor de edad, al marido por la mujer, al socio por la deuda de la sociedad, no tendría eficacia jurídica (3).

316. En tercer lugar, decimos, la restitución del documento privado debe ser *voluntaria*: palabra con la que se entiende restitución hecha *animo remittendi debitum*, y se excluyen no sólo la aprehensión fraudulenta, la casual, la precaria por familiaridad, sino también la tradición, que si bien hecha espontáneamente por el acreedor, esté acompañada de intención contraria á la condonación de la deuda: por ejemplo, para depósito, ó por favor á fin de que el deudor ó su heredero pudiera leer las condiciones de la obligación asumida (4). Es esto de evidencia tan clara que

(1) Demolombe, V, 415; Laurent, XVIII, 377; Colmet de Santerre, V, 233 bis, III. Contra: Cas. Nápoles, 4 de Julio de 1834 (*Filangieri*, 1885, 2, 177), la cual en la restitución del título á quien no es deudor directo, considera una presunción simple de liberación.

(2) Demolombe, V, 416.

(3) Demolombe, V, 411; Laurent, XVIII, 345; que citan Cas., 1.º de Febrero de 1842 (*Devilleneuve*, 1842, I, 203).

(4) Pothier, *Obl.*, 609; Toullier, IV, 324; Colmet de Santerre, V, 231 bis, III; Laroombière, 1282, 5; Demolombe, V, 401, 402; Laurent, XVIII, 343; Massé et Vergé sur Zachariae, § 569, nota 4; Cas. Turín, 20 de Abril de 1902 (*Giur. tor.*, 1902, 761).

sería ocioso manifestarla, si no naciese de aquí una grave controversia respecto á la prueba de la voluntariedad de la restitución.

¿Basta la simple posesión del título de crédito para que el deudor pueda invocar la presunción de liberación nacida de la restitución voluntaria, ó debe también probar que su posesión tuvo por causa la tradición voluntaria hecha á él por el acreedor? Hemos ya indicado que prevaleció entre los antiguos doctores la opinión de considerar insuficiente la posesión para probar la restitución voluntaria, y cómo por el contrario, según Pothier, dicha posesión habría bastado por sí sola para fundamentar la presunción, aunque el mismo Pothier exceptuó de ella el caso de que el deudor, siendo administrador ó doméstico del acreedor, hubiese sido colocado en disposición de tomar fácilmente por sí mismo el título de crédito (1). Tal discrepancia de opiniones y tales reservas son ya demostración suficiente de la gravedad de la cuestión y de las dudas á que queda sujeta, no tanto en teoría como por el diverso aspecto de los hechos. No nos puede, por lo tanto, causar maravilla el encontrar entre los escritores modernos disparidad de opiniones, y una cierta confusión en la mayor parte de sus doctrinas. Para no perdernos en un laberinto de distinciones, reunamos, de la mejor manera posible, en pocos grupos las principales opiniones teóricas modernas. Existe quien vuelve á las antiguas, y quiere que la posesión no baste para hacer presumir la liberación, si el deudor no prueba que su posesión tiene por causa la restitución voluntaria que le haya hecho el acreedor. Bajo esta bandera se reúnen, si hemos comprendido la tendencia, Jaubert (2), Mourlon (3) y Massé et Vergé (4), demostrando que estiman insuficiente la sola posesión para hacer presumir la restitución voluntaria. Por el contrario, casi todos los otros escritores, y principalmente Durantón (5), Delvincourt (6), Colmet de Santerre (7), Larombière (8), Aubry et Rau (9), Demolombe (10), Laurent (11), opinan, sin tener en cuenta ligeras diferencias, que la simple posesión del título en poder del deudor

(1) Pothier, *Obl.*, 609.

(2) *Rapport au tribunal*, núm. 63 (Loché, VI, pág. 215).

(3) *Répétitions écrites, etc.*, 1426.

(4) Sur Zachariae, § 569, nota 4.

(5) *Ob. cit.*, XII, 362.

(6) *Ob. cit.*, II, pág. 571.

(7) *Ob. cit.*, X, 231 bis, III.

(8) *Ob. cit.*, 1262, 11.

(9) *Ob. cit.*, § 323, notas 32, 33.

(10) *Ob. cit.*, V, 421, 422.

(11) Laurent, XVIII, 358; véase Lacantinerie, *ob. cit.*, XIV, 1776 y sigs.

dor basta por regla general como argumento de restitución voluntaria, salvo que el acreedor demuestre lo contrario, aun por medio de simples presunciones, que pueden fundarse sobre mil circunstancias contrarias. Dado el concurso excepcional de estas circunstancias, estiman entonces necesario que el deudor presente la prueba de la restitución voluntaria hecha por el acreedor. Así han decidido magistralmente las Cortes supremas de Turín y de Nápoles. En efecto, la primera, mientras afirmó como máxima la presunción liberatoria en la posesión del título de crédito por parte del deudor, se negó á aplicarla frente al indicio contrario que surgía de la familiaridad, y explicaba la posesión del título por razones inconciliables con la restitución voluntaria. Tratábase de una confesión de deuda, escrita por el hermano en favor de la hermana: el documento privado original se encontró entre las cartas del hermano, pero este vivía en compañía de la hermana acreedora, y administraba sus intereses (1). La Casación de Nápoles, á su vez, descubriendo un título de cambio en la cartera del deudor, no encontró demostración clara de la restitución voluntaria para poder argumentar la remisión de la deuda, porque estaban para oponerse á tal presunción los libros comerciales del deudor, y los resultados de la prueba testifical que comprobaban que el título de cambio había caído abusivamente en poder del deudor (2).

Para terminar con dos palabras, la posesión del documento privado en poder del deudor es un argumento equívoco de restitución voluntaria, y se presta á juicios opuestos, según el diferente aspecto de los actos, abriendo el camino á pruebas de esclarecimiento.

317. Pero sea que la prueba deba presentarse por el deudor, sea por el acreedor, ¿cuáles son los medios de instrucción admitidos por la ley? También sobre este tema no son pocas las incertidumbres y las controversias doctrinales; pero se aleja de la verdad quien no sepa distinguir la obligación mercantil de la obligación civil, y entre estas últimas la deuda convencional que excede de 500 liras, de la que no llega á tal suma; quien no distinga tam-

(1) Cas. Turín, 16 de Octubre de 1871 (*Giur. tor.*, 1872, 104).

(2) Cas. Nápoles, 8 de Enero de 1875 (*Legge*, 1875, 1, 276); Turín, 5 de Marzo de 1875 (*Giur. tor.*, 1875, 357); Cas. Florencia, 27 de Diciembre de 1878 (*Temi Veneta*, 1879, 31 y *Annali*, 1879, 3, 118); Casale, 25 de Marzo de 1881 (*Annali*, 1881, 3, 454); Cas. Turín, 28 de Diciembre de 1876 (*Monitore trib.*, 1877, pág. 147); Cas. Nápoles, 6 de Julio de 1887 (*Foro Rep.*, 1887, voz *Rimessione*, pág. 962); Casale, 25 de Marzo de 1881 (*Annali*, 1881, 3, 654); Roma, 16 de Octubre de 1896 (*Temi rom.*, 1897, 27); Génova, 6 de Agosto de 1900 (*Temi gen.*, 1900, 514); véase también en el asunto Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.), vol. IV, 130, y nota *ee*, Venzi, pág. 613.

bién hecho y hecho, y no piense que es diferente la regla que debe seguirse en lo civil, según que se quiera probar un hecho, que debe resultar necesariamente de prueba documental, ó un hecho que puede demostrarse también por prueba testifical. Supongamos, verbigracia, un acreedor que quiera probar que ha entregado voluntariamente el documento al deudor, pero no *donandi animo*, sino para depósito, ó para que pudiera examinarlo y devolverlo luego; que quiera, en suma, probar una entrega condicional que excluye la condona de la deuda (1). Ahora bien; si la obligación convencional es de índole civil y excede de 500 liras, será indispensable la prueba documental. Pero si en su lugar suponemos que la obligación es mercantil, ó inferior á 500 liras, ó el acreedor alega la pérdida ó el hurto del título de crédito, ¿quién no vería el error y el absurdo de exigir en semejante caso la prueba documental (2). Y después de lo dicho, es inútil añadir que la prueba puede también hacerse por medio de presunciones contrarias, siempre que se pueda emplear la prueba testifical. En conclusión se puede, por lo tanto, decir que deben seguirse las reglas generales sobre la admisibilidad de las pruebas.

318. Decimos en cuarto lugar restitución del título original de crédito bajo forma privada. Y aquí no volveremos á recordar que la restitución de la copia del documento público no induce, según nuestro Código, presunción de renuncia, porque no se puede decir de la copia *continet in se ius obligationis, proinde ea reddita, videtur reddi ius illud et obligatio* (3); el *ius obligationis* queda en el instrumento público, del cual puede el acreedor pedir otras copias, si no en forma ejecutiva, ciertamente en forma suficiente para justificar su derecho.

Se abre aquí el campo á la discusión ya examinada y decidida con diversidad de opiniones por los antiguos, de si la presunción tiene lugar cuando los títulos originales son más de uno, y sea uno sólo de ellos restituído al deudor. Los escritores modernos responden casi todos ellos negativamente; y dicen bien, porque suponen que uno de los varios originales ha quedado en manos del acreedor (4). Para resolver bien la cuestión es preciso, por otra parte, distinguir el caso en que uno de los diferentes originales quede, no obstante la restitución, en manos del acreedor, del caso en que no le quede ninguno; verbigracia, si son dos solos uno en poder del acreedor que se despoja de él, y el otro ya en

(1) Cas. Florencia, 31 de Mayo de 1878 (*Temí Veneta*, 1876, pág. 332).

(2) Laurent, XVIII, 360.

(3) Perezius, *Ad. Cod. in L. 2, de pactis*.

(4) Demolombe, V, 405; Larombière, 1277, 6; Palermo, 4 de Julio de 1902 (*Legge*, 1902, 2, 557).

poder del deudor; porque esta hipótesis merecería el mismo trato que la restitución del original único, y procedería en ella, en nuestra opinión, presumir la remisión.

¿Tendremos necesidad de indicar que no se entiende por título original el documento de reconocimiento ó confirmación, mientras resta aún el original en poder del acreedor, la factura no aceptada y la nota específica no aprobada? Falta á los primeros la característica de documento original; á los últimos la de título de crédito; además de que facturas y notas son hojas que se mandan las más veces por los acreedores á los deudores, no por saldo, sino para pedir el pago de las mercancías expedidas, ó de los gastos y de los honorarios reembolsables (1).

Más bien sería oportuno examinar si el testimonio librado por el Notario puede equipararse al documento privado, único original, bajo el respecto de la presunción nacida de la restitución voluntaria; pero como la vigente ley del Notariado no abre fácil camino á la cuestión, nos contentaremos con enunciar que la doctrina francesa está unánime por la afirmativa, y equipara al documento privado el documento público testimoniado, porque el uno y el otro tienen un solo original, y por lo tanto, la razón de la ley encuentra oportuna aplicación en el uno y en el otro (2).

Por último, se pregunta si la presunción del art. 1279 puede hallar aplicación en toda especie de obligación, ó debe limitarse á los títulos de crédito que hacen prueba de obligaciones pecuniarias unilaterales. Y aquí respondemos que si bien la marcha ordinaria de las cosas hace de la restitución voluntaria del documento privado un modo de remisión, usado casi exclusivamente en las obligaciones pecuniarias unilaterales, no encontramos razón por la que deba estimarse inaplicable á los títulos de crédito en que consten obligaciones bilaterales, ú obligaciones que no sean pecuniarias (3) Se equivoca Laurent (4), cuando pretende que es inaplicable la presunción por la razón especiosa de que habiendo dos originales firmados por ambas partes, la restitución recíproca que de ellos se hicieran los contratantes, sería un cambio inútil y privado de buen sentido. Pero hecha la venta y ejecutada por parte del vendedor, ¿no puede, acaso, éste condonar el precio, restituyendo el original único que se encuentra en su mano en prueba de su crédito? Y con Laurent se equivocó también la Corte de Lieja, citada por él, confundiendo la disolución

(1) Larombière, 1254, 14; Duranton, XII, 364; Demolombe, V, 406.

(2) Toullier, IV, 324; Delvincourt, II, págs. 471, 521; Larombière, 1282, 7; Aubry et Rau, § 323, nota 37; Demolombe, V, 407; Laurent, XVIII, 342.

(3) Demolombe, V, 379.

(4) *Ob. cit.*, XVIII, 346.

de todo el contrato bilateral con la remisión de una sola de las dos obligaciones nacidas del contrato.

Por lo que se refiere á la imposibilidad de rescindir una obligación ya ejecutada, como sería la transmisión de la propiedad ya efectuada por el contrato de venta, replicamos á Laurent que esta es una razón del todo independiente de la naturaleza bilateral del contrato. Significa más bien que no se pueden condonar por el acreedor las obligaciones ya ejecutadas, y por esto mismo extinguidas; pero de esto hablaremos más detalladamente al exponer los efectos de la remisión.

319. Reunidos los cuatro extremos de que hemos hablado hasta ahora, la presunción es completa; y es presunción, no sólo legal, sino *iuris et de iure*, como decían los buenos antiguos; es decir, que no se destruye con prueba en contrario. Sobre este punto no recaen controversias (1), siempre que se sepa distinguir bien esta presunción de liberación, deducida de la restitución voluntaria del documento, de la otra presunción de restitución voluntaria, fundada en encontrarse el documento entre los papeles del deudor. En verdad, mientras para destruir la eficacia de ésta puede siempre admitirse, como dijimos, la prueba (2); por el contrario, probada que sea de cualquier modo la restitución voluntaria del documento privado original, hecha por el acreedor al deudor, no es admisible ninguna prueba para excluir la remisión presumida legalmente. El art. 1353 no la consiente, porque no hace ninguna reserva explícita, como sería necesario, para abrir paso á la prueba en contrario. Sobre este punto es notable la diferencia entre nuestra legislación y las demás, que admiten la prueba en contrario (3), así como entre la restitución del original del documento privado, y la de la copia en forma ejecutiva, reconocida explícitamente por la legislación francesa como presunción simple, y comprendida por nuestro Código entre las presunciones judiciales.

Y nótese que la regla procede, tanto en materia civil, como en materia mercantil, no existiendo razón, piensen lo que quie-

(1) *Exposé des motifs et rapport au Tribunal* (Locré, *Leg.*, XII, pág. 381); Duranton, XII, 365; Deivincourt, II, pág. 372; Marcadé, 1282; Massé et Vergé sur Zachariae, § 569, nota 7; Aubry et Rau, § 323, nota 38; Demolombe, V, 423, 424; Larombière, 1282, 4 y sigs., y 1283, 6; Laurent, XVIII, 361. Contra Turín, 12 de Septiembre de 1884 (*Giur. tor.*, 1884, 751); Cas. Turín, 1.º de Junio de 1889 (*Legge*, 1889, 2, 555; *Foro, Rep.*, 1890, voz *Rimessione*, pág. 1014).

(2) Véase el núm. 316.

(3) Así el § 1428 del Código austriaco. Cas. Turín, 28 de Diciembre de 1876 (*Monitore trib.*, 1877, pág. 147).

ran algunos escritores franceses, para distinguir una materia de otra (1), salvo las reglas propias de la quiebra.

320. Pero la restitución voluntaria del documento privado original ¿es, pues, la sola presunción por la que pueda sostenerse la remisión? Sí, respondemos, si se habla de presunción *iuris et de iure*, por la sencilla razón de que en el Código no se encuentran otras. No, si se quiere hablar de presunciones *iuris tantum*, ó como si dijéramos, abandonadas á la prudencia del Juez; el cual está en facultad de reconocerlas donde la ley admite la prueba testifical, y deducirlas de circunstancias importantes, precisas y concordantes, dejando, sin embargo, abierto el paso á la prueba en contrario (2).

De aquí se deducen los siguientes corolarios:

la restitución de la primera copia ejecutiva del instrumento público hecha por el acreedor al deudor puede constituir una presunción simple de liberación, aunque nuestro Código no lo mencione;

la deducción en compensación del crédito, omitida cuando hubiera sido el momento de hacerla valer, puede igualmente constituir una presunción de remisión;

la restitución de la prenda, aun cuando no baste por la regla sancionada en el art. 1280 (1286 del Cód. Nap.), para hacer presumir legalmente la remisión de la deuda, puede constituir cuando concurren otras circunstancias oportunas, otra presunción simple de tal remisión (3);

dígase lo mismo de la remisión explícita concedida al fiador, que tampoco por el art. 1232 (1287 Cód. Nap.), constituye presunción legal de remisión; ya que, en cuanto á la remisión tácita concedida al fiador por medio de la restitución del documento privado, hemos dicho ya que constituye presunción legal de liberación también para el deudor principal;

lo mismo debe decirse de la restitución hecha por el Notario, por el ujier, por el canciller, por el procurador, de documentos que han redactado á costas del cliente, ó de la parte litigante, ó de documentos que les hayan sido confiados, para cuya restitución tuvieran derecho al pago de honorarios ó al reembolso de gastos (4);

(1) Massé et Vergé sur Zachariae, § 569, nota 7; Laurent, XVIII, 364 y sigs.

(2) Pothier, *Obl.*, 573 y 577; Delvincourt, por el 1282; Toullier, IV, 335 y sigs.; Aubry et Rau, § 323, nota 45; Larombière, 1282, 9; Demolombe, V, 440; Laurent, XVIII, 348; Marcadé 1282; Massé et Vergé sur Zachariae, § 569, nota 11; Catanzaro, 25 de Julio de 1890 (*Foro, Rep.*, 1890, voz *Rimessione*, pág. 1014).

(3) *L. 3, D. de pactis* (II, 14); Larombière, 1286, 1; Demolombe, V, 441; Durantou, XII, 368; Colmet de Santerre, IV, 232 bis, IV; Laurent, *lug. cit.*

(4) Demolombe, V, 445; Larombière, 1283, 13; Aubry et Rau, § 323, nota 44.



y lo mismo, finalmente, cuando concurren los requisitos que á tenor de la conocida ley *Procula 26 D de probationibus* (XXII, 3), constituían antiguamente una presunción legal de liberación (1). El vínculo de sangre, el largo tiempo transcurrido y la mutua entrega de la cuenta, llevan hoy en día á una presunción de liberación, no ya legal, sino ciertamente *iuris tantum*, y abandonada al prudente arbitrio del Juez (2).

321. Queda alguna duda sobre la eficacia que debe atribuirse á los rotos y borraduras del título, y no son claras ni uniformes las teorías de los escritores, desde el derecho antiguo hasta nuestros días. El partido más seguro es en nuestra opinión al estimar que si el título no ha sido destruído ó borrado de manera que haga desaparecer totalmente la prueba del crédito, puede valer á lo más como presunción simple de liberación. Sin embargo, no está prohibido al acreedor destruirla, probando, en los modos oportunos, el hecho ilícito, ó la fuerza mayor, que fueron causa de la destrucción ó de la borradura (3).

322. La última investigación es quizás la más espinosa; se pregunta si la presunción de liberación, fundada en el art. 1279, es de pago, ó de remisión. A primera vista, parecerá extraña esta pregunta. ¿De qué se habla, en efecto, de remisión? ¿Y cuál es el título de la Sección del Código donde se encuentra el art. 1279? Precisamente de la remisión de la deuda. ¿Cómo, pues, puede surgir la duda de si se habla de pago más bien que de remisión? Y sin embargo, no hay escritor ni sentencia sobre el asunto que no se proponga esta investigación, y la opinión que prevalece es muy otra que la de limitar el sentido de la disposición, sólo á la remisión de la deuda. Es motivo de ello la palabra *liberación*, usada en el art. 1279, de sentido mucho más lato que la palabra *remisión* y la redacción del art. 1282, donde casi para dar mejor á entender la diferencia, se ponen en disyuntiva las dos palabras *remisión y liberación*.

No es, pues, de extrañar que la doctrina surgida sobre esta ley ambigua, no esté acorde ni segura, y que más bien que escuelas y máximas admitidas, encontremos opiniones particulares no siempre lógicas, ni completas.

(1) Sobre la importancia de esta presunción en el derecho antiguo, véase Fierli, *Observ. prat.*, Obs. 103, núm. 13; Mascardo, *De probationibus*, vol. III, concl. 1318; Brunemannus, *Ad leg. 26, D. de probationibus*. Cas. Florencia, 3 de Agosto de 1878 (*Legge*, 1878, 1, 816 y nota).

(2) Toullier, IV, 326; Duranton, XII, 370; Larombière, 1283, 10; Demolombe, V, 448; Roma, 16 de Octubre de 1896 (*Riv. univ. di giur. e dott.*, 1896, 663), y *Temi Rom.*, 1897, 27) antes citada.

(3) Véase Duranton, XIII, 432; Larombière, 1283, 16; Toullier, IV, 340; Demolombe, V, 450 y sigs.; Laurent, XVIII, 349.

Comenzando por la más reciente, Laurent (1) está persuadido de que la ley no habla de condona mejor que de pago, sino genéricamente de liberación; desearía poner á cargo de quien alega el uno ó el otro modo de liberación la prueba necesaria. Opinión en nuestro parecer inaceptable, porque hace ilusoria la disposición de nuestro art. 1279 (1232 Código Napoleón), y destruye la eficacia de la presunción sancionada por él, obligando siempre al deudor á probar el uno ó el otro modo de liberación. No es difícil persuadirse de ello. En efecto: si el legislador hubiese establecido, al dictar el art. 1279, un modo de extinguir las obligaciones, consistente sin más, en la restitución voluntaria del documento privado, nosotros concebiríamos un deudor que se contentase con afirmar la restitución voluntaria, sin decir si á título de pago ó de remisión. Pero la ley no ha creado un nuevo modo de extinción, sino una presunción de que la obligación se extinguió por uno de los modos ya sancionados, y principalmente por pago ó por remisión. Diga, pues, el deudor, si quiere defenderse con la presunción inatacable á qué título obtuvo la restitución voluntaria del documento; de otro modo, el acreedor ó el Juez mismo, estarán en derecho de preguntar al deudor: ¿cuál es el modo de extinción que invocás? ¿el pago ó la condona? ¿Dónde se encontraría nunca un Juez tan sencillo que quedase persuadido por la afirmación de un deudor, que alegando la restitución voluntaria, quedase luego callado acerca de la causa de esta voluntaria restitución? Y concretando, ¿sería nunca afirmación completa de *voluntariedad* de la restitución, la que no estuviese acompañada de la declaración de la causa por la que se realizó? Quien restituye *voluntariamente* su título de crédito, quiere decir que lo restituye porque condona la deuda ó porque se le pagó. Quitados uno ú otro de estos motivos, desaparece la voluntad de la restitución. Pero si es lógica consecuencia de estas premisas, y desafiamos á sostener lo contrario, la necesidad en que el deudor se encuentra de alegar el pago ó remisión, he aquí derribada la teoría de Laurent, porque debiendo, en su sentir, la una ó la otra de estas afirmaciones ser corroborada por la prueba, la eficacia de la presunción sancionada por el art. 1279, ha desaparecido, se convierte en una presunción siempre necesitada de la prueba del hecho presunto.

Otros, considerando que el pago es más presumible que la remisión, *quia nemo donare facile censetur*, hacen prevalecer la presunción de pago á la alegación de la remisión, la cual debe-

---

(1) *Ob. cit.*, XVIII, 35; y sigs.

ría siempre probarse (1). Equivocada doctrina también ésta, porque parte de un principio verdadero para llegar á consecuencias fuera de lugar. La locución indistinta del art. 1279, comprende bien, tanto el pago como la remisión, y hace inaceptable el principio general en que la ley, con razón ó sin ella, ha creado una presunción de remisión, que marcha á igual paso que la de pago.

323. En gracia á esta consideración, no faltan escritores en buen número que defienden el derecho del deudor, cuando alega la presunción, de invocar á su elección la remisión ó el pago (2). Y hasta aquí estamos de acuerdo también nosotros. Pero se manifiestan nuevas dificultades y nuevas disconformidades cuando se quiere determinar si es admisible la prueba contra el pago que se afirma ó la remisión que se alega. Para resolver adecuadamente la cuestión, volvamos un paso atrás, y distingamos las relaciones entre el deudor y el acreedor, y las relaciones entre dicho deudor y los terceros.

Bajo el primer respecto, el deudor alegará, en nuestra opinión, el pago ó la remisión según crea que ésta ó aquél es más conveniente á su interés; y se comprende fácilmente en qué consista este interés, pensando en los diversos requisitos sustanciales de estas figuras, y en las diversas consecuencias jurídicas que se derivan de una y de otra. En efecto, remisión, ya lo sabemos, es donación; alegar, pues, el pago significa para el deudor sustraerse á las acciones de nulidad, si la restitución del documento se hizo por quien no habría podido donar, por ser incapaz para tal acto ó por ser simple mandatario para el cobro. Significa sustraerse á la revocación ó á la redacción por inoficiosa, cuando llegara el caso; significa frente á un acreedor solidario, conseguir la liberación total, mientras tratándose de remisión no sería ésta eficaz más que por la parte del acreedor que hizo la entrega del documento. Pero he aquí precisamente manifestado por estas razones el interés opuesto del acreedor ó de quien obra *ex iuribus* de éste, en probar la remisión en lugar del pago. Y aquí algunos autores, junto con Demolombe, admiten tal prueba sólo en el caso de fraude á la ley. Larombière, por el contrario, y nosotros con él, la creemos siempre admisible. Y la razón es esta: que la ley, consagrando la presunción de liberación, deja libre al deudor para el pago lo mismo que la remisión; no viola, pues, la presunción el probar uno ú otro de los dos hechos, por-

---

(1) Véase Duranton, XII, 364; Marcadé, 1282 y 1283, IV; Massé et Vergé sur Zachariæ, § 569, nota 6.

(2) Aubry et Rau, § 323 texto y nota 34; Colmet de Santerre, V, 231 bis, IV al final; Mourlon, II, 1429; Demoimbe, V, 433 y sigs.; Larombière, 1282, 15.

que bien con el uno bien con el otro se alcanza la finalidad de la ley; es decir, la liberación. Nos separamos, por otra parte, de Larombière respecto á la determinación del medio instructor admisible; porque, mientras este escritor admite siempre la prueba testifical y las presunciones, nosotros entendemos que se debe, volviendo á las reglas generales sobre las pruebas, distinguir la obligación según sea la cantidad; obligación civil y obligación comercial; y finalmente, hecho que habría ó no podido hacerse constar por escrito. Por decirlo en dos palabras, es en nuestro parecer una cuestión de admisibilidad de prueba como cualquier otra, que queda sujeta á las reglas generales.

324 En las relaciones entre el deudor y los terceros contra los que este pretende, alegando el pago, ejercitar un recurso, por ejemplo, contra los codeudores solidarios, nosotros, además de admitir el derecho á la prueba en contrario, no dudamos en imponer á dicho deudor la carga de la prueba del pago. Nos encontramos en el asunto de acuerdo con casi todos los escritores; porque no ha podido escapar á quien ha querido reflexionar sobre ello, que el art. 1279 dicta una presunción buena entre deudor y acreedor para poner al primero en grado de defenderse contra la demanda de pago; pero no tiene la intención de suministrar á dicho deudor un arma de crédito contra los coobligados de los que pretende el reembolso. Pruebe, pues, con los recibos y con los medios que según la índole de las obligaciones sean admisibles, haber obtenido la restitución del documento por efecto de pago.

325. La jurisprudencia patria tuvo hasta el presente poquísimas ocasiones de ocuparse de la cuestión. La sentencia más notable que en esta materia es dado encontrar, es de la Casación florentina y decide que no habiendo determinado el art. 1279 de qué liberación habla, no viola la ley el Juez que estime en el hecho la restitución voluntaria del documento realizada á título de compensación (1). Así aquella Corte suprema. Ahora bien; siendo la compensación un pago en sentido lato, dicha decisión confirma en sustancia nuestra teoría. La cual puede resumirse en las siguientes proposiciones:

la presunción legal de remisión tácita deducida del artículo 1279 del Código civil, tiene por fundamento, no sólo la posesión del original del documento privado en manos del deudor, sino la restitución voluntaria:

son admisibles pruebas documentales, y según la índole de las obligaciones, también orales, para demostrar que la posesión

---

(1) Cas. Florencia, 19 de Marzo de 1877 (*Annali*, 1877, I, 251).

por parte del deudor no tiene por causa una restitución voluntaria del acreedor:

la presunción de liberación puede ser alegada por el deudor á título de pago ó de remisión, ó de compensación, ó de novación; pero es lícito al acreedor demostrar con pruebas oportunas, según la índole de la obligación, que la liberación tuvo lugar por título diferente del que alega el deudor:

no es por otra parte admisible prueba en contrario á la presunción legal para excluir absolutamente la liberación, cuando el deudor haya probado por su parte la restitución voluntaria:

ninguna otra presunción legal de tácita remisión, fuera de la sancionada por el art. 1279, está admitida por la ley; pero queda abierto el paso á cualquier presunción simple deducida de otras circunstancias, siempre que la naturaleza de la obligación consienta la prueba testifical:

por último, la presunción fundada en el art. 1279 sirve al deudor para defenderse de las demandas del acreedor y de uno de los diferentes acreedores, pero no para obtener un regreso á título de pago contra los coobligados.

### III (1).

326. *Efectos de la remisión.*—Es sabido con cuanta seguridad las escuelas antiguas habían distinguido la *acceptilatio*, que ex-

(1) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español. Efectos de la remisión.*

a) *Principio general extintivo.*—La condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera (*artículo 1190 del Código civil español.*)

b) *Presunciones de extinción de las obligaciones complementarias de garantía.*—Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallase en poder del deudor (*art. 1191 idem.*)

II. *Derecho hispano-americano.—Doctrina relativa á los efectos jurídicos de la remisión ó condonación de la deuda.*

*Argentina.*—a) *Efectos generales de la remisión expresa.*—1.º La remisión hecha al deudor principal libra á los fiadores; pero la que se ha hecho al fiador no aprovecha al deudor; 2.º La remisión hecha al deudor produce los mismos efectos jurídicos que el pago respecto á sus herederos y á los codeudores solidarios; 3.º La remisión hecha á uno de los fiadores no aprovecha y los demás fiadores, sino en la medida de la parte que correspondía al fiador que hubiese obtenido la remisión; y 4.º Si el fiador hubiese pagado al acreedor una parte de la obligación para obtener su liberación, tal pago debe ser imputado sobre la deuda; pero si el acreedor hubiese hecho después remisión de la deuda, el fiador no puede repetir la parte que hubiese pagado (*artículos 914, 915, 916 y 917 del Código civil de la Argentina.*)

b) *Efectos jurídicos de la remisión presunta.*—1.º La remisión por entrega del documento original, en relación á los fiadores, codeudores solidarios ó deudores solidarios, produce los mismos efectos que la remisión expresa. 2.º La devolución vo-

tinguía la deuda *ipso iure*, y los *pacta conventa*, ó *ne petatur*, por los que se verificaba la extinción *ope exceptionis*; y los pactos liberatorios *reales*, de los pactos liberatorios meramente *personales*. El derecho moderno no conoce más que esta última dis-

luntaria que hiciese el acreedor de la cosa recibida en prenda, causa solo la remisión del derecho de prenda, pero no la remisión de la deuda; y 3.º La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor á probar lo contrario (*artículos 918, 920 y 921 del Código civil de la República Argentina.*)

*Bolivia.* a) *Efectos generales de la remisión convencional.*—1.º La remisión ó descargo convencional en favor de uno de los deudores *in solidum*, libra á los demás, á no ser que el acreedor haya reservado expresamente sus derechos contra estos; en cuyo caso no puede repetir la deuda, sin deducir la parte de aquel á quien ha hecho la remisión. 2.º La remisión ó descargo convencional libra á los fiadores; pero el que se concede á uno de éstos no libra al deudor principal ni á los demás fiadores; y 3.º Lo que el acreedor ha recibido de uno de los fiadores, á cuenta de su fianza, debe aplicarse á la deuda y servir de descargo al deudor principal (*arts. 878, 880 y 881 del Código civil de Bolivia*).

b) *Efectos de la remisión tácita ó presunta.*—1.º La entrega del documento original privado ó de la copia, hecha á uno de los deudores *in solidum* produce los mismos efectos para con los demás; y 2.º La entrega de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda (*arts. 877 y 879 del Código civil boliviano*).

*Chile, Colombia y Ecuador.*—Determinan en el título XVI, libro IV de sus respectivos códigos civiles, la naturaleza de la remisión y los caracteres de la expresa y de la tácita. pero no hacen expresa mención de sus efectos, salvo, como se dijo en la nota anterior, en cuanto se refiere á la condonación de las obligaciones de garantía de prenda ó hipoteca. Los efectos jurídicos, aun cuando no expresamente citados, se sobreentienden atendidos los principios generales del derecho que regulan la materia de contratos.

*Guatemala.*—a) *Principio general relativo á la condonación ó perdón voluntario.*—Quedan libres los fiadores si es perdonado el deudor (*art. 2319 del Código civil de Guatemala*).

b) *Excepciones al principio anterior.*—1.ª La condonación hecha á uno de los fiadores simples, no extingue la obligación del deudor principal ni la de los demás fiadores. 2.ª Si el deudor principal es insolvente, el acreedor cobrará su crédito de los demás fiadores rebajada la parte que corresponda al que fué perdonado. 3.ª La devolución de la prenda no es suficiente prueba de la condonación de la deuda (*artículos 2318 y 2320 idem*).

*Honduras.*—Como el Código civil español sólo prefiija el principio general de que la condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias, pero la de éstas dejará subsistentes las primeras, así como también se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada después de entregada al acreedor, se hallase en poder del deudor (*arts. 1297 y 1298 del Código civil de Honduras*).

*Costa Rica.*—Del mismo modo sólo expone el principio general de que la remisión de la obligación principal extingue todas las de carácter accesorio ó complementario de garantía (*art. 823 del Código civil de Costa Rica*).

*Méjico.*—a) *Principios doctrinales aplicables á la remisión expresa de la deuda.*—1.º La remisión concedida al deudor principal, aprovecha al fiador; pero la concedida á éste no aprovecha á aquel; y 2.º Habiendo varios fiadores solidarios, el perdón que fuere concedido solamente á alguno de ellos en la parte relativa á su responsabilidad no aprovecha á los otros (*arts. 1651 y 1652 del Código civil de Méjico*).

tinción; por la que tenemos unas veces la *remisión real*, otras la *remisión personal*.

Antes de examinar en qué caso es la remisión real, en cuáles personal, indiquemos brevemente los efectos de la una y de la

b) *Efectos de la remisión presunta*.—La devolución de la prenda es presunción de la remisión del derecho á la misma prenda, si el acreedor no prueba lo contrario, pero por la remisión de la prenda no se presume la remisión de la deuda (*arts. 1653 y 1654 del Código civil mejicano*).

*Perú*. Como el Código civil de Guatemala, establece el peruano, que los fiadores quedan libres, si es perdonado el deudor, así como á la inversa, la condonación hecha á uno de los fiadores simples, no extingue ni la obligación principal, ni la de los demás fiadores, y últimamente como derivación lógica de las premisas anteriores consigna que la entrega ó devolución de la prenda no es prueba bastante para determinar la condonación de la deuda (*arts. 2246, 2247 y 2248 del Código civil del Perú*).

*Salvador (El)*.—Siguiendo el mismo plan é inspirado en la misma doctrina que los de Chile, Colombia y Ecuador, establece el Código salvadoreño en el título XVI de su libro 4.º toda la materia general de la remisión ó condonación de la deuda, prescindiendo como aquellos de los efectos aplicables á la extinción de las obligaciones principales ó accesorias salvo, como ya se dijo, en lo particularmente relacionado con la prenda é hipoteca (*arts. 1540, 1541 y 1542 del Código civil de la República de El Salvador*).

*Uruguay*.—a) *Efectos jurídicos de la remisión expresa*.—La remisión hecha al deudor principal libra á los fiadores. La concedida al fiador no libra al deudor principal. La concedida á uno de los fiadores no libra á los otros á menos de que estos sean solidarios (*art. 1497 del Código civil del Uruguay*).

b) *Efectos de la remisión total en las obligaciones principales*.—La remisión total del crédito hecha en favor de uno de los codeudores solidarios libra á todos los demás, á no ser que el acreedor se haya reservado expresamente sus derechos contra estos. Verificada la remisión con esta reserva, el acreedor conserva su acción solidaria contra los demás, con deducción de la parte correspondiente al deudor á quien ha perdonado la solidaridad (*art. 1495 en relación con el 1374 del Código citado*).

c) *Efectos de la remisión en las obligaciones accesorias*.—La devolución voluntaria que hace el acreedor de la cosa recibida en prenda, importa la remisión del derecho de prenda, pero no de la deuda. Lo que el acreedor ha recibido de un fiador, para libertarle de la fianza, debe imputarse en la deuda y aprovecha al deudor principal y á los otros fiadores (*arts. 1496 y 1498 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

*Venezuela*.—a) *Efectos jurídicos generales de la quita ó remisión*.—La remisión ó quita concedida al deudor principal aprovecha á sus fiadores; pero la otorgada á éstos no aprovecha á aquél. La remisión hecha por el acreedor á uno de los fiadores sin consentimiento de los otros, les aprovecha por la parte de deuda de aquel á quien se hizo la remisión. En todo caso, lo que el acreedor ha recibido de un fiador para libertarlo de la fianza, debe imputarse á la deuda en descargo del deudor principal y de los otros fiadores (*arts. 1255, 1256 y 1257 del Código venezolano*).

b) *Efectos relativos á la prenda*.—La entrega de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda (*art. 1253 del Código citado*).

c) *Quita ó perdón en las obligaciones de carácter solidario*.—El acreedor al declarar que remite la deuda á uno de los codeudores solidarios, no quiere libertar á todos los demás, debe reservarse expresamente todos sus derechos contra ellos. Pero en este caso no puede repetir el crédito, sino deduciendo la parte de aquel á quien ha hecho la remisión (*art. 1254 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

otra. Y ante todo, la remisión, cuando es real, equivale al pago, extinguiendo la obligación para todos los coobligados principales y subsidiarios; con todas las garantías reales del crédito, sean prendas, sean hipotecas. Efecto común á la remisión expresa y á la tácita; de manera que la restitución del documento privado produce, bajo tal respecto, los mismos efectos que el recibo. Queda solamente la diferencia de la mayor seguridad que lleva consigo el recibo, porque no expone nunca al deudor á tener que justificar la posesión (1). Cuando á su vez la remisión es personal, no extiende sus efectos más allá de las personas que toman parte en ella; y, por lo tanto, no libera más que al coobligado ó fiador á quien se concede; para los otros coobligados es *res inter alios acta*. Más, aun en este caso, la remisión defiende también por regla general, junto con el contratante á las personas de los coobligados, de las que dicho contratante tenga interés en remover la acción, para no verse en el caso de sufrir la acción de regreso que destruiría el beneficio de remisión (2).

Por lo que concierne á los coacreedores, la remisión no produce nunca efecto fuera de la cuota de aquel que la concede, aun cuando se trate de crédito solidario ó indivisible (3).

327. Respecto á la segunda indagación, lo importante estriba en determinar cuándo una remisión es real y cuándo es personal. Los escritores enseñan generalmente que la remisión tácita es siempre real; pero esta proposición es verdadera sólo en parte, y su inexactitud recae en confundir la remisión derivada de la restitución del documento privado con la remisión tácita deducida de otros argumentos. Estamos de acuerdo también nosotros en que la remisión presumida por la restitución del documento es siempre real; y, por lo tanto, entregado el documento al coobligado ó al fiador, la obligación queda extinguida para todos; también en favor del deudor principal por la razón que hemos indicado ya, de que el hecho de quedar el acreedor desarmado voluntariamente del título necesario para obrar, no se puede dividir y es en ventaja de todos (4). Pero no ocurre lo mismo con res-

(1) *L. 14, C. de solut.* (VIII, 43): «Pecuniae solutae professio collata instrumento, maiorem rei gestae probationem continet, quam si chirographum acceptae pecuniae mutuae fuisse redditum.» Demolombe, V, 454.

(2) Pothier, *Obl.*, 606; Toullier, IV, 331; Marcadé, 1281, 5; Duranton, XII, 375; Delvincourt, II, pág. 572; Colmet de Santerre, V, 237 bis, II; Aubry et Rau, § 323 texto y nota 22, 23; Larombière, I:83, 1 y sigs.; 1287, 1 y sigs.; Massé et Végé sur Zachariae, § 569, notas 12 y 13; Demolombe, V, 453 y sigs.; Laurent, XVIII, 368 y sigs.

(3) Arts. 1185 y 1207, Cód. civ. it.; y 1198, 1224, Cód. Nap. Véase el vol. I, números 111 y 267.

(4) Véase el núm. 315 y art. 1279 al final, Cód. civ. it.; 1284, Cód. Nap.; Demolombe, V, 456; Larombière, 1284, 2; Laurent, XVIII, 375; Colmet de Santerre, V, 233 bis, V; Aubry et Rau, 323, nota 21; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV ed.), vol. IV, 132.



pecto á los otros argumentos de remisión tácita que bien pueden tener un carácter del todo personal y limitado á los contratantes. Quien quiera poner esta verdad á prueba del análisis, suponga, como ejemplo, que el acreedor pague á uno de los coobligados una deuda derivada de otro título diverso, sin oponerle en compensación *animo remittendae obligationis*, la deuda nacida del título en cuestión. Una condena semejante, aunque pueda, concurriendo circunstancias excepcionales, extenderse en provecho de los coobligados, no se debe, por regla general, calificar de remisión real en favor de todos los coobligados; porque puede explicarse mejor por el concepto más limitado de la remisión personal. También, pues, en materia de remisión tácita, siempre que no se refiera al art. 1279, puede admitirse la remisión personal, más bien que la real; y el reconocer en ella uno ú otro carácter hace surgir una *quaestio facti* de competencia del Juez.

328. Viniendo á la remisión expresa, el sentido y el tenor del contrato deben poner de manifiesto si se quiso extinguir la obligación para todos ó sólo para el coobligado con el que se ultimó el contrato (1); mas con el fin de prevenir engorrosas y peligrosas cuestiones de hecho, el legislador ha estimado oportuno fijar algunas reglas para dar norma á la interpretación.

La primera regla es que la remisión concedida á un deudor solidario libera á todos los demás, si el acreedor no se reservó explícitamente sus derechos contra estos últimos. Hecha tal reserva, puede repetir la deuda de éstos, deducida, sin embargo, la parte correspondiente á aquel á cuyo favor se hizo la remisión (2). No nos detendremos á indicar que esta regla se separó de la equidad y los escollos con que pueda tropezar en su aplicación: lo hemos dicho ya. Antes bien indicaremos que no se puede, por regla general, en nuestro concepto, extenderla á la obligación indivisible, precisamente porque el art. 1281 habia únicamente de coobligados solidarios, y su disposición, separándose de la equidad, no es de naturaleza que consienta aplicación extensiva (3). Lo que, por otra parte, no quiere decir que las circunstancias de hecho no puedan, cuando sea oportuno, persuadir al Juez de lo contrario, y demostrar el carácter real de la remisión, aunque consentida para uno solo de los codeudores en la obligación indivisible.

La segunda regla extiende á los fiadores el beneficio de la remisión concedida al deudor principal (4). Y es racional, porque si

(1) Arg. de los arts. 1123 y sigs.; 1131 y sigs., Cód. civ. it.; Demolombe, V, 457.

(2) Arts. 1281, Cód. civ. it.; 1285, Cód. Nap. Véase el vol. I, núm. 165.

(3) Véase el vol. I, *lug. cit.*; Demolombe, V, 460; contra Larombière, 1285, 18.

(4) Arts. 1282, Cód. civ. it.; 1287, Cód. Nap.

no fuese así, el beneficio concedido al deudor principal se convertiría en ilusorio por el regreso que corresponde al fiador. Era esta una regla seguida también por el derecho romano, la cual, sin embargo, encontraba excepción cuando no se temía el regreso, porque el fiador se había obligado *donandi animo* (1); excepción no admisible en el derecho moderno, bien porque el art. 1282 no la consiente, bien porque no se puede comprender la existencia de la obligación accesoria cuando falta la principal. Pero, ¿será lícito al acreedor, que hace remisión de la deuda al obligado principal, reservarse los derechos de crédito contra el fiador? No, cuando la remisión sea definitiva y absoluta; porque no se concibe accesorio sin principal, ni puede consentirse al acreedor, mediante un pacto ultimado sólo con el deudor, que prive al fiador de los derechos que la ley le concede, y le haga más gravosa la obligación (2). Sin razón algunos autores enseñaron lo contrario, argumentando con la *L. 22 D. de pactis* (II, 14); no pensaron quizás que el *pactum de non petendo* era insuficiente para extinguir *ipso iure* la obligación: por lo que, quedando ésta siempre viva en sutileza civil, no era absurdo que el fiador permaneciese obligado. Pero estas sutilezas no son tolerables en el derecho; y vemos asombrados al insigne Laurent (3), aprestarse á la tentativa desesperada de desenterrarlas, sosteniendo que, hecha remisión al deudor principal con reserva de los derechos contra el fiador, éste no quedará privado del derecho de recurrir; pero el deudor tendrá al menos la ventaja de no poder ser perseguido directamente por el acreedor. Miserable beneficio, respondemos nosotros; pero por favor ¿qué haremos del derecho de excusión? Y aun cuando falte por la índole de la fianza este derecho, ¿quién será el inocente deudor, que se considerará afortunado por haber cambiado de acreedor? Laurent recurre también al ejemplo del convenio en la quiebra, en que la condona parcial no favorece á los fiadores del quebrado. Ciertísimo; pero ¿qué tiene que ver la remisión voluntaria con el convenio, movido por muy diversas razones, encaminado á finalidad interesada, regido por reglas suyas propias y excepcionales? Veremos dentro de poco cuán enorme distancia separa desde este punto de vista la remisión volun-

---

(1) *L. 32, D. de pactis* (II, 14): «Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur; ipse vero si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fideiussori.»

(2) Troplong, *Cautionnement*, 505; Pont, *Petits contrats*, II, 407; Aubry et Rau, § 323, nota 23; Larombière, 1287, 1; Massé et Vergé sur Zachariae, § 369, nota 13 al final; Demolombe, V, 462.

(3) *Ob. cit.*, XVIII, 371.

taria y gratuita y el convenio (1). La teoría de Laurent puede ser justa solamente cuando la remisión no sea definitiva, sino parcial. Entonces la reserva de los derechos contra el fiador favorece al acreedor en los límites del resto de la deuda no condonada (2).

Por lo demás, nuestra regla tiene dos corolarios. Por el primero la remisión concedida al fiador es personal, de manera que no sirve al deudor principal (3); por el segundo, la restitución de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda (4). No decimos otra cosa, porque es evidente la razón de estas disposiciones; y en cuanto al valor que tienen, las hemos calificado ya, no de cánones imperativos, sino de criterios directores que toleran la interpretación contraria, si circunstancias oportunas de hecho ponen de manifiesto que el acreedor, al restituir la prenda, tuvo la voluntad de condonar la deuda, y al conceder la remisión al fiador quiso liberar también al deudor. Esta remisión constituirá entonces un título liberatorio también para el deudor, si es aceptada por él (5).

Ultima observación: la condona concedida á un fiador sin el consentimiento de los demás, aprovecha á éstos por la parte de aquél que fué liberado (6). Así, por nuestro Código civil. Según el artículo 1287 al final, del Código francés, la remisión concedida por el acreedor á un fiador no liberaría á los otros; pero los comentadores y la jurisprudencia, comprendiendo bien que el acreedor no podía aminorar el recíproco derecho de recurso de los cofiadores entre sí, para dividirse el peso de la fianza (7), habían llegado á la misma conclusión, que ha sido formulada legislativamente en nuestro art. 1284. Exceptuaban únicamente de esta regla la remisión concedida al fiador que se hubiese obligado el último; porque ésta no podía entrar en los cálculos de los fiadores precedentes (8). Pero esta excepción, combatida también en Francia, no es admisible frente al texto de nuestro artículo, que no distingue al fiador anterior del posterior. A su vez, el argu-

(1) Véanse los núms. 333 y sigs.

(2) Bolonia, 23 de Julio de 189. (*Riv. giur. bol.*, 1897, 261).

(3) Véase arts. 1287 al final, Cód. civ. it.; 1287, Cód. Nap.

(4) Arts. 1280, Cód. civ. it.; 1286, Cód. Nap.

(5) *L. 25, § 2, D. de pactis* (II, 14): «Sed quamvis fideiussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam, Julianus scribit». (Marcadé, 1287, V; Mourlon, *Rép. écrites*, 1435). Demolombe, V, 466; Larombière, 1286, i; Laurent, XVIII, 372.

(6) Art. 1283, Cód. civ. it. *L. 23. D. de pactis* (II, 14): «Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest, a debitore pecuniam non peti; imo nec confideiussoribus proderit: neque enim quoquomodo cuiusque interest».

(7) Arts. 1920, Cód. civ. it.; 2033, Cód. Nap.

(8) Pothier, *Obl.*, 617; Troplong, *Cautonnement*, 426; Poujol, 282; Larombière, 1287, 3; Demolombe, V, 468; contra Laurent, XVIII, 375.

mento *a contrario* y la lógica nos dan derecho para exceptuar de la disposición del indicado texto la remisión hecha á un fiador con el consentimiento de los otros: este consentimiento equivale á renuncia del beneficio de división correspondiente á los cofiadores entre sí.

329. Aquí habríamos terminado de examinar los efectos de la remisión, si una disposición singular del art. 1284 de nuestro Código civil, copiada del art. 1288 del Código Napoleón, no nos obligase á emplear unas pocas palabras de comentario. Establece aquella disposición que se debe computar en la deuda, y llevarse en descargo del deudor principal y de los otros fiadores, lo que el acreedor haya en todo caso recibido de un fiador para librarlo de la caución.

Mirada teóricamente, esta disposición es otro vicio de lógica y de partición en que el legislador ha caído en esta demasiado desgraciada materia de la remisión: porque, mientras siguiendo el concepto que informa todo el resto del asunto, no deberían estar comprendidas en él más que las normas reguladoras de la condonación gratuita: he aquí una disposición que literalmente supone una remisión *aliquo dato*. El art. 1284 supone, en efecto, un fiador que, queriendo liberarse de la carga de la fianza, se dirige al acreedor y le ofrece una compensación á fin de quedar desligado; una compensación se entiende, que representa el precio de la probabilidad que el acreedor viene á asumir por la condonación. Considerada prácticamente la indicada disposición, es aún más censurable, porque se aleja evidentemente de las vías de justicia, obligando al acreedor á computar en la deuda lo que no es una parte de su haber, sino el precio de un peligro que ha tomado sobre sí renunciando á la fianza. Y aunque dicha desviación se asegure que se justifica por el peligro de fraudes y de la inmoralidad de la convención, por la que el acreedor vendrá, en el caso de solvencia del deudor, á ganar todo lo que recibió del fiador; y aunque en apoyo de esta observación se aleguen los escrúpulos de Pothier, respondemos que todas estas razones, por especiosas, no valen en realidad nada. No sirve el hablar vagamente de fraudes, porque no se concibe qué fraudes serían de temer; no vale la pretendida injusticia, porque, repetimos la compensación pagada por el fiador no es parte de la deuda, sino compensación por el peligro de la insolvencia, que al verificarse produce el daño del acreedor que, en la línea de lo posible, lo pone en la balanza previsoramente con la ganancia que habría hecho, cuando el deudor no se convirtiera en insolvente. No vale la autoridad de Pothier, ya que el escrupuloso jurisconsulto hablaba como moralista; pero en el fuero externo reconocía como válida la conven-

ción por estar justificada por el supuesto peligro de la insolvencia del deudor (1).

Universal y justa es, pues, la censura de los escritores franceses contra la disposición contenida en el artículo que examinamos (2); y el legislador italiano, copiándola, no ha hecho ciertamente un servicio á la ciencia, ni ha servido á las exigencias de la justicia.

Y nótese que la disposición, á diferencia de las precedentes, es imperativa, por lo que no sería lícito al acreedor y al fiador, que pagando una suma obtiene la liberación, pactar que esta suma no quede comprendida en la deuda. Algunos autores han intentado, en verdad sostener lo contrario; pero el asunto no ha encontrado aceptación, porque cae frente á las palabras *debe computarse*, escritas en el texto del artículo (3).

Pero el acreedor, ¿podrá al menos estipular la cláusula resolutoria, preguntan Larombière (4) y Demolombe (5), pactando que en el caso en que alguno de los fiadores pida la computación de la suma en la deuda, revivirá la fianza? Sí, responden estos escritores, y nosotros con ellos, porque no encontramos buenas razones para disentir.

Pero no es todo. La disposición del art. 1284 no levanta más dificultades, mientras se trata de deuda pecuniaria y se haga un pago pecuniario por el fiador para conseguir la liberación. Si la deuda, por otra parte, consiste en sumas de dinero y el fiador ha prestado cosa diferente, ó si la deuda consiste á su vez en prestación diversa del dinero y el fiador ha pagado dinero, he aquí nuevas dificultades. Para resolverlas, indiquemos que en el primer caso el deudor principal y los otros fiadores podrán pretender la estimación de la cosa ó del hecho prestado por el fiador para deducirla de la deuda. En el segundo deberá el acreedor restituir al fiador la suma recibida indebidamente, si el deudor y los otros fiadores quieren, como es su derecho, prestar entera la cosa debida. No existe otro medio, dice bien Demolombe, de llevar á efecto con el menor sacrificio de la justicia la desdichada disposición escapada á la sagacidad de los legisladores modernos (6).

(1) Pothier, *Obl.*, 617, 618.

(2) Durantón XII, 379; Mourlon. *Rép. écrit.*, II, pág. 751; Colmet de Santerre, V, 288 bis; Larombière, 1288, 2; Demolombe, V, 469; Laurent, XVIII, 374.

(3) Marcadé, 1288; Colmet de Santerre, V, 238 bis; Larombière, 1288, 3; Demolombe, V, 471. Contra Demante, *Programme*, V, 238.

(4) *Ob. cit.*, 1:88, 4.

(5) *Ob. cit.*, V, 472.

(6) Demolombe, V, 474, 475; Larombière, 1288, 6.

329 bis. Hasta aquí de la remisión *donandi animo*. En cuanto á la remisión impropia, ó sea compensada por alguna ventaja del acreedor, bastan pocas advertencias. Entre la una y la otra especie de remisión existe esta diferencia: que mientras la primera está sustancialmente sujeta á todas las reglas concernientes á la donación sobre la capacidad, sobre la colación, sobre la reducción por inoficiosa y sobre la revocación, la que es á título oneroso queda á su vez sujeta á las reglas del contrato conmutativo que representa (1).

## CAPÍTULO II

### DEL MUTUO DISENSO (2).

#### I

330. Expuestos los principios de la remisión de la deuda, pa-

(1) Aubry et Rau, § 323; Colmet de Santerre, V, 230 y 230 bis; Demolombe, *lug. cit.*, 373.

(2) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español*.—*El mutuo disenso como modo extintivo de las obligaciones*.—El disentimiento de las partes, la disolución de las obligaciones por el mismo medio que se constituyeron, el aforismo romano que *consensu contrahuntur, contrario consensu desolvuntur*, no le incluye nuestro Código civil entre los modos en virtud de los cuales las obligaciones se solucionen. Y su omisión determinada, es racional, lógica y jurídica. Admitida por nuestro cuerpo de derecho civil la renuncia y la novación, en las cuales intervienen en la primera la voluntad del que puede exigir y el consentimiento de ambas partes en la segunda, y establecido el nacimiento en las obligaciones por los contratos y cuasi contrato (*art. 1089 del Código civil*), la virtualidad del contrato desde el momento en que una ó varias personas consienten en obligarse (*art. 1254 idem*), la libertad de los pactos, cláusulas y condiciones que los tratantes tengan por conveniente establecer (*art. 1255 idem*) y en último término, el consentimiento que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la *cosa* y la *causa* que han de constituir el contrato (*art. 1262 del Código civil español*), era totalmente ocioso que nuestro nuevo derecho se ocupase en enumerar entre los medios extintivos el *mutuo disenso*, así como también los contratos á los que puede aplicarse.

II. *Derecho hispano-americano*.—El mutuo disenso.

*Argentina*.—*Efectos de los contratos*.—Tampoco contiene en su enumeración este medio de extinguir las obligaciones. Partiendo de los principios jurídicos expuestos en la materia general de obligaciones, expresamente consigna que las partes pueden por *mutuo consentimiento extinguir* las obligaciones creadas por los contratos y *retirar* los derechos reales que se hubiesen transferido y pueden también por *mutuo consentimiento* revocar los contratos por las causas que la ley autoriza (*art. 1234 del Código civil de la República Argentina*).

*Bolivia*.—Tampoco menciona el *mutuo disenso* entre los medios de extinguir las obligaciones, pero al enumerar los efectos de las obligaciones, en las disposiciones generales acerca de las mismas, establece que toda convención legalmente formada tiene fuerza de ley respecto de las partes contratantes. No puede ser *revocada* sino por su *consentimiento mutuo* ó por las causas que la ley autoriza. Debe ser ejecutada de buena fe (*art. 725 del Código civil de Bolivia*).

saremos á hablar, según el orden establecido, del mutuo disenso, como medio de extinguir las obligaciones.

*Nihil tam naturale est*, escribió Ulpiano en el comentario *ad*

*Chile, Colombia y Ecuador.*—Como principio general y dentro de los modos de extinguirse las obligaciones, asientan estos Códigos, que toda convención puede extinguirse por una *convención* en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula, seguidamente enumera los medios legales extintivos ya expuestos en las notas anteriores (*arts. 1567 del Código civil de Chile, 1625 del de Colombia y 1557 del de El Ecuador*).

*Guatemala.*—a) *Del mutuo disenso.*—En el párrafo 6.º de los enumerados en el artículo 2298 de su Código civil, específicamente se ocupa en regular la naturaleza y efectos del mutuo disenso.

Se acaban las obligaciones, dice, de la misma manera que se firmaron cuando la persona á favor de quien existen y la que es responsable de ellas convienen mutuamente en extinguirlas (*art. 2349 del Código civil de Guatemala*).

b) *Casos en que no procede al mutuo disenso.*—No tiene lugar este modo de terminar las obligaciones, si se atacan los derechos de un tercero (*párrafo 2.º del artículo anterior*).

c) *Efectos del mutuo disenso con respecto á tercero.*—En caso de haberse perjudicado á un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho y se reputará subsistente la obligación, sólo en lo que sea relativo á los derechos de la persona perjudicada (*art. 2350 del Código guatemalteco*).

*Honduras.*—Flei trasunto del Código civil español, tampoco expresa en las causas de extinción de las obligaciones el mutuo disenso, pero cabe aplicar la misma doctrina que la que se expuso al examinar en esta nota nuestro derecho patrio. Las obligaciones que nacen de los contratos, la fuerza de ley que llevan consigo entre las partes contratantes, y el consentimiento en la oferta y en la aceptación, son las reglas invariables de aplicación al *disenso* (*arts. 1196, 1198 y 1369 del Código civil de Honduras*).

*Costa Rica.*—Ofrece análogas modalidades en los *arts. 632 y 1007 de su Código civil*.

*México.*—Tampoco el Código mejicano contiene disposición expresa respecto al mutuo disenso. En las disposiciones preliminares del título I de su libro 3.º, en los requisitos que debe concurrir en el consentimiento mutuo, se puede deducir los principios aplicables á esta extinción y resolución voluntaria del contrato (*arts. 1272 y 1286 del Código civil de México*).

*Perú.*—Como el Código de Guatemala incluye el *mutuo disenso* dentro de los medios por los que se solucionan las obligaciones.

a) *Concepto legal del mutuo disenso.*—Se acaban las obligaciones de la misma manera que se firmaron, cuando la persona á favor de quien existen y la que es responsable de ellas, convienen mutuamente en extinguirlas (*art. 2272 del Código civil del Perú*).

b) *Cuándo no puede surtir efectos.*—No tiene lugar este modo de terminar las obligaciones, si se atacan los derechos de un tercero (*párrafo 2.º del artículo antes citado*).

c) *Efectos jurídicos con relación á tercero.*—En caso de haberse perjudicado á tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación, sólo en lo que sea relativo á los derechos de la persona perjudicada (*artículo 2273 del Código civil peruano*).

*Salvador (El).*—Como los Códigos civiles de Chile, Colombia y Ecuador, y como iniciación de los modos de extinguirse las obligaciones, establece el principio doctrinal de que toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes

*Sabinum* (1), *quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*. Pero este medio de extinguir la obligación, que Ulpiano encontró tan natural, ó no se ha hecho para la práctica de los negocios, ó ha permanecido siempre en la infancia, porque en las primeras páginas de cualquier Código y de cualquier tratado se encuentra que el modo más natural de extinguir las obligaciones es el pago. Y en verdad, los contratos y las obligaciones no se estipulan ni se adquieren hoy para disolverlos mañana, sino para obtener ó para dar el dinero, la cosa, la prestación prometida. Por lo tanto, para conceder á lo dicho por Ulpiano el valor que merece, es necesario no leer en él otra cosa más que una observación sobre la forma como se puede disolver un contrato, desde cuyo punto de vista es natural que

interesadas, siendo capaces de disponer de lo suyo, consientan en darla por cumplida (*art. 1456 del Código civil de la República de El Salvador*).

*Uruguay*.—Este Código civil tampoco menciona al *mutuo disenso* entre los modos generales de extinguirse las obligaciones; pero en su sección III, tít. 1.º, libro IV, que determina los efectos jurídicos de las obligaciones hace constar que las partes pueden por *mutuo consentimiento* extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por *mutuo consentimiento* revocar los contratos por las causas que la ley autoriza (*artículo 1268 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

Con respecto á los efectos que el mutuo disentimiento pudiera producir con relación á tercero, dispone á su vez que si contratando alguno á nombre propio hubiese estipulado cualquier ventaja á favor de tercera persona, aunque no tenga derecho á representarla, podrá esta tercera persona exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado, antes de ser reservada (*art. 1230 del Código citado*).

*Venezuela*.—Como la mayoría de los Códigos civiles europeos y americanos omite también en la enumeración de los medios extintivos el especial del *mutuo disenso*. Esto, no obstante en diversos preceptos de su Código, se menciona directa y determinadamente el disentimiento contractual.

Ya al definir, en sus disposiciones preliminares de las obligaciones la naturaleza del contrato, define á éste diciendo que es una convención entre dos ó más personas para constituir, reglar, modificar ó *extinguir* entre ellas un vínculo jurídico (*artículo 1077*); y por cuanto se refiere á los efectos de los contratos, afirma el principio general de derecho que los contratos *formados* legalmente tienen fuerza de ley entre las partes, no pudiendo ser *revocados* sino por *mutuo consentimiento* ó por las causas autorizadas por la ley (*art. 1103 del Código civil venezolano*).

Con relación á los efectos jurídicos con respecto á tercero, también contiene la materia general de todos los Códigos, en virtud de la cual no se puede estipular en nombre propio sino para sí mismo; pero esto, no obstante, se puede estipular en *provecho de un tercero*, cuando se hace como condición de una estipulación que se ha hecho para sí mismo ó de una donación que se hace á otros. En estos casos, el que ha celebrado esta estipulación no puede *revocarla*, si el tercero ha declarado que quería aprovecharse de ella (*art. 1108 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) *L. 35, D. de reg. iur.* (L, 17); *Acordes I. 100, D. eod.*; *L. 80, D. de solut.* (XLVI, 3).



por consentimiento se desate lo que por consentimiento se hizo. Y no queriendo perderse en disertaciones teóricas poco fructíferas, es necesario, al hablar de este modo de extinguir las obligaciones, limitarse á las pocas observaciones que pueden tener alguna utilidad.

El mutuo disenso, como dicen los comentadores, ó el *contrarius consensus*, como está escrito en las antiguas fuentes textuales (1). no es más que un contrato que tiene por objeto disolver un contrato anterior. Queda por esto comprendido en la generalísima ración del art. 1098, en que se define el contrato como un acuerdo entre dos ó más personas para constituir, regular ó desatar entre ellas un vínculo jurídico. Pero el mutuo disenso es una especie de más vasto género, porque mientras un contrato, dirigido á desatar un vínculo jurídico anterior, se puede concebir sea la que quiera la obligación anterior, bien por contrato, bien por cuasi contrato, bien por hecho ilícito ó por ley, el consentimiento contrario no puede concebirse más que en aquellas obligaciones que nacieron por consentimiento, es decir, en las obligaciones contractuales. Además, aun restringiéndose á las obligaciones contractuales, es preciso para formarse justa idea del mutuo disenso, distinguir el caso en que siendo el contrato bilateral se quiera extinguir una obligación sola, del caso en que se quieran extinguir ambas, porque si es una sola, he aquí la pura remisión de la deuda, de que hemos hablado ya, tratándose en verdad de una condona graciosa del acreedor, el cual, mientras perdona su crédito, no por esto queda liberado de su obligación correspondiente; de donde, en el mutuo disenso, es decir, cuando se quieren extinguir ambas obligaciones, la condona es recíproca y correlativa; desaparece en absoluto el contrato obligatorio en virtud del nuevo contrato liberatorio.

Concluyendo, por tanto, el mutuo disenso es una especie de condonación ó remisión recíproca, que los dos contratantes hacen de sus obligaciones nacidas de anterior contrato bilateral, y se diferencia de la remisión verdadera y propia, bien porque no es nunca gratuito, teniendo siempre un correlativo en la condona de la obligación correspondiente, bien porque produce disolución necesaria del contrato, bien, finalmente, porque no se le puede aplicar nunca la presunción que nace del art. 1279. Esto es debido á que debiendo ser dos los originales del documento privado en que conste el contrato bilateral, la recíproca restitución del documento que cada contratante hiciera al otro, no despojaría ni al uno ni al otro del título de crédito, sino que sería una permuta

---

(1) Citada L. 35, D. de reg. iur. (L, 17).

del *documentum probationis*, sin carácter jurídico (1). Lo que, por otra parte, no quita la posibilidad de un mutuo disenso tácito, nacido de la destrucción completa de todos los originales del documento privado.

## II

331. Establecidas estas advertencias, ¿en qué forma debe manifestarse el mutuo disenso? ¿á qué contratos se aplica? ¿y qué efectos produce? No hay duda de que el consentimiento de las dos partes es indispensable, exceptuados aquellos pocos contratos, como el mandato y la sociedad, resolubles á voluntad de una parte sola. Igualmente no se duda de la eficacia del consentimiento verbal, si verbalmente se ultimó el primer contrato; pero pronto surge alguna dificultad, acerca de si estando el primer contrato ultimado por escrito, puede estimarse suficiente para resolverlo el disenso verbal. Sobre este propósito nos parece oportuno advertir que cuando el primer contrato era del número de aquéllos que requieren formas solemnes, es decir que deben, bajo pena de nulidad, ser ultimados por escrito (2), deberá también por escrito ultimarse el contrato de disolución. En el caso contrario, la disolución podrá ser verbal; pero será precaución necesaria acompañarla de la destrucción del documento escrito, para no tropezar con dificultades en la prueba.

332. Poco necesitamos añadir á lo ya dicho para poner de manifiesto cuáles son los contratos á que se aplica la disolución por mutuo disenso, en el significado restringido asignado por nosotros á este modo de extinción. No son nunca los contratos unilaterales y de ahí que queden incluidos aquí por esta sola razón todos los reales, porque no son nunca sinalagmáticos. En segundo lugar, es preciso excluir de los bilaterales todos aquéllos que están por su índole jurídica acompañados de ejecución inmediata: porque, una vez realizado el contrato, las obligaciones que producía, ó al menos una de ellas, ha quedado extinguida por pago, y no puede extinguirse por segunda vez. Este es el motivo por el que no se puede hoy en día concebir la disolución por mutuo disenso de aquellos contratos que transfieren al mismo tiempo la propiedad ú otro derecho real: es necesaria en este caso una restitución y un nuevo contrato. Los romanos aplicaban este principio al contrato de venta, cuando se había hecho ya la tradición de la cosa vendida: de manera que solían considerar suficiente solo el disen-

---

(1) Véase el núm. 318.

(2) Art. 1314, Cód. civ. it.

so, *re adhuc integra*; en el caso contrario era preciso *res* y nuevo *consensus* (1). Hoy en día, cambiada la norma jurídica sobre la transmisión de la propiedad, la regla se aplica á la venta de cuerpo cierto, y á todos los contratos traslativos de propiedad, aun cuando no se haya hecho tradición, porque hace las veces de la tradición el consentimiento. Ocurre á menudo que después de haberse vendido los bienes, principalmente en pública subasta, el acreedor no satisface los plazos del precio convenidos. Ahora bien, para resolver estas ventas y hacer volver al vendedor al dominio de la cosa vendida, no basta el mutuo disenso, se requiere una verdadera venta, que no produce efectos retroactivos, principalmente en daño de terceros (2).

Todo esto conduce á restringir mucho el número de los contratos á que se aplica la disolución por mutuo disenso. Si los jurisconsultos romanos no mencionaban más que la compraventa y la locación (3), hoy bien puede decirse que ni aún estas dos especies de contrato son siempre susceptibles de dicho modo de disolución.

Pasando, por último, á los efectos, aparece de lo dicho una distinción capital. Si la disolución del contrato ocurre enteramente, no queda ya traza de las obligaciones nacidas del contrato primitivo. Si á su vez ocurre cuando ya el contrato anterior habia producido algún efecto, entonces la anulación de las obligaciones primitivas no puede tener efecto retroactivo; y sobre todo, no puede perjudicar á los terceros que hayan, durante este tiempo, adquirido derechos en virtud del contrato precedente: sea que este segundo convenio tenga el carácter de contrato simplemente resolutivo, sea que tenga el de convenio que obligue á la restitución de cuanto se dió y recibió.

(1) *L. 58, D. de pactis* (II, 14): «Si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitisses, et cum tu mihi praetium deberes, convenisset mihi tecum, ut, rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitisses, pretium mihi non dares; tuque mihi ea praestitisses, praetium te debere desinere: quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quicquam interest, utrum, integris omnibus in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an, in integrum restituis his, quae ego tibi praestitisses, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. Illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id, quod actum est, perfici non potest, ut tu, quod iam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quidem obligationes inter nos constituantur».

(2) Véase Duranton, XVI, 387; Aubry et Rau, § 448, nota 3; Demolombe, V, 380; Delvincourt, II, pág. 537; Massé et Vergé sur Zachariae, § 617; nota 1; Laurent XVIII, 346.

(3) *L. 23, D. de acceptilatione* (XLVI, 4); § 3, *Inst. Per quas personas, etc.* (III, 29).

## CAPÍTULO III

DEL CONVENIO EN LA QUIEBRA, Y DE LAS CORRESPONDIENTES  
INSTITUCIONES MORATORIAS

## I

333. *Convenio*.—Último resto de las remisiones coactivas, que bajo otras legislaciones, el Juez ó la mayoría de los acreedores, imponían á la minoría ó al acreedor singular, sea por efecto de la insolvencia del deudor, sea para inducir á un heredero á aceptar la herencia cubierta por las deudas (1), quedó en el Código de Comercio el convenio judicial entre el quebrado y los acreedores para terminar la quiebra mediante una remisión parcial de las deudas admitidas en el pasivo; y quedó en él también la moratoria (*espera*) la cual, bajo algunos respectos, era una especie de convenio. Pero la moratoria ha sido sustituida por el convenio preventivo, por la ley de 24 de Mayo de 1903, núm. 197.

Ciertamente, es preciso reconocer, además de estas instituciones judiciales, la figura jurídica del convenio amistoso extrajudicial, sea antes de proceder á la quiebra, sea en cualquier estado del procedimiento de la misma, si todos los acreedores lo consienten (art. 830, Cód. Com.). Pero nosotros no nos proponemos hablar de éste, no sólo porque no siempre constituye un *pactum ut minus solvatur*, y puede, á su vez, dar prórrogas ó conceder otras facilidades al quebrado, sino también porque, aun dado que contenga una remisión parcial de las deudas, es suficiente decir que, dejándose por la ley á la libre voluntad de las partes, queda bajo la simple observancia de los principios generales del derecho contractual: y nada habíamos de añadir sobre el asunto á cuanto dijimos poco antes (núm. 306 y sigs) respecto á la remisión hecha sin ánimo de liberalidad. A los abusos á que puede dar lugar este contrato, acuden las leyes con las disposiciones sobre la revocación de los actos ultimados en fraude de acreedores y sobre la insolvencia fraudulenta.

Restringiendo nuestras observaciones al convenio judicial, debemos indicar lo muy estrechamente ligado que está con la teoría de las obligaciones en general, y particularmente se enlaza á la institución de la remisión. Sabemos bien que algunos escritores impugnan este carácter de remisión al convenio en la quiebra,

---

(1) L. 7, § 17; L. 10, D. de *pactis* (II, 14); LL. 1, 8, Cod. *qui bona ced.* (VII, 71). Art. 1265 y sigs., Cód. Nap.

y pretenden ver en él antes bien una transacción ó una novación (1). Pero transacción no es, ciertamente, porque las deudas sobre que recae no son discutidas ni litigiosas: novación, tampoco, sea porque la extinción de las deudas no es definitiva, sino sujeta al cumplimiento del convenio, sea porque no libera á los fiadores. Por otra parte, es preciso reconocer, y lo hemos dicho ya, que la remisión puede ser también parcial, y hecha no gratuitamente, sino para conseguir una ventaja ó evitar una pérdida más grave.

El convenio en la quiebra es, pues, una remisión parcial de las deudas que la mayoría establecida por la ley concede libremente al quebrado, bajo la autoridad del Juez; que es obligatoria también para los que disienten y para los ausentes, y tiene por objeto terminar la quiebra (2). Difiere de la remisión en sentido estricto, de que hemos hablado anteriormente, ante todo en la forma, porque requiere la reunión judicial de los acreedores, y la aprobación del Tribunal. Difiere de ella también por la finalidad, porque no se hace nunca *donandi causa*, sino con la mira de sacar el mayor provecho posible del estado de insolvencia del deudor, ahorrando los gastos y evitando los peligros y los retardos de la liquidación de su activo. Difiere también finalmente en las consecuencias, porque admite ciertas causas de anulación ó de resolución desconocidas en la remisión ordinaria (3); y sobre todo, porque no favorece á los coobligados ni á los fiadores (4).

334. Detengámonos un momento en esta última disposición; y hagamos notar que ésta constituye una derogación sustancial al ya conocido principio de que la remisión, concedida al deudor principal, favorece al fiador. ¿Cuál será la razón que el legislador ha tenido para derogarla en materia de quiebra? La razón de esto no se debe buscar, como algunos suponen, únicamente en la naturaleza de remisión forzada que tiene el convenio; porque el art. 792 mantiene la acción contra los fiadores también en provecho de aquellos acreedores que *hayan voluntariamente consentido* el convenio. Las razones son más de una, esto es:

1.<sup>a</sup> la consideración de que, en el convenio, la remisión de una parte del crédito no se hace tampoco por los acreedores que

(1) Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, pág. 182 y sigs.; Iona, *Il concordato amichevole stragiudiziale in limite di fallimento*, Turin, Unione tipografica editrice 1908, VIII, 211.

(2) Arts. 830 á 840, Cód. Com.; 36 y sigs. L., 24 de Mayo de 1903, núm. 197.

(3) Art. 842, 843, Cód. Com.

(4) Art. 792 de dicho Código -ivi- «Los acreedores conservan sus acciones por su entero crédito contra los coobligados ó los fiadores del quebrado, aunque éste haya conseguido un convenio y aquellos lo hayan consentido voluntariamente.

consienten, *donandi animo*, sino por cálculo, á fin de sacar el mayor provecho posible del patrimonio del deudor convertido en insolvente;

2.<sup>a</sup> el hecho incontrastable de que los fiadores y los coobligados se hacen intervenir y se buscan por los acreedores precisamente para evitar el daño de las pérdidas derivadas de la insolvencia, ó sea de la quiebra del deudor;

3.<sup>a</sup> la falta de toda acción de regreso del fiador contra el deudor principal quebrado, siendo el convenio obligatorio para todos los acreedores: de donde no es de temer que el regreso haga desaparecer el beneficio de la remisión;

4.<sup>a</sup> finalmente, la conveniencia de facilitar las conclusiones de los convenios; porque si los acreedores se viesan obligados á abstenerse de los convenios por no perder sus derechos contra los coobligados y los cofiadores, muchos serían los que se abstendrían de tomar parte en ellos: y la conclusión de un convenio resultaría casi imposible en la mayor parte de los casos.

Por el conjunto de todas estas consideraciones es por lo que de la regla excepcional de que hablamos se encuentran trazas en el derecho antiguo y en todas las legislaciones mercantiles modernas (1).

335. Pero precisamente por esto, y por la índole misma de la disposición excepcional y en gran parte fundada en motivos de conveniencia, casi todos los escritores nos advierten que no debe aplicarse á los convenios amigables ó extrajudiciales, sino solamente á los ultimados con las formalidades impuestas por el Código de Comercio: es decir, á los convenios judiciales (2).

Si la remisión parcial del crédito con motivo de convenio no priva al acreedor que asiente á él de sus derechos contra el coobligado y el fiador, ¿diremos lo mismo de la renuncia que haga el acreedor á una hipoteca, á una prenda, á fin de poder tomar parte en la deliberación del convenio? ¿O de su renuncia á los derechos contra terceros, de los que podría en vía de regreso servirse también el fiador? No lo creemos: porque en la renuncia á la hipoteca ó á los derechos contra los terceros existe algo más que una simple condonación parcial y casi coactiva: existe la renuncia espontánea á una posición privilegiada y segura. Ahora bien, sería injusto sujetar al fiador á quedar privado de las garantías que el acreedor habría debido conservar, ó dejando á los

(1) Véase Pothier, *Obl.*, 380; Bédarride, *Des faillites, etc.*, 883 y sigs.; Aubry et Rau, § 323, nota 25; Troplong, *Cautionnement*, 504; Duranton, XVI, 361; Colmet de Santerre, 237 bis, I; Pardessus, *Droit Commercial*, III, 1247; Alauzet, *Comm. de Code de comm.*, IV, 1850; Demolombe, V, 465; Laurent, XVIII, 371.

(2) Contra Turin, 12 de Noviembre de 1878 (*Legge*, 1879, I, 377).

otros que consistieran el convenio ó consintiéndolo con otras condiciones.

Ninguna de las razones poco antes indicadas justificaría lo ínciuo del resultado (1).

Por último, queda por saber si no ya el coobligado sino el fiador, puede sujetar su obligación á la condición de no ser ligado cuando el acreedor acepte un convenio. A lo que, sin profundizar la cuestión, respondemos que nos sentimos inclinados á la opinión afirmativa, no viendo qué peligros podría ocultar dicha cláusula: señaladamente si en vez de ser una desenfrenada condición de liberación, estuviese atenuada y restringida á ciertos casos determinados: ó requiriese que se le informara preventivamente del convenio que se pretendía ultimar, para tomar parte en él, pagar al acreedor y comparecer por sí.

Esto es lo más importante que debemos observar respecto al convenio, considerado como remisión parcial de los créditos. En cuanto á las formalidades procesales con las que debe ser ultimado el convenio no es misión nuestra el hablar. Diremos únicamente que están establecidas por el Código de Comercio para todas las quiebras en que la totalidad del pasivo pasa de cinco mil liras: para las que no alcanzan á esta suma, la ley de 24 de Mayo de 1903, ha establecido un procedimiento más sencillo y económico, cuyas disposiciones más dignas de notarse son la exención del quebrado de la obligación de presentar los libros: la abolición del delito de bancarrota simple; la competencia del Pretor que sustituye á la del Tribunal para juzgar como árbitro y amigable componedor sobre las incidencias que surjan: y finalmente, la exención de las tasas de sello y registro de todas las actas y documentos (2).

---

(1) Bédarride, *ob. cit.*, 890.

(2) Respecto á este procedimiento sumarisimo, que las relaciones gubernativas calificaron de *genial concepción legislativa*, y autorizados jurisconsultos defendieron con íntima convicción en las dos ramas del Parlamento, es doloroso hacer constar también que fuera de las buenas intenciones de los legisladores, ha producido, en pocos años de experiencia, efectos muy diferentes de los que se aseguraban. La grande sencillez del procedimiento, privada de toda seria garantía, ha servido sobre todo para favorecer los fraudes de los deudores poco aprensivos que, mediante pasivos y mayorías ficticias, consignan procurarse inmerecidas ventajas en daño de los acreedores. Es ciertísimo que la pequeña entidad de las diminutas quiebras no justifica los gastos de un procedimiento riguroso: pero si para evitarlas es preciso autorizar en la quiebra un procedimiento desprovisto en todo su curso de garantías serias, ¿no sería quizás mejor abolir directamente la quiebra para los pequeños comerciantes?

Por lo demás, será útil á quien desee mayores noticias, leer las relaciones de las principales Cámaras de Comercio italianas y los discursos anuales de inauguración de los Fiscales. Y para más amplias consideraciones, consúltese á Bolaffio, *La legge*

## II (1)

336. MORATORIA Y CONVENIO PREVENTIVO.—Bastante difícil de definir es la naturaleza jurídica de la moratoria, que el Código

24 maggio 1893, ecc., ecc. (*Temì, Eco dei tribunali*, 1903, 389; *Monitore dei tribunali*, 1903, 441); Rezzara, *Sulla procedura dei piccoli fallimenti (Diritti commerciali*, 1904, 521); Bossi, *La legge sulla procedura dei piccoli fallimenti, osservazioni pratiche*: Millán, Perola y Cella, 1908, 53; Azzariti, *Osservazioni in tema di concordato preventivo (Giur. it., I, 2, 293, Rivista commerciale*, II, 463).

(1) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español: Del pago por cesión de bienes.*—El Código italiano no contiene disposición expresa respecto á la modalidad del pago por cesión voluntaria ó necesaria de bienes.

El autor de la obra refiérese en esta parte á la materia de quiebras, eminentemente comercial, al convenio entre los acreedores y el quebrado, á la quita y espera que se pueden establecer mediante el consiguiente acuerdo. Creemos indispensable prescindir en estas notas de todo cuanto tenga carácter exclusivamente mercantil; y como quiera que tanto nuestro Código civil como los hispano-americanos enumeran la cesión de bienes como modo de extinguir las obligaciones, consignaremos en esta nota *solamente* los preceptos del derecho civil que afectan á esta materia. Sirvan, pues, estas líneas como observación á la disparidad aparente entre el texto del autor de la obra y las notas de Derecho comparado de esta Redacción.

A) *Derecho español histórico.*—Prescindiendo de las leyes del Fuero Juzgo y Fuero Real y á otras escasas disposiciones del derecho antiguo respecto al desamparo de bienes, nos limitaremos á los principales preceptos de la ley de Partidas.

a) *Concepto del desamparo de bienes.*—Desamparar puede sus bienes todo ome que es libre e estuviere en poder de sí mismo ó de otro, *non auicndo de que pagar lo que deue*. E de uelos desamparar ante el Judgador. E este desamparamiento puede fazer el debdor por sí ó por su personero, ó por su carta, conociendo las deudas que deue, ó quando fuere la sentencia dada contra él, é non ante. E si de otra guisa los desamparase, non valdría el desamparamiento. E de uelos desamparar á aquellos á quien deue algo, aiziendo, como non ha de que faga pagamento. E estonce el Judgador deue tomar todos los bienes del debdor que desampara lo suyo por esta razon, si non los paños de lino que vistiese, é non le deue otra cosa ninguna dexar. Fueras ende, si tal debdor como este fuese padre ó abuelo, ó alguno de los otros ascendientes que ouiesse algo á dar á alguno de aquellos de quien descendiesse de ellos. O si fuese fijo ó alguno de los otros descendientes que ouiesse algo á dar á alguno de aquellos de quien descendiesse. O si fuese ome que deuiesse algo á su mujer ó ella á su marido. O si fuese compañero de aquellos que firman compañía entre sí, auiendo ó trayendo sus bienes de su vno, que deuiesse algo al otro ó el compañero á él. O si fuese ome á quien demandassen en juyzio sobre donadio que ouiesse fecho á otro. Ca estonce el Judgador deue dexar a cada vno destes sobredichos, tanta parte de sus bienes de que puedan vivir gñsadamente. E lo otro todo deue mandar vender en Almoneda, é entregar el precio destes bienes á los deudores sobredichos. (*Ley 1.ª, titulo 15, Partida 5.ª*)

b) *Efectos jurídicos del desamparo de bienes.*—El desamparamiento que faze el debdor de sus bienes de que fablamos en las leyes ante desta, ha tal fuerza, que despues non puede ser el debdor emplazado, nin es tenuto de responder en juyzio á aquellos á quien deuiesse algo; fueras ende, si ouiese fecho tan gran ganancia que podría pagar los debdos todos ó parte dellos, é que fincase á él de que podliesse bluir... (*Ley 3.ª, tit. XV, Partida 5.ª*)

B) *Código civil.*—a) *Del pago por cesión de bienes.*—El dendor puede ceder sus bienes á los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario,



## de Comercio de 1883 desenterró de las ruinas del antiguo dere-

sólo liberará á aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán á las disposiciones del tit. 17 de este libro y á lo que establece la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1175 del Código civil español).

b) *Concurrencia y prelación de créditos: Principio general.*—Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 *idem*).

c) *Derechos del deudor.*—El deudor puede solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera de sus deudas ó cualquiera de las dos cosas; pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho, sino en los casos y en la forma previstos en la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1912 *idem*).

d) *Declaración en concurso.*—El deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuese conocida (art. 1913 del Código civil).

C) *Ley de Enjuiciamiento civil.—Cesión de bienes necesaria.*

a) *Excepciones de los bienes que puede retener el deudor.*—No se embargarán nunca el lecho cotidiano del deudor, su mujer é hijos, las ropas del preciso uso de los mismos, ni los instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que aquél pueda estar dedicado, ni el salario, jornal, sueldo, pensión ó retribución, ó su equivalente que no exceda de dos pesetas 50 céntimos al día (art. 1449 de la ley de Enjuiciamiento, según la modificación establecida por la ley de 12 de Julio de 1906).

b) *Limitaciones con respecto á los emolumentos del deudor.*—Cuando hubiera que proceder contra salarios, jornales, sueldos ó retribuciones superiores á dos pesetas 50 céntimos, el haber que reste á percibir, en ningún caso ni por ningún motivo podrá ser inferior á dichas 2,50 pesetas diarias; respecto á los salarios, sueldos, pensiones, jornales ó retribuciones que excedan de dicha cantidad, sólo se embargará la quinta parte, si no pasaran de 2.500 pesetas anuales; la tercera desde esta cantidad á 5.000, y la mitad de esta cifra en adelante. Cobrándose por días, semanas, quince días ó meses, se computará el ingreso por el múltiplo que correspondiera á las indicadas anualidades. Si dichos salarios, jornales, sueldos ó pensiones estuviesen gravados con descuentos permanentes ó transitorios, impuestos, arbitrios, repartimientos ó cargas públicas, la cantidad líquida que deducidos éstos perciba el deudor, será lo que sirva de tipo para regular el embargo, según lo establecido en el párrafo anterior (art. 1451 de la referida ley procesal, conforme á la modificación establecida en la de 12 de Julio de 1906).

D) *Jurisprudencia.*—1.º *Jurisprudencia civil aplicable á la cesión de bienes.*

a) *Ofrecimiento de bienes no constitutivo de cesión.*—La cláusula en virtud de la cual un deudor se obliga á pagar á sus acreedores con lo que pueda corresponderle en una herencia, subrogando en su lugar á aquéllos y confiririéndoles poder para provocar y gestionar cuanto estimasen conveniente en la referida testamentaría hasta conseguir el completo pago, sólo supone la consagración del art. 1033 del Código civil (relativo á la intervención de los acreedores en la partición para evitar que ésta se haga en fraude ó perjuicio de sus derechos, puntualizándose el alcance de lo que titula subrogación y apoderamiento, y en modo alguno la cesión de bienes establecida en el art. 1175. (Sentencia de 8 de Mayo de 1897.)

b) *Extensión de la cesión de créditos.*—Siendo hecho cierto que la cesión de créditos por un deudor no constituía descargo de la propia deuda, sino en cuanto los obligados por tales créditos, al no liberar la sentencia al deudor por el importe de los créditos incobrables, no infringe el art. 1175 del Código. (Sentencia de 22 de Junio de 1897).

c) *Contratos entre marido y mujer.—Validez de la cesión en pago.*—El art. 1175

cho, bajo el que el Código precedente la había dejado en paz

del Código civil sanciona la cesión de bienes como forma de extinción de obligaciones consistentes en el pago de cantidad. Conforme á él, es lícito el convenio entre marido y mujer; consistente en el pago de la dote á los herederos de la segunda en bienes inmuebles determinados; constituidos con valores y dinero procedentes de la dote estimada. (*Sentencia de 21 de Febrero de 1900.*)

2.º *Jurisprudencia hipotecaria de la cesión de bienes hecha por el deudor.*

a) *Inscripción de finca procedente de cesión de bienes.*—Procede la inscripción de una finca adquirida por una persona, como heredero testamentario de su difunto padre, en virtud de una cesión hecha al testador por la mayoría de acreedores, en el concurso formado á consecuencia de la quiebra de un tercero, aunque no constó en la liquidación el crédito del cesionario ni el justiprecio ni la venta en pública subasta, siendo dicha finca inscribible con la presentación del testamento é inventario de los bienes de su padre. (*Resolución de la Dirección general de los Registros de 17 de Agosto de 1863.*)

b) *Carácter jurídico de la cesión de bienes.*—Por la cesión de bienes hecha por el deudor á sus acreedores, no adquieren éstos el dominio ó propiedad sobre los bienes del deudor, porque según las leyes de Partida, el deudor que cede ó desampara sus bienes para pago de sus deudas, conserva el dominio de ellos hasta el punto de poder revocar la cesión, ni tampoco puede calificarse aquel derecho como una comisión ó mandato, cuando, según los términos del convenio de cesión, el deudor debía concurrir al otorgamiento de la escritura de venta de los bienes cedidos y percibir el sobrante, porque el mandato concluye con la muerte del mandante, es revocable á su voluntad y hace innecesaria la asistencia del mismo para los que se otorgó el poder. El convenio de cesión de bienes de que resulta que el deudor se desprende de las facultades de enajenar libremente sus bienes, administrarlos y percibir sus frutos en beneficio de sus acreedores, modifica la capacidad civil del dueño para disponer de dichos bienes y limita los derechos inherentes á esta cualidad, adquiriéndolos en su consecuencia la comunidad de acreedores, pero de ningún modo es necesaria la inscripción á los efectos del art. 20 de la ley, supuesto que estos últimos no adquieren el dominio de los bienes cedidos. (*Resolución de 13 de Junio de 1874.*)

c) *Concepto legal de la cesión judicial de bienes.*—La cesión judicial de bienes hecha por el deudor en favor de la universalidad de sus acreedores, no es un acto traslativo de dominio de dichos bienes; pues sólo constituye una autorización ó mandato irrevocable que otorga el deudor en favor de sus acreedores, para que éstos, colocándose en lugar de aquél tomen posesión de sus bienes y los vendan para distribuir su precio entre todos, según el derecho de cada uno en particular, quedando además el deudor cesionario privado de la facultad de enajenar los bienes cedidos. Bajo este supuesto que confirma en cierto modo la ley de Enjuiciamiento civil, la inscripción de la providencia judicial aprobatoria de la cesión de bienes no constituye el obstáculo á que se refiere el art. 20 de la ley Hipotecaria para inscribir la enajenación y venta judicial verificada con el objeto de pagar un crédito hipotecario anteriormente inscrito. (*Resolución de 28 de Junio de 1879.*)

II. *Derecho hispano-americano.*—*Del pago por cesión de bienes.*

*Argentina.*—a) *Del pago por entrega de bienes.*—El pago queda hecho cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar ó del hecho que se le debía prestar (art. 813 del Código civil de la Argentina).

b) *Reglas aplicables á la entrega de bienes en pago.*—Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito á favor del deudor se juzgara por las reglas de la cesión de derechos. Si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa (arts. 814 y 815 *idem*).

para estudio de los eruditos, contentándose con que la concesión

c) *Capacidad para recibir los bienes.*—Los representantes del acreedor, sean necesarios ó voluntarios, no están autorizados para aceptar pagos por entrega de bienes. Si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho para ser indemnizado como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva (*arts. 816 y 817 del Código civil argentino*).

*Bolivia.*—a) *Definición legal de la cesión de bienes.*—La cesión de bienes es el traspaso que hace un deudor á sus acreedores de todos los bienes que tiene cuando está en estado de no poder pagar sus deudas. Es voluntaria y judicial (*art. 855 del Código civil de Bolivia*).

b) *Sus diversos caracteres.*—La voluntaria es la que los acreedores aceptan voluntariamente, y no produce otro efecto que el que resulta de las estipulaciones del convenio formado entre ellos y el deudor. La judicial es un beneficio que la ley concede al deudor desgraciado y de buena fe, permitiéndole, para que su persona no sea molestada, hacer á sus acreedores un traspaso judicial de todos sus bienes, no obstante cualquier estipulación contraria (*arts. 857 y 858 del Código citado*).

c) *Efectos de la cesión judicial:* 1.º, la cesión judicial no confiere la propiedad á los acreedores; les da únicamente el derecho de hacer vender los bienes en provecho suyo y de percibir sus réditos ó frutos hasta la venta; 2.º, los acreedores no pueden rehusar la cesión judicial, sino en los casos exceptuados por la ley. Produce el efecto de no poder ser preso el deudor, y, además, deja libre hasta el resto de los bienes cedidos; pero si ellos no cubren la deuda, y después adquiere otros, está obligado á darlos hasta completar el pago; 3.º, si se probase fraude en la cesión de los bienes que hace el deudor, podrán los acreedores pedir supresión, recibir los bienes que haya ocultado á más de los cedidos y repetir contra él por lo que restase (*arts. 859 al 861 del Código expresado*).

*Chile, Colombia y Ecuador.*—*Disposiciones relativas al pago por cesión de bienes ó por acción ejecutiva del acreedor ó acreedores.*

a) *Naturalza de la cesión de bienes.*—La cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos á su acreedor ó acreedores, cuando á consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas. La cesión de bienes será admitida por el Juez con conocimiento de causa, y el deudor podrá solicitarla, no obstante, cualquiera estipulación en contrario (*arts. 1614 y 1615 del Código de Chile, 1672 y 1673 del de Colombia, y 1604 y 1605 de El Ecuador*).

b) *Requisitos de la cesión de bienes y cuándo los acreedores están obligados á aceptarla.*—Para obtener la cesión, incumbe al deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, siempre que alguno de los acreedores lo exija. Estos estarán obligados á aceptarla, salvo en los siguientes casos: 1.º, si el deudor ha enajenado, empeñado ó hipotecado como propios, bienes ajenos, á sabiendas; 2.º, si ha sido condenado por robo, falsificación ó quiebra fraudulenta; 3.º, si ha obtenido quitas ó esperas de sus acreedores; 4.º, si ha dilapidado sus bienes, y 5.º, si no ha hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios ó se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar á sus acreedores (*arts. 1616 y 1617 del primero de los Códigos citados, 1674 y 1675 del segundo y 1606 y 1607 del tercero*).

c) *Bienes inembargables.*—La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los siguientes: 1.º, las dos terceras partes del sueldo, renta ó pensión que por su empleo, oficio, profesión ó por cualquier otro motivo goce el deudor. (El Código de Chile, establece la misma cuantía respecto al salario de los empleados en servicio público (funcionarios), siempre que las referidas dos terceras partes no excedan de noventa pesos; si exceden no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso. La misma regla se aplica á los montepíos, pensiones remuneratorias y alimenticias. A su vez el Código de El Ecuador, ofrece la mo-

de prórrogas al comerciante en estado de quiebra, pero antes de

dadidad de declarar irretenebles la mitad del sueldo de los empleados públicos); 2.º, el hecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y á sus expensas y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas; 3.º, los libros relativos á la profesión del deudor hasta el valor de doscientos pesos y á la elección del mismo deudor. (El Código del Ecuador, limita el valor á 160 sures, moneda equivalente al peso); 4.º, las máquinas é instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia ó arte hasta el referido valor, y sujetos á la misma elección; 5.º, los uniformes y equipos de los militares; 6.º, los utensilios del deudor artesano ó trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual; 7.º, los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, en la cantidad necesaria para el consumo de la familia durante un mes; 8.º, la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente, y 9.º, los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación (*arts. 1618, 1677 y 1608, respectivamente, de los Códigos que se citan*).

d) *Efectos de la cesión de bienes*: 1.º, el deudor queda libre de todo apremio personal (el Código de Colombia no admite la prisión por deudas); 2.º, las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos; 3.º, si los bienes cedidos no hubiesen bastado para la completa solución de las deudas y el deudor adquiere después otros bienes, está obligado á completar el pago con éstos; 4.º, la cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor á los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos; 5.º, el deudor puede arrepentirse de la cesión antes de la venta de los bienes ó de cualquiera parte de ellos y recuperar los que existan pagando á sus acreedores; 6.º, hecha la cesión de bienes, podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos y hacer con él los arreglos que estimasen convenientes, siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores concurrentes, y 7.º, la cesión de bienes no aprovecha á los codeudores solidarios ó subsidiarios, ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario (*arts. 1619, 1620, 1621 y 1623 del Código de Chile, 1678, 1679, 1680 y 1682 de Colombia y 1609, 1610, 1611 y 1613 del Código de El Ecuador*).

e) *Beneficio de competencia*.—Además de las disposiciones anteriores, como nuestro antiguo derecho, consignan estos Códigos, el llamado beneficio de competencia ó derecho concedido á ciertos deudores para no obligarlos á pagar más de lo que *buenamente* puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias y con cargo de devolución, cuando mejoren de fortuna y los casos en que el acreedor está obligado á *conceder* este beneficio legal (*arts. 1625 y 1626, 1684 y 1685 y 1615 y 1616, respectivamente de los Códigos expresados*).

Guatemala.—a) *Carácter de la cesión de bienes*.—La cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos á su acreedor ó acreedores, cuando á consecuencia de accidentes inevitables no se halla en estado de pagar sus deudas (*art. 2370 del Código civil de Guatemala*).

b) *Bienes que comprende la cesión*.—La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables, conforme al título II del Código de procedimientos (*art. 2374 idem*).

c) *Efectos de la cesión*: 1.º, el deudor queda separado del derecho de la administración de sus bienes y no puede recibir pagos válidamente; 2.º, las deudas se extinguen hasta la cantidad que sean satisfechas con los bienes cedidos; 3.º, si los bienes cedidos no hubiesen bastado para la completa solución de las deudas y el deudor adquiere después otros bienes, está obligado á completar al pago de éstos; 4.º, la cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos; 5.º, la cesión de bienes no aprovecha á los codeudores solidarios ó subsidiarios, ni al que aceptó la herencia del den-

de la declaración de ésta, quédase en el dominio de los acuerdos

don sin beneficio de inventario (*arts. 2375, adicionado por el 353 del Decreto de Reformas, y 2379 del Código civil de Guatemala*).

d) *Beneficio de competencia*.—Del mismo modo y con la misma extensión y efectos que los Códigos anteriores, establece este Código el antiguo derecho ó beneficio de competencia, sancionado por nuestra legislación de Partida, y totalmente suprimido desde la publicación de nuestro vigente derecho (*arts. 2381 y 2382 del Código guatemalteco*).

*Honduras*.—Sigue literalmente al Código civil español en el concepto legal del pago por cesión de bienes, extensión del mismo en cuanto respecta á la liberación de las responsabilidades del deudor y regulación por la ley de Procedimientos de cuantos convenios, al efecto de la cesión, celebren el deudor y los acreedores (*art. 1282 del Código civil de Honduras*).

*Méjico*.—El Código civil de Méjico enumera entre los medios extintivos de las obligaciones la cesión de acciones (*véase tomo VI, Derecho comparado, págs. 88, 132 y 316*), que en manera alguna guardan relación con la doctrina general de la cesión de bienes que realiza el deudor para el pago de sus obligaciones. Prescinde, pues, este Código, de esta forma especial de solución de las deudas y solamente se ocupa en determinar las reglas del *concurso necesario* en su título IX, libro III, estableciendo como principio doctrinal que el deudor está obligado á pagar con todos sus bienes presentes y futuros, aunque no se estipule así en el contrato; á no ser que haya convenio expreso en contrario (*arts. 1928 y siguientes del Código civil de Méjico*).

*Perú*.—a) *Abandono de bienes en pago de deudas*.—Cuando el deudor se halla en estado de no poder satisfacer á sus acreedores, puede abandonar ó hacer cesión de sus bienes, para que con su precio sean pagados los acreedores (*art. 2235 del Código civil del Perú*).

b) *Efectos de la cesión de bienes*.—Si los acreedores aceptan *privadamente* la cesión de sus bienes, sólo produce los efectos que resultan del contrato celebrado entre ellos y el deudor. Si la cesión de bienes se verifica *judicialmente*, produce los efectos siguientes: 1.º, goza el deudor del beneficio de competencia; 2.º, no puede ser ejecutado por sus acreedores, mientras no mejore de fortuna, y 3.º, se acumulan todos los juicios seguidos contra el deudor (*arts. 2236 y 2237 del mencionado Código*).

c) *Concepto legal del beneficio de competencia*.—El beneficio de competencia consiste en dejar al deudor la ropa necesaria y los instrumentos de la profesión, arte ú oficio que ejerza; y si el acreedor es ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, suegro ó yerno, ó donatario del deudor, debe, además, dejársele la porción de bienes que baste para sus propios alimentos (*art. 2238 ídem*), enumera después el Código del Perú, la irrenunciabilidad del beneficio de competencia, casos en virtud de los cuales se pierde el derecho de ejercitarlo (fraude, ocultación de bienes, disipación, quiebra culpable, etc.), y los demás efectos generales de la cesión, ya anteriormente expuestos en los demás Códigos hispano-americanos (*arts. 2239 al 2243 del Código civil del Perú*).

*Salvador (El)*.—Como los de Chile, Colombia y Ecuador, con los cuales literalmente concuerda, expone el pago por cesión de bienes ó por acción ejecutiva del acreedor ó acreedores (capítulo 9.º, libro IV), y salvo legítimas variantes de expresión, contiene la doctrina antes expuesta respecto á la naturaleza de la cesión (*artículo 1502*), carácter obligatorio de la misma para los acreedores (*art. 1505*), extensión y limitaciones de este derecho y bienes exceptuados de embargo (*art. 1506*), efectos jurídicos que produce (*art. 1507*) y consecuencias que se derivan con relación al deudor, acreedores, codeudores solidarios ó subsidiarios, carácter obligatorio de los acuerdos tomados por mayoría y extensión de estos principios al juicio ejecutivo (*artículo 1508 al 1512 del Código civil de El Salvador*).

*Uruguay*.—a) *De la paga por entrega de bienes*.—Tiene lugar el pago por en-

moratorios. ¿Cuáles, por venir á consideraciones más prácticas, son sus orígenes?

trega de bienes, cuando el acreedor recibe *voluntariamente* por pago de la deuda alguna cosa que no sea *dinero* en sustitución de lo que se le debía entregar ó del hecho que se le debía prestar (*art. 1464 del Código civil del Uruguay*).

b) *Reglas aplicables á la entrega de bienes.*—Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito á favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de derechos. (*Véase tomo VI, Derecho comparado, pág. 89*). Si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa (*art. 1465 del referido Código*).

c) *Capacidad para recibir en pago.*—Los representantes legales ó voluntarios del acreedor, no están autorizados para aceptar pago por entrega de bienes (*artículo 1466 idem*).

d) *Derechos de los acreedores.*—Si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho para ser indemnizado, como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva (*art. 1467 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

Venezuela.—El Código civil de Venezuela no considera la cesión de bienes como modo extintivo de las obligaciones. En el título XXIV de su libro 3.º, que se refiere á las ejecuciones, cesión de bienes y al beneficio de competencia, y como remate á la doctrina general de las obligaciones y contratos, privilegios é hipotecas, cita la materia que se expone á continuación.

a) *Concepto de la cesión de bienes.*—La cesión de bienes es el abandono que un deudor hace de *todos ellos* en favor de sus acreedores. La cesión de bienes puede hacerse aun cuando sea uno sólo el acreedor (*art. 1919 del Código civil de Venezuela*).

b) *Divisiones de la cesión de bienes.*—La cesión puede ser convencional ó judicial. La cesión judicial es un *beneficio* concedido por la ley á los deudores de buena fe que, por consecuencia de *desgracias inevitables*, se ven imposibilitados de pagar á sus acreedores. Este beneficio no se puede renunciar (*arts. 1920 y 1921 idem*).

c) *Cuándo no procede este beneficio.*—Enumera largamente este Código las circunstancias en virtud de las que el Tribunal no debe conceder este derecho al deudor. Cuando éste enajene seis meses antes de la cesión todos sus bienes, cuando pague y anteponga en el plazo citado, á acreedores no privilegiados, dilapide sus bienes, obtenga prórrogas ó moratorias, maneje caudales públicos y resulte alcanzado en sus cuentas, oculte parte de sus bienes, cargue en cuenta á sus acreedores mayores cantidades que las debidas, á menos que haya procedido por error, todas estas causas son bastantes para que no pueda gozar de los beneficios que la ley le confiere (*artículo 1923 del Código citado*).

d) *Efectos de la cesión de bienes:* 1.º, la cesión de bienes hace exigibles las deudas á plazo vencido; 2.º, el deudor queda inhabilitado para disponer de sus bienes y contraer sobre ellos nuevas obligaciones; 3.º, no confiere á los acreedores la propiedad de los bienes cedidos, sino el derecho de hacerlos vender y de que su importe, como el de las rentas, se invierta en el pago de sus créditos. Puede en consecuencia el deudor retirar la cesión en cualquier tiempo, pagando previamente sus deudas, sin perjuicio de los derechos que hayan adquirido terreno en virtud de remate de bienes; 4.º, la cesión de bienes de un deudor no aprovecha á sus deudores mencionados ni á sus fladores, sino hasta el importe de los pagos hechos con los bienes cedidos. Tampoco aprovecha á los herederos del que hizo la cesión, si han recibido la herencia sin el beneficio de inventario, y 5.º, los acreedores pueden dejar al deudor la administración de sus bienes y hacer con él los arreglos ó convenios que tuviesen por conveniente, siempre que en ello se confirmasen las dos terceras partes de los acreedores concurrentes que reúnan las tres cuartas partes de créditos ó las tres cuartas partes

No subiremos á las XII tablas, ni á Papiniano (2): recordaremos únicamente que el emperador Constantino concedió á cualquier deudor el derecho de pedirle prórrogas; y él se arrogó la facultad de conceder *litteras ó moratorias prescripciones*, por las que el deudor desgraciado, pero de buena fe, no podía por cinco años ser perseguido por los acreedores (3). Esta facultad fué después atenuada por Graciano, Valentiano y Teodosio, los cuales dispusieron que no pudiera concederse ningún rescripto moratorio sin idónea caución del deudor (4). Andando el tiempo y por disposiciones de Justiniano, se dejó libre á los acreedores la facultad de conceder ó no la moratoria, según el voto de la mayoría (5); práctica seguida después por muchos años bajo el imperio del derecho común (6). Mas, los peligros gravísimos en daño de la clase de los acreedores, frente al poco beneficio del deudor, aconsejaron al legislador francés y á otros con él, la abolición de esta institución, que desapareció también de nuestro Código mercantil anterior al que ahora está vigente.

337. ¿Qué era la moratoria en el sistema seguido por el Código de Comercio de 1883? ¿Era un beneficio de prórroga del término, ó por decirlo con otras palabras, una dilación graciosa otorgada por el juez? ¿Ó una remisión temporal y parcial concedida por los acreedores? Á primera vista, deteniéndonos en el art. 819, podía

---

de acreedores concurrentes que reúnan los dos tercios de créditos (*art. 1926 á 1930 del Código mencionado*).

e) *Del beneficio de competencia*.—Como casi todos los Códigos americanos, el de Venezuela, reconoce el beneficio de nuestro antiguo derecho, desaparecido desde la vigencia del nuevo Código español.

En virtud del beneficio de competencia, dice el Código que examinamos, el deudor tiene el derecho de que al ejecutársele *se le deje lo necesario para vivir honestamente*, según acostumbran generalmente las personas pobres de su educación (*artículo 1934 ídem*).

f) *Quiénes gozan de este beneficio*: 1.º, los ascendientes respecto de sus descendientes y al contrario; 2.º, los hermanos; 3.º, los cónyuges; 4.º, los ascendientes del cónyuge y los cónyuges de los descendientes, y 5.º, los deudores á quienes se les haya admitido la cesión de bienes, aunque sea extrajudicialmente y los fallidos que hayan sido declarados excusables, respecto de los créditos comprendidos en la cesión de bienes ó en la quiebra (*art. 1935 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) Véase Supino, *Della moratoria in relazione al progetto preliminare pel nuovo Codice di commercio* (Archivio, XVIII, 309).

(2) *L. 2, Cod. de precibus imperatori, etc.* (I, 19).

(3) *L. 4, Cod. de precibus imperatori, etc.* (I, 19).

(4) *L. 8, Cod. qui bonis, etc.* (VII, 71).

(5) Casaregís, *De comm. Disc.* 172; Urceolus, *De transactionibus*, quaest. 85; Supino, *lug. cit.*, pág. 312, en que además de otras que cita, recuerda decisiones de la Rota florentina, y estatutos de la ciudad de Florencia, probando que la mayoría requerida por éstos era de tres cuartas partes de los créditos. Salgado, *Labyrinth. credit. Pars. II*, cap. 30.

parecer un modo de suspender la ejecución de la sentencia de quiebra y nada más; ya que se declara en aquel texto de ley que en los tres días siguientes á la publicación de dicha sentencia puede pedir el quebrado que se suspenda la ejecución de la quiebra. Pero el examen de las disposiciones siguientes, y precisamente del art. 827, nos daba pronto á conocer que era este un falso concepto: porque también antes de la declaración de la quiebra, el comerciante, cuando estuviera en disposición de justificar su inculpabilidad y demostrar con documentos ó con prescripciones de garantías idóneas, que el activo de su patrimonio superaba al pasivo, podía pedir la moratoria.

Los efectos de la moratoria no se limitaban á diferir el pago, suspendiendo acciones y ejecuciones, excepto los créditos del Estado con motivo de tributos y los hipotecarios ó privilegiados. No; había en la moratoria algo más que la simple prórroga. En verdad, el deudor y los acreedores representados por una comisión, podían proceder á la liquidación voluntaria del activo y á la extinción del pasivo; y también ultimar un acuerdo con efectos análogos á los del convenio. Por otra parte, la moratoria no podía tampoco igualarse á la quiebra, aun cuando la liquidación y los convenios á que daba lugar la hicieran muy semejante á dichas instituciones. Era el beneficio introducido por el Código de 1883, para ahorrar el perjuicio de la quiebra al comerciante honrado y desventurado: era un sistema de remisión, ora temporal, ora definitivo, que los acreedores podían conceder bajo la salvaguardia del Juez, al comerciante de buena fe próximo á quebrar sin culpa suya.

338. Y por esta razón hablamos de ello en las anteriores ediciones. No callamos por otra parte nuestras dudas sobre la utilidad de esta institución, considerando los peligros y los abusos á que abría anchísimo camino. El tiempo y la experiencia han venido á darnos la razón, y la ley de 24 de Mayo de 1903, que hemos recordado antes, ha venido á sustituir á la moratoria el convenio preventivo, en todos los casos posteriores á dicha ley, y la conversión facultativa de la antigua moratoria al convenio preventivo, en todos los casos en que aquella hubiese sido ya declarada por la ley (1).

Esta especie de convenio, que se pretende salido del derecho romano y de la antigua legislación estatuaría italiana (2), es también una institución moratoria, en cuanto paraliza las acciones de

---

(1) Arts. 42, 43, leyes de 24 de Mayo de 1903; Trib. Siena, 24 de Junio de 1903 (*Legge*, 1903, 1507 con nota Ramella).

(2) Véase Rocco, *ob. cit.*, págs. 34, 35 y sigs.



los acreedores, que deben aun sujetarse á una dilación: pero al mismo tiempo es un camino de remisión parcial de las deudas; porque, lo dice la misma expresión de *convenio preventivo*, abre el camino á un acuerdo, que si bien es anterior á la quiebra, produce, como institución de remisión, las mismas reducciones de deudas que produce el convenio de clausura de la quiebra. Y las reglas procesales que lo rigen se apoyan en el mismo principio: esto es, que la mayoría establecida por la ley obliga también á la minoría (1).

Dicho esto, no es nuestra misión penetrar en el examen de esta institución, que pertenece á los tratados de derecho mercantil; y sobre cuya oportunidad se pueden repetir muchas de las observaciones críticas hechas con respecto á la moratoria pura y simple (2).

---

(1) Arts. 14 y sigs. L. 24 de Mayo de 1908, núm. 197.

(2) Contra el convenio preventivo se repiten hoy los mismos lamentos que se hacían contra la antigua moratoria. En conclusión, también esta vieja institución renovada hace que los acreedores que tienen derecho y prisa de ser pagados, deban resignarse y hacer el juego á los deudores poco escrupulosos.

A propósito del procedimiento y de las cuestiones que hace surgir esta institución, véanse Bolonia, 12 de Diciembre de 1904 (*Rep. gener. della Legge*, 1905. Véase *Fallimento*, 188); Trib. Cagliari, 6 de Septiembre de 1905 (*ivi*, 1905, véase *Fallim.*, 123); Cas. Roma, 15 de Abril de 1905 (*Legge*, 1905, 2030); Roma, 15 de Diciembre de 1904 (*Legge*, 1905, 242, con nota del Abogado Profesor Gustavo Bonelli).

---

## TÍTULO III

### De la novación.

---

#### OBSERVACIONES GENERALES

#### I

339. Hablando de la novación, es costumbre de los modernos, comenzar con la definición de Ulpiano: *novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio et translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa, ita nova constituitur, ut prior perimatur* (1). Pero si esta definición corre en boca de todos, pocos, por otra parte, advierten que todo lo que tuvo de exacta en tiempos de Ulpiano, en que la novación conservaba su carácter de cambio formal (*ex praecedenti causa*) de la obligación (2), mal corresponde á los dictados fundamentales del derecho moderno. Les corresponde únicamente en la parte final, es decir, en la extinción de la obligación anterior, merced á la constitución de una nueva; no se adapta á ellos ya en la premisa, que se contenta con un cambio de forma en la causal de la obligación.

Podía adaptársela en el formalismo romano, cuando la forma constitutiva de la obligación (*causa civilis*), tenía decisiva importancia y producía efectos radicales. No corresponde ya al derecho moderno, en que la *causa civilis*, no sólo no tiene importancia, sino que es desconocida. No solamente es preciso, por lo tanto, desterrar del concepto de la novación la mutación de una obligación civil en natural, y viceversa, de natural en civil, siendo ignorada por nosotros la *obligatio naturalis* en el sentido romano, sino también eliminar las modificaciones puramente secundarias, que separadas de la *causa civilis*, igualmente desconocida en el derecho moderno, no bastan á extinguir la obligación antigua. Para que exista novación, es forzoso hoy en día un cambio sustancial de la obligación antigua, tan sustancial que la haga extinguirse, sus tituyéndola por la obligación nueva.

---

(1) *L. 1, D. de novat. et delegat.* (XLVI, 2).

(2) Gide, *Revue de législat. française et étrangère*, 1870, 1871.

340. Faltando el indicado cambio sustancial, que puede ser subjetivo (acreedor ó deudor), ú objetivo (contenido de la obligación), se tendrá, no una novación, sino únicamente una adición de una nueva obligación á la anterior, y se acumularán los efectos de una y otra, ejercitables á elección del acreedor ó todos juntos, según la índole del asunto ultimado. El haber olvidado esta diferencia entre el Derecho romano y el moderno, ha sido causa de perpetuarse una distinción doctrinal que hoy no tiene ya razón de ser. Nos referimos á la distinción entre novación *extintiva* ó *privativa*, y novación *acumulativa* ó *modificativa*. Aquella que extinguiría la obligación vieja, sustituyéndola por la nueva, ésta que reuniría juntamente los efectos de ambas obligaciones.

341. El caso más saliente de la novación acumulativa se encontraba en la contestación al pleito, porque hacía mejor la condición del acreedor, acumulando á los efectos de la sentencia de condena, los de la obligación sobre que se fundaba la sentencia condenatoria (1). Esta acumulación se verifica también en el derecho moderno, porque la contestación al pleito, mientras sujeta á las partes al juicio que será su consecuencia, no sustituye nunca una obligación á la anterior. En efecto: ó el acreedor sucumbe, porque el Juez no encuentra fundada la demanda, y la obligación perece, no por novación, sino porque se presume que no ha existido nunca ó que ha sido extinguida por otro medio. Ó el Juez condena, y el acreedor encontrará en la sentencia, no ya una obligación nueva, sino las consecuencias naturales de la primera. Encontrará la ejecución coactiva de la misma, en cuanto lo consientan los medios procesales. Encontrará reducida á suma cierta la deuda ilíquida, así como perpetuada, según las normas ordinarias de prescripción, una obligación que acaso hubiera podido extinguirse en breve término, transmitido á los herederos ó á los donatarios un crédito que de otro modo habría perecido á la muerte del primer acreedor. Encontrará, por decirlo de una vez,

---

(1) Fué normal el texto de Paolo en la *L. 29, D. de novat.* (XLVI, 2): «*Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est; quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus, actiones exercentes, sed meliorem; ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finire possunt*». Sobre la importancia de la novación judicial en el derecho antiguo pueden consultarse: Cuiacio, lib. 24, quest. Pauli, *ad leg. 29, D. de novat.*; Donelli, *Comment.*, libr. XLVI, cap. 20, §§ 33 y sigs.; Anton Faber, *Coniectur.*, lib. 14; Gundling, *Dissert. de litis contestatione*, cap. 2, §§ 4 y 5; Ribbentropp, *Dissert. de novatione necessaria*; Savigny, *Histoire du droit romain, etc.*, § 258; Machelard, *Obl. naturelles*, part. 2, § 3, págs. 348 y sigs.; Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni secondo i principii del diritto romano*, págs. 250 y sigs.

acumulados los beneficios de la primera obligación con los de la condena, *meliozem causam factam, non deteriozem* (1). No se trata, pues, de un modo de extinguir las obligaciones, sino de un modo de llevarlas á ejecución. Lo que no entienden lo suficiente aquellos que siguen hablando de novación judicial.

No podría sostenerse mejor esta pretensión recurriendo á la antigua consumación de las acciones de crédito ejercitadas contra uno de los varios *correi debendi*, esto es, cuando por el sólo hecho del ejercicio judicial de las acciones de crédito, contra uno de los varios correos, los otros quedaban liberados, ya que sabemos que tal efecto riguroso de la *litis contestatio*, se abolió andando el tiempo y se convirtió en una reminiscencia histórica (2).

¿Qué resta, pues, de todo esto? Resta únicamente también hoy, la posibilidad de modificar una obligación con nuevos hechos, y con el ejercicio de las acciones judiciales, de manera que se adicionen las prerrogativas de la antigua y las de la nueva obligación ó de la condena, posibilidad no sólo teórica, sino práctica y viviente, de la que tendremos motivo para indicar importantísimas consecuencias. Pero por el momento, en que el Código imperante clasifica la novación entre los modos de extinguir la obligación, y la considera como un acuerdo voluntario, por el que se sustituye una obligación nueva á una antigua que se quita del medio, no nos parece ni conforme al texto de la ley y á la contextura del Código, ni conveniente á la claridad y á la lógica científica, perpetuar las antiguas nomenclaturas de novación *acumulativa*, y de novación *necesaria*. Hoy en día, estas nomenclaturas deben desterrarse, teniendo por firme que la verdadera novación es una sola, la voluntaria y primitiva, como dicen los catedráticos, por la que voluntariamente las partes sustituyen la deuda nueva á la deuda vieja que quieren extinguir.

341 bis. Otra cosa será conveniente advertir desde este momento: y es que la novación, como figura jurídica subsistente por sí, no tiene razón de existir, y va desapareciendo de las legislaciones modernas. Mientras la institución de la novación ha quedado, salvo mayor parsimonia de disposiciones, en el Código suizo (1), tal cual aparece en el nuestro, ha desaparecido, por el contrario, absolutamente del Código alemán. Esto nace á un tiempo de razones teóricas y prácticas, reveladas por los motivos y

(1) Sobre los efectos de la novación judicial en derecho moderno en los efectos de la prescripción hay graves disputas, que nos reservamos tratar precisamente al hablar de la Prescripción. Véase vol. VIII, núm. 292 y sigs.

(2) Véase el vol. I, núms. 146, 147.

por las discusiones preparatorias de los jurisconsultos que han contribuido en él. En verdad, éstas ponen de relieve que en los usos modernos no es ya por medio de novación, sino por medio de cesión y *transfert*, como se transmiten las obligaciones, y se obtienen aquellos resultados que antiguamente se buscaban con la novación. Si, bajo el respecto teórico, el efecto no es siempre el mismo, porque el *transfert* ó la cesión dejan subsistir la antigua obligación con todas las excepciones y los accesorios, mientras la novación supone la extinción de la obligación anterior y la sustitución de una obligación nueva é independiente á la antigua, es fácil responder que este resultado, que no es, en conclusión, más que la consecuencia de una operación doble, puede siempre obtenerse mediante una remisión de la deuda, sujeta á la condición de una nueva promesa, por lo que es inútil hacer de esta combinación una institución á propósito. Los principios generales bastan para regular sus efectos (2).

Esto nace, añadiremos nosotros, del hecho de que, desaparecido el formalismo romano y la intransmisibilidad de las obligaciones, la novación, como institución autónoma, no se comprende ya. Ha quedado, es verdad, en las disposiciones del Código italiano; pero no como negocio jurídico independiente, sino como efecto de varios negocios contractuales, mediante los que se puede conseguir la sustitución de una obligación nueva á una antigua, que queda extinguida. Nadie hace, por decirlo más claramente, un contrato de novación; sino más bien una compraventa, una locación, un mutuo con adjudicación del precio: se ceden *pro soluto* ó *pro solvendo* créditos contra terceros; se hacen reconocimientos de deuda ó promesas de pago de lo que se debe por otros ó por nosotros en virtud de títulos diversos: se regulan deudas por medio de letras de cambio, ó de cuentas corrientes. El Código se ocupa únicamente de determinar qué condiciones se requieren para que de estos contratos se derive una novación, y cuánto se extienden los efectos de ésta. Y el jurisconsulto puede invocar sus disposiciones únicamente para investigar si en estos y en otros convenios semejantes hay ó no hay novación, con el fin de deducir las varias consecuencias jurídicas que pueden derivarse de ello, ora respecto á la extinción del crédito primitivo ó á las pérdidas de las antiguas acciones de crédito, de las fianzas, de las prendas, de los privilegios, de las hipotecas que garantizaban el crédito; ora acerca de las excepciones, y de la prescri-

---

(1) Arts. 138 y 139.

(2) Véase Saleilles, *ob. cit.*, pág. 36.

ción á que está sujeto el crédito; ora acerca de los intereses derivados de la naturaleza del juicio.

Por no haber sido comprendido bien este concepto fundamental de la novación, hay que deplorar muchas opiniones erróneas en la doctrina, y no pocas incertidumbres ó vacilaciones en la jurisprudencia (1).

341 ter. El Código civil italiano, al par del Código Napoleón, manteniendo el título de novación, ha hablado únicamente de la novación *voluntaria ó convencional*. Y nosotros seguiremos también este método. Es verdad que en doctrina se continúa hablando de una novación necesaria ó legal. Pero esta sería la derivada de la contestación al pleito. Ahora bien; nosotros hemos visto ya que de la contestación al pleito no se derivó en la antigüedad como no se deriva en el derecho actual, una verdadera novación; sino que más bien es un modo de acrecer los derechos del acreedor, acumulando los beneficios de la obligación primitiva á los nacidos de la sentencia.

## II

342. La palabra novación, en el sentido de nuestro Código, indica, por lo tanto, la sustitución convencional de una nueva obligación á la obligación antigua, de manera que esta queda extinguida: *ita nova constituitur, ut prior perimatur*. Si la primera

(1) El método adoptado por el Código civil germánico, de suprimir el título de la novación, y considerarla, no como un modo *sui generis* de extinguir la obligación, sino como un efecto que puede nacer de toda transmisión ó sucesión de la relación obligatoria; es, pues, el más racional. Método neto y positivo, que elimina toda confusión y todo equívoco. Servirá ciertamente en Alemania para enterrar todas las doctrinas equivocadas y poco comprensibles con que los escritores alemanes han rellenado hasta hoy la teoría de la novación, haciéndola aún más oscura de lo que aparecía en nuestras antiguas tradiciones, basadas en el derecho romano. Servirá también, conviene al menos esperarlo, para dar mejor dirección á los estudios de nuestros autores, algunos de los cuales, caminando sobre las huellas de la escuela alemana, construyen teorías basadas en distinciones sutiles y bizantinas entre las instituciones de la transmisión y de la sucesión en las relaciones obligatorias por un lado y la novación por otro. Se tiene un ejemplo de ello en el estudio, aunque muy ingenioso, del Profesor Nicolás Coviello, que tiene por título, *La successione nei debiti á titolo particolare* (Bolonia, 1896).

El Código federal suizo contiene sólo dos artículos sobre la novación (142, 143), que reproducen los arts. 1267 y 1269 del Cód. it.

El Código civil Español tiene 11 artículos sobre la novación (1213 á 1213, comprendiendo en ellos por otra parte alguna disposición sobre el pago con subrogación. Es notable el art. 1.º04, por el que, á fin de que tenga lugar la novación, es necesario que las partes lo declaren expresamente, ó que la antigua y la nueva obligación sean absolutamente incompatibles.

continúa subsistiendo, falta la novación. Interesa, pues, principalmente determinar cuáles son los requisitos indispensables á fin de que, mediante la constitución de una nueva obligación, quede extinguida la anterior.

343. Ahora bien; los elementos esenciales de la novación son los siguientes:

una obligación anterior,  
 una obligación siguiente que se diferencie de la primera de modo que no pueda estimarse como una modificación de la misma, la capacidad de las partes contratantes interesadas, el *animus novandi*, ó sea, su voluntad y el acuerdo de extinguir la antigua obligación.

Pero si á estos se reducen los cánones mejor depurados y admitidos universalmente en materia de novación, no se puede, en nuestra opinión, dar un paso importante en su aplicación sin distinguir algunas especies de novaciones: porque el criterio para reconocer su concurso, y poder decir que *nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem* (1) es distinto según que la novación sea subjetiva ú objetiva.

344 Aparecen, en efecto, del art. 1267 de nuestro Código, que en efecto ha seguido las tradiciones, tres maneras de novación:

1.<sup>a</sup> cuando el deudor contrae para con su acreedor una nueva deuda, que viene á sustituir á la anterior que queda extinguida:

2.<sup>a</sup> cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo, que queda liberado por el acreedor;

3.<sup>a</sup> cuando en virtud de una nueva obligación, un nuevo acreedor viene á sustituir al antiguo, para con el cual queda liberado el deudor.

La primera es aquella especie de novación que la escuela ha llamado siempre *objetiva ó real*; las otras dos constituyen la novación *subjetiva, interventu novae personae*, porque se cambia la persona del acreedor ó la del deudor, quedando firme la prestación. Es muy cierto que estas tres especies de novación pueden acumularse también, y presentar en conjunto una figura en que se encuentren reunidas la novación subjetiva *á parte debitoris ó a parte creditoris*, y la una y la otra ó ambas pueden también ir juntas con la novación objetiva. Pero esta reunión accidental de diferentes novaciones, no producirá otra consecuencia más que la de exigir el concurso de las diferentes características propias de cada una. Y como mientras el concurso de los cuatro requisitos indicados poco antes es siempre indispensable, cualquiera

(1) Gaius, III, 186.

que sea la especie de novación, su manera de manifestarse y de intervenir es por otra parte diversa en las varias especies de obligaciones, así estas diferencias no se pueden entender bien, sin examinar separadamente las diversas formas de novación (1).

345. Por estas razones, debiendo nosotros estudiar los caracteres esenciales de la novación, creemos oportuno hacerlo separadamente, sin ocuparnos para nada de la novación resultante de la reunión de una ó más formas, siendo natural que concurren en ella todas las reglas propias de cada especie (2). Procederemos, por otra parte, con diverso orden del adoptado en el Código, para comenzar en el primer capítulo por la forma de novación que ofrece menores dificultades, y allanado el camino, marchar hasta la más difícil.

Trataremos en el segundo capítulo de los efectos de la novación.

## CAPITULO PRIMERO

### CARACTERES Y REQUISITOS ESENCIALES DE LA NOVACIÓN (3)

#### § 1.

#### *Novación subjetiva por intervención de un nuevo acreedor.*

#### I

346. OBSERVACIONES GENERALES.—La novación subjetiva *inter-ventu novae personae creditoris*, es una verdadera delegación. En efecto, bajo el nombre de delegación se debería, hablando con

(3) Se nos ha reprobado Bonelli, *Foro it.*, 1901, 1, 943 en nota á la sentencia de Bontonia, 25 de Marzo de 1904, el haber omitido aquí algunas figuras jurídicas por las que se cambió la relación obligatoria. Pero aquí nosotros no nos ocupamos más que de la novación: y en esto seguimos la división del Código. Las otras pertenecen á la transmisión de las obligaciones, y de ellas hablamos suficientemente en el anterior volumen.

(2) Aubry et Rau, § 324, nota 9.

(1) DERECHO COMPARADO.—*Caracteres y requisitos esenciales de la novación.*

I. *Derecho español.*—A) *Derecho histórico.*—a) *Naturaleza de la novación.*—*Renovamiento*, es otra manera de *quitamiento* que desata la obligación principal de la debda, bien así como la paga. E esto sería como si vn ome vendiesse á otro alguna cosa, é después el comprador renouasse el pleyto en otra manera con el vendedor, obligándose á pagarle el precio como en razón de empréstito. Ca estonce, non sería tenuto el deudor de pagarle lo que deua como en razón de vendida, más como si ouesle los marauedis del precio tomados empréstados del otro (*ley 15, título 14, partida 5.<sup>a</sup>*)

b) *Novación en las obligaciones condicionales.*—Obligarse podría algund ome, faziendo pleyto so condición para pagar alguna debda ó para fazer alguna cosa. E después desto podría acaescer que otro alguno renovaría tal pleyto de aquella misma debda; obligándose puramente, sin condición, á pagar por él: E en tal pleyto como



propiedad, entender solamente aquella especie de mandato que se hace por alguno, sea para cobrar, sea para pagar un crédito ó una deuda que tenga contra ó á favor de un tercero, al efecto de

éste dezimos, que non deve valer el segundo pleyto, si la condiclón que fuese puesta con el primero, non se cumpliesse. Ca, pues, sobre aquella debda misma se renueva el pleyto, non puede ser, si la condiclón non viniessse con él, assi como fué puesta en el primero. Fuera ende, si quando la renouasse así, dixesse paladinamente que maguer non cumpliesse la condiclón que era puesta en el primero pleyto, que se obligaua á pagar la debda este que de nuevo la prometió. Ca estonce, quier se cumpliesse la condiclón ó non, valdría el segundo pleyto, é sería tenuto de pagar la debda al que lo fizlesse, é serla desatado el primero (*Ley 16, título 14 de la Partida 5.ª*)

c) *Novación de crédito incierto ó dudoso.*—Cuydando (creyendo) algund ome que era deudor de otro, é por esta razón se moulesse á entrar manero á sustituir á otro tercero para pagarle alguna debda, que el ouiesse á dar á aquel cuyo deudor cuydaba que era, renouando el pleyto de aquella debda, obligándose á pagarla; por tal renouamiento como éste desoalase el primero pleyto, é vale el renouamiento del segundo. E es tenuto de pagar la debda el que la fizo, maguer sopiesse ciertamente, después que lo ouiesse renouado, que non auía á dar ninguna cosa á aquel cuyo deudor cuydaba que era (*Ley 18 del título y Partida anteriormente citados*).

B) *Código civil.*—a) *De la novación.*—*Sus diversas modalidades.*—Las obligaciones pueden modificarse: 1.º, variando su objeto ó sus condiciones principales; 2.º, sustituyendo la persona del deudor, y 3.º, subrogando á un tercero en los derechos del acreedor (*art. 1203 del Código civil español*).

b) *Requisitos esenciales de la novación.*—Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare *terminantemente*, ó que la antigua y la nueva sean de *todo punto incompatibles* (*art. 1204 idem*).

c) *Requisitos de la expromisión.*—La novación que consiste en sustitirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor (*art. 1205 idem*).

C) *Legislación hipotecaria.*—a) *Novación de las obligaciones hipotecarias.*—Todo *hecho ó convenio* entre las partes que pueda *modificar* ó destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior como el pago, la compensación, la espera, el pacto ó promesa de no pedir, la *novación del contrato primitivo* y la transacción ó compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total ó parcial, ó de una nota marginal según los casos (*art. 144 de la Ley hipotecaria*).

b) *Forma de la inscripción.* Conforme á lo dispuesto en el art. 144 de la ley, cuando el hecho ó convenio entre las partes produzca *novación total ó parcial* del contrato inscrito, se extenderá una nueva inscripción y se cancelará la precedente. Cuando dé lugar á la resolución é ineficacia del mismo contrato, en todo ó en parte, se extenderá una cancelación total ó parcial; y cuando tenga por objeto, bien llevar á efecto un contrato inscrito, pendiente de condiciones suspensivas ó bien hacer constar el pago de parte de una deuda hipotecaria, se extenderá una nota marginal (*artículo 111 del Reglamento para la ejecución de la ley hipotecaria*).

D) *Jurisprudencia española respecto á la novación.*

a) *Retroventa que lleva consigo carácter de novación.*—Desde el momento en que el comprador, ó quien su derecho representa, consiente en retrovender la finca objeto del primitivo contrato de venta, á *pesar de haber expirado al plazo concertado*, *hay una verdadera novación* del mismo que á nadie perjudica y que es válida en derecho con arreglo al principio de la libertad de los contratantes. La circunstancia de haberse hecho constar por nota marginal en el Registro al cumplimiento de la condición suspensiva y consiguiente adquisición del dominio de la finca por el mismo interesado que aparece después otorgando la escritura de retroventa, *no puede ser*

liberar al deudor, ó á sí mismo, del vínculo precedente y sustituirlo por el nuevo. La delegación con intervención de un nuevo acreedor sería una de las dos especies: la mencionada precisa-

*obstáculo* para la inscripción de este documento, pues una vez admitida la validez de la obligación, se cumplen todos los requisitos de la ley Hipotecaria y su reglamento, derivándose el derecho del adquirente del que, según el Registro, tiene facultad para transmitirlo (*Resolución de la Dirección general de los Registros de 27 de Mayo de 1879*).

*b Documento constitutivo de novación.*—Aunque no tenga el alcance de *verdadera* novación, la variación en un documento de una circunstancia tan *principal* en los contratos de préstamos como la fecha ó plazo de la devolución y la de precisarse en él el carácter de deudor directo y la obligación de satisfacer el importe de un pagaré, ese documento engendra para el firmante una obligación que viene sujeto á cumplir (*Sentencia de 24 de Noviembre de 1894*).

*c Novación en virtud de un nuevo deudor.*—La escritura de cesión de un establecimiento produce una alteración esencial en las relaciones jurídicas derivadas de éste, verdadera novación consistente en la subrogación del deudor (*Sentencia de 3 de Diciembre de 1894*).

*ch Pactos que no envuelven novación de contrato.*—La carta en que un acreedor dice á su deudor que siendo el objeto de una escritura, otorgada el mismo día, garantizar los intereses que le estaban encomendados, y que conforme á los deseos del segundo, si bien se proponía entablar juicio ejecutivo y continuarlo hasta obtener sentencia de remate no proseguiría el procedimiento de apremio mientras le satisficiera el interés convenido, *no altera la aludida escritura* y sólo contiene la promesa de que, después que dicha escritura surtiese judicialmente todo su efecto, suspendería el acreedor el apremio de ejecución durante cierto tiempo y mediante ciertas condiciones (*Sentencia de 11 de Mayo de 1895*).

*d) Contrato que no modifica el anterior.*—Frustrado el propósito de los otorgantes de un documento, según el cual habría de practicarse una liquidación entre los otorgantes, por la no aceptación de las personas á quienes se encomendaba la liquidación, y *no pudiendo consiguientemente pedirse su cumplimiento*, carece dicho contrato del carácter de modificativo de otro anterior, con mayor motivo, si no se revela en aquél la intención de anular ni aun de desvirtuar éste (*Sentencia de 18 de Junio de 1897*).

*e. Actos distintos no constitutivos de novación.*—No se infringen los arts. 1203 y 1204 del Código civil, bajo el supuesto de que una obligación de pago del precio de una venta se convirtió en contrato de cuenta corriente, *si la Sala sentenciadora no estima novada* la primera obligación por la segunda, y, antes al contrario, por estimar que son dos actos distintos, reserva su acción al recurrente para ejecutarla por el saldo de dicha cuenta (*Sentencia de 12 de Noviembre de 1898*).

*f) Facultades discrecionales del Tribunal sentenciador.*—Estimando probado la Sala sentenciadora, la existencia de novación ó modificación de un contrato de arrendamiento *escriturario* por otro *verbal* posterior, cae por su base el recurso de casación fundado en la integridad y consiguiente eficacia del primitivo contrato de arrendamiento (*Sentencia de 28 de Febrero de 1894*).

*g) Carácter expreso de la novación.*—El art. 1204 del Código civil, exige una declaración *terminante* para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya. No representan tal declaración el cambio en los recibos del pago de un arrendamiento, de la que se pretende deducir la novación de éste, en orden á los periodos de abono de los alquileres, ó sea haberse establecido que el pago fuese por meses en vez de trimestres, si obedece sólo el cambio á una *condescendencia puramente particular* del encargado de la cobranza, que no puede afectar á la virtualidad de lo contratado por el inquilino con su principal (*Sentencia de 19 de Noviembre de 1894*).

mente por el núm 3.º del art. 1267 del Código civil. «La novación, se dice allí, tiene lugar ... 3.º: cuando en virtud de una nueva obligación, un nuevo acreedor sustituye al antiguo, con res-

h) *Diferencias entre la novación y la rescisión.*—El art. 1204 del Código civil, se refiere á causas distintas de la rescisión, y, por consiguiente, no puede ser infringido por la sentencia que declara *resuelto* un contrato por no cumplir una de las partes las condiciones convenidas (*Sentencia de 20 de Abril de 1897*).

i) *Inexistencia de novación.*—La confesión del actor, de la extensión y entrega de unos pagarés y de los actos realizados para hacerlos efectivos, no implican la *existencia de un contrato distinto* del contenido en un documento en que el demandado se obligaba á pagar su deuda en varios plazos mediante pagarés correspondientes á cada uno sino que demuestra que tales actos se realizaron para llevar á efecto lo pactado en dicho documento (*Sentencia de 3 de Mayo de 1897*).

j) *Requisitos esenciales de la novación.*—Para modificar, mediante contrato, una obligación preexistente, sustituyéndola por otra distinta, es preciso que el contrato determinante de la novación ilegale á existir. Tratándose de la obligación de pagar en oro determinada cantidad, la oferta consignada en una carta de los albaceas del acreedor, ofreciendo al deudor recibir el pago en cualquiera otra moneda, de no poderla satisfacer en oro, abonando el precio de cotización, por referirse al tiempo de pagar, implica el abono del precio del oro al tiempo del pago, no al del préstamo. Consignada judicialmente por el deudor cantidad distinta é inferior á la que se ofrecía recibir en pago, hay que reputar rechazada la oferta y subsistente la obligación tal y como se pactó al constituirse el préstamo (*Sentencia de 18 de Marzo de 1898*).

k) *Hechos constitutivos de novación.*—Implica una verdadera novación de un contrato de censo, respecto á la extensión de lo censuado y al importe de la pensión, el hecho de dar el censalista á otra persona la mitad de la finca y el reducirse la pensión (*Sentencia de 19 de Abril de 1898*).

l) *Los actos de tolerancia no son constitutivos de novación.*—No constituyen novación de un contrato los actos de mera condescendencia encaminados á facilitar su ejecución. Esto acontece con el hecho de seglar ensayando una pieza teatral sus autores, aun después de vencido el plazo convenido con el empresario para estrenarla, cuyo hecho no priva á aquéllos de su derecho á exigir los gastos anticipados, caso de no estrenarse la obra en el término señalado, según estaba convenido (*Sentencia de 3 de Abril de 1900*).

ll) *Requisitos legales de la novación.*—Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, según el precepto del art. 1204 del Código civil, es menester que así se declare *expresamente*, ó que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles. La rebaja de la cuantía de la prima de un seguro, constituye una mera novación *parcial* que no afecta á ninguna de las demás cláusulas del mismo, entre ellas la del lugar de su pago. La Real orden que faculta á una Compañía aseguradora para operar en España, sometiéndose á los Tribunales de Madrid, no puede afectar á los contratos anteriores á la fecha de dicha disposición administrativa (*Sentencia de 4 de Marzo de 1902*).

m) *Valor de la obligación anterior por subsistir sus condiciones esenciales.*—Convenido por el acreedor y deudor en una escritura de préstamo por diez mil pesetas, la reunión á dicha suma de otras diez mil prestadas por escritura anterior, *destando sin efecto esta última*, no puede sobreentenderse por esto que la escritura posterior novará la anterior al efecto de que el acreedor perdiera la preferencia que por razón del tiempo en que fué otorgada, se derivaba de la mencionada primera escritura; porque según el art. 1204 del Código civil, para que una obligación quede extinguida por otra, es necesario que en ésta se declare así *terminantemente* ó que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles, existiendo novación en el caso á que se refiere el núm. 1.º del art. 1203, cuando se varía el objeto de la obliga-

pecto al cual queda liberado el deudor.» Pero como se abusa frecuentemente de los nombres, y nuestro mismo Código nos da el mal ejemplo en el art. 1271, donde llama también delegación al

ción ó sus condiciones principales; porque habiéndose dicho en la escritura posterior, que no se había hecho efectivo el crédito objeto de la escritura, y que, por tanto, se adeudaba dicha cantidad, es obvio que la mera obligación no extinguió, sino por el contrario, confirmó y ratificó la antigua; porque *sin sustitución de deudor ni subrogación en los derechos del acreedor*, y habiendo la primera obligación quedado subsistente en su *esencia, objeto y condiciones principales*, sin otra alteración que la del plazo para el pago, esta circunstancia *accidental* referida á la misma obligación que nuevamente se reconocía, no podrá novarla en sentido de remitirla ó extinguirla; y porque si bien se expresó «que se dejaba sin efecto la primera escritura», tal locución no pudo tener otro alcance que el de hacer constar lo convenido en un sólo documento en relación á uno y otro crédito (*Sentencia de 28 de Junio de 1904*).

n) *Contrato accesorio complementario de garantía, no constitutivo de novación del contrato principal*.—Giradas dos letras de cambio que fueron aceptadas por el librado, pero no satisfechas á su vencimiento; dirigida demanda por el tenedor de las letras contra el librador y venidos á un acuerdo tenedor y librado, á virtud del cual, el segundo hipotecó fincas en garantía de la deuda, pero consignándose expresamente en la escritura que por ella no había de entenderse novación de ninguna especie, ni eximido el librado de la menor responsabilidad por razón de los giros, es visto que no puede invocarse útilmente por el librador, la excepción de novación, no tanto en atención á la reserva expresa que de sus derechos hizo el tenedor de las letras, cuanto por la finalidad del contrato determinado por la solución del librado, y el carácter del tenedor como acreedor por mayor suma que la del importe de los giros, corroborándose la inexistencia de la novación, porque para que ésta existiera sería preciso, aun no queriendo novar, que el pacto de garantía constituido por la escritura de hipoteca, fuera incompatible con la subsistencia del derecho ejecutado contra el librador, no siéndolo en realidad, ya porque el pacto de garantía fué una consecuencia legal del estado de suspensión de pagos en que se constituyó el librado, ya porque el tenedor aparecía respecto del mismo con créditos en cantidad superior al importe de los giros ya finalmente, porque lo convenido en el mencionado pacto de garantía, no podía hacerse extensivo á las dos letras, sino en el caso de que el librado resultara insolvente total ó parcialmente, atendida la manifestación del tenedor de no querer novar sustituyendo un deudor por otro (*Sentencia de 27 de Enero de 1905*).

ñ) *Reconocimiento de deuda que lleva consigo la novación del contrato anterior*.—Cuando al reconocerse una deuda procedente de compraventa de géneros al fiado, el deudor se obliga documentalmente á pagar dicha suma en el momento en que el acreedor se lo exija, mas un interés del 6 por 100 anual, *se modifican esencialmente las condiciones de la primera obligación*, quedando en poder del deudor, á título de mutuo con interés, las cantidades debidas, y efectuándose en su consecuencia, una verdadera novación (*Sentencia de 14 de Marzo de 1906*).

o) *Requisitos esenciales de la novación*.—En toda novación es preciso que conste *terminantemente la intención de sustituir una obligación por otra*, y cuando las novaciones consisten en la sustitución de un deudor por otro, es requisito *esencial* que aquellas se efectúen con *consentimiento* del acreedor, consentimiento que ha de ser conocido para la determinación de las posteriores relaciones con uno ú otro deudor (*Sentencia de 8 de Enero de 1907*).

p) *Confirmación de la doctrina anterior*.—Contra la apreciación del Tribunal *a quo* estimatoria de que el demandante *consintió* en la novación del contrato, mediante el pago de un aumento sobre el precio contratado, no puede invocarse útilmente la supuesta infracción del art. 1203 del Código civil, en el sentido de no constituir novación dicho aumento, porque tal alteración en las condiciones del contra-

simple mandato de cobrar ó de pagar, ha sucedido que en la ciencia jurídica, este nombre de delegación, en lugar de emplearse en el riguroso significado que envuelve novación, se toma en el

to implica una modificación constitutiva de novación (*Sentencia de 14 de Mayo de 1907*).

g) *Carácter expreso de la novación.*—La novación de contrato debe estar perfectamente justificada cuando no se *infiere* de la naturaleza de las modificaciones introducidas (*Sentencia de 15 de Marzo de 1909*).

r) *Requisitos intrínsecos de la novación.*—Las modificaciones *accidentales* introducidas en un convenio, no son suficientes para determinar la existencia de la novación, según la definen los arts. 1203, núm. 1.º y 1204 del Código civil (*Sentencia de 1.º de Abril de 1909*).

II. *Derecho hispano-americano.—Doctrina general acerca de la novación.*

*Argentina.*—a) *Definición de la novación.*—La novación es la transformación de una obligación en otra (*art. 835 del Código civil de la Argentina*).

b) *Sus caracteres y requisitos esenciales:* 1.º, la novación supone una obligación anterior. Si la obligación anterior fuese nula, ó se hallase ya extinguida el día que la posterior fué contraída, no habrá novación; 2.º, la novación *no se presume*. Es preciso que la voluntad de las partes se manifieste *claramente* en la nueva convención ó que la existencia de la anterior obligación sea *incompatible* con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que *no hagan* (que no afecten) al objeto principal, ó á su causa, como respecto al tiempo, lugar ó modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo *modifican* la obligación, pero que no la *extinguen*; 3.º, cuando una obligación pura se convierta en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega á faltar la condición puesta en la segunda y quedará subsistente la primera; 4.º, tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura y faltase la condición de la primera; 5.º, si el acreedor que tiene alguna garantía particular ó privilegio en seguridad de su crédito, aceptase de su deudor billetes suscritos en pago de la deuda, *no hace novación* de la primera obligación, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación, 6.º, la *delegación* por la que un deudor da á otro que se obliga hacia el acreedor, *no produce novación*, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo; 7.º, puede hacerse la novación por otro deudor que sustituya al primero, *ignorándolo* éste, si el acreedor declara expresamente que *desobliga* al deudor precedente y siempre que el segundo deudor no adquiriera subrogación legal en el crédito, y 8.º, *habrá novación* por sustitución de acreedor en el *único caso* de haberse hecho con consentimiento del deudor el contrato entre el acreedor precedente y el que le sustituye. Si el contrato fuese hecho sin consentimiento del deudor, *no habrá novación* sino cesión de derechos (*arts. 836, 841, 842, 846, 847, 848, 849 y 851 del Código argentino*).

c) *Capacidad para realizar la novación.*—Sólo pueden hacer novación en las obligaciones los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar. El representante del acreedor no puede hacer novación de la obligación si no tuviese poderes especiales (*arts. 839 y 840 del Código civil citado*).

*Bolivia.*—a) *De la novación.*—La novación es un contrato que *quita ó desata* la obligación de la deuda por *renovación* de causa ó de personas (*art. 862 del Código civil de Bolivia*).

La jurisprudencia boliviana tiene establecido que para hacer constar la novación no se requiere un instrumento público, por no ser *solemne* este contrato, bastando cualquier acto *escrito* que manifiesta la voluntad de efectuarla (*Gaceta judicial, número 522*).

b) *Modalidades de la novación.*—La novación se hace de tres maneras: 1.ª, cuando el deudor contrae á favor de su acreedor una nueva deuda que se sustituye á la

sentido mucho más amplio de simple adjudicación ó asignación no productiva de novación. Para distinguir una especie de delegación de la otra, algunos suelen llamar *novativa* á la que produce

antigua, la cual queda extinguida; 2.<sup>a</sup>, cuando un nuevo deudor es sustituido al antiguo, *al que da por libre* el acreedor; y 3.<sup>a</sup>, cuando por efecto de un nuevo contrato un acreedor nuevo es sustituido al antiguo con respecto al que queda libre el deudor (*art. 863 del Código citado*).

c) *Requisitos esenciales de la novación*: 1.<sup>o</sup> No puede hacerse novación sino entre personas capaces de contratar; 2.<sup>o</sup> La novación no se presume: es menester que la voluntad de haberla resulte manifiestamente de la escritura; 3.<sup>o</sup> La novación por la que un nuevo acreedor es sustituido al antiguo, puede hacerse sin consentimiento del deudor; 4.<sup>o</sup> La *delegación*, por la que un deudor da al acreedor otro deudor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado *expresamente* que deja libre al deudor que ha hecho la delegación (*arts. 864, 865, 866 y 867 del Código boliviano*).

*Chile, Colombia y Ecuador*.—a. *Concepto legal de la novación*.—La novación es la sustitución de una nueva obligación á otra anterior, la cual que la por tanto extinguida (*arts. 1628 del Código civil de Chile; 1687 de Colombia, y 1618 de El Ecuador*).

b. *Circunstancias necesarias de la novación*: 1.<sup>a</sup> El procurador ó mandatario no puede novar si no tiene *especial facultad* para ello ó no tiene la libre administración de los negocios del comitente, del negocio á que pertenece la deuda; 2.<sup>a</sup> Para que sea válida la novación, es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, á lo menos naturalmente (*arts. 1629 y 1630; 1688 y 1689, y 1619 y 1620 respectivamente de los antecitados Códigos*).

c. *Formas de la novación*.—La novación puede efectuarse de tres modos: 1.<sup>o</sup> Sustituyéndose una nueva obligación á otra, sin que intervenga nuevo acreedor ó deudor; 2.<sup>o</sup> Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándose en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor; 3.<sup>o</sup> Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre. Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama *delegado* del primero (*arts. 1631 de Chile, 1690 de Colombia y 1621 del Ecuador*).

d) *Requisitos esenciales de la novación*: 1.<sup>o</sup> Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes ó que aparezca *indudablemente*, que su intención ha sido novar porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua. Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes y saldrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere á ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera; 2.<sup>o</sup> La sustitución de un nuevo deudor á otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, ó que dicho tercero se obliga con él solidaria ó subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor ó espíritu del acto; 3.<sup>o</sup> Si el delegado es sustituido contra su voluntad al delegante, no hay novación, sino solamente cesión de acciones del delegante á su acreedor; y los efectos de este acto se sujetan á las reglas de la cesión de acciones. 4.<sup>o</sup> Si el deudor no hace más que dputar una persona que haya de pagar por él, ó el acreedor una persona que haya de recibir por él, no hay novación. Tampoco la hay cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor. 5.<sup>o</sup> Si la antigua obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva, ó si por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación, mientras esté pendiente la condición; y si la condición llega á faltar, ó si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación. Con todo si las partes,

novación, dejando á la segunda, que no la produce, el nombre de delegación *simple*. Otros, á su vez, recurren á los apelativos de *propia ó perfecta*, para distinguir la delegación con efecto de no-

al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente. se e-tará á la voluntad de las partes (*arts. 1634 á 1636 y 1632 y 1633 del Código civil de Chile, 1693 á 1695 y 1691 y 1692 de Colombia y 1624 á 1626 y 1622 y 1623 del de El Ecuador*).

*Guatemala.*—a) *Carácter de la novación.*—La novación es un modo de extinguir una obligación existente quedando otra nueva (*art. 2337 del Código civil de Guatemala*.)

b) *Formas y solemnidades de la novación.*—En las novaciones, ó se conservan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda ó causa del deber; ó se muda una de las personas constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, ó poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior. En los tres casos citados se hará la novación por escritura pública ó privada, siempre que el valor de que se trata exceda de quinientos pesos, y solo entonces se acabará la obligación preexistente (*arts. 2338 y 2339 del Código citado*.)

c) *Quiénes pueden celebrar novación.*—No se puede hacer novación, sino entre personas capaces de contratar. El procurador ó mandatario no puede novar si no tiene especial facultad para ello, ó no tiene la libre administración de los negocios del comitente (*arts. 2339 y 2340 del Código mencionado*).

d) *Hechos no constitutivos de novación.*—1.º La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin á la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas é hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor, salvo que los fiadores ó los dueños de las cosas empeñadas ó hipotecadas accedan expresamente á la ampliación. Tampoco la mera reducción del plazo constituye novación. pero no podrá reconvenirse á los acreedores solidarios ó subsidiarios, sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado (*art. 2346 del Código civil de Guatemala adicionado por el 345 del Decreto de Reformas*)

c) *Delegación ó sustitución de deudores.*—Cuando el deudor presenta á su acreedor una tercera persona que se obliga á pagar la deuda no constituye novación, si el acreedor no declara expresamente exonerado de la obligación al primer deudor; de otro modo se estimará como fianza y tanto el deudor primero como el segundo quedarán obligados al pago, bien que pagando cualquiera de ellos se extinguirá para ambos la obligación. La sustitución de un segundo deudor puede hacerse sin el consentimiento del primero (*arts. 2347 y 2348 del Código guatemalteco*).

*Honduras.*—Al unísono del Código civil español determina el de Honduras los mismos casos de modificación de las obligaciones (*art. 1310*, carácter expreso de la novación, como medio extintivo de la anterior convención ó incompatibilidad entre la antigua y la que se constituye (*art. 1311*) y efectos de la subrogación del deudor (*artículo 1311 del Código civil de Honduras*).

*Costa Rica* en su *art. 814* establece análogos casos en virtud de los cuales se efectúa novación de contrato.

*Méjico.*—a) *Carácter jurídico de la novación.*—La novación es un contrato y como tal, está sujeto á las disposiciones generales respectivas, salvo las modificaciones que se expondrán. La novación nunca se presume: debe constar expresamente (*artículos 1608 y 1611 del Código civil de Méjico*).

b) *Circunstancias que han de concurrir para la existencia de la novación.*—Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran *sustancialmente*, sujetándolo á *distintas* condiciones: sustituyendo una deuda nueva á la antigua, ó haciendo cualquiera otra alteración que afecte á la *esencia* del contrato y que demuestre la intención de *cambiar* por otra la obligación primitiva. Hay también novación cuando un nuevo deudor es sustituido al antiguo, que queda exonerado; ó

vación, de la que deja intacta la primitiva\* obligación; usando á tal intento también los epítetos de delegación *impropia* ó *imperfecta*. Otros, finalmente, reservan el nombre de delegación sólo á la figura que produce novación; y llamar á las restantes *adjudicación* ó *asignación* sin decir más.

En tanta confusión de lenguaje se hace sentir una necesidad sobre todas las demás, y es la de hablar con claridad. Por lo tanto,

cuando el antiguo acreedor es sustituido por otro, con quien queda obligado el deudor primitivo (*arts. 1606 y 1607 del Código citado*).

c) *Sustitución de deudor*.—La novación por sustitución de un nuevo deudor, puede efectuarse sin el consentimiento del primero, bajo las mismas condiciones, pero no sin consentimiento del acreedor (*art. 1609 del Código civil mejicano*).

*Perú*.—a *Concepto de la novación*.—La novación es un modo de extinguir una obligación existente, creando otra nueva (*art. 2264 del Código civil del Perú*).

b) *Quiénes pueden celebrar este contrato*.—No se puede hacer novación sino entre personas capaces de contratar (*art. 2267 en concordancia con los arts. 1246 y 1247 del Código citado*).

c) *Casos constituidos de novación*.—En las novaciones ó se conservan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero *mudándose* la deuda ó causa del deber; ó se *muda* una de las personas, constituyéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior (*artículo 2265 del expresado Código*).

e) *Requisitos extrínsecos de la novación*.—En los casos anteriormente expuestos se hará la novación por escritura pública ó privada, y sólo entonces se acabará la obligación preexistente (*art. 2266 idem*).

*Salvador (El)*.—Concuerda literalmente con los Códigos civiles de Chile, Colombia y Ecuador, antes expuestos. Sintetizaremos sus disposiciones. Del mismo modo que los Códigos hermanos define el salvadoreño la novación y sus requisitos esenciales (*arts. 1516 y 1518*) determina la capacidad de quienes pueden novar (*art. 1517*) enumera las diversas formas de la misma (*art. 1519*); por último, análogamente á los Códigos citados, expresa los casos específicos de novación (*arts. 1520, 1521, 1522, 1523 y 1524 del Código civil de la República de El Salvador*).

*Uruguay*.—a *Definición de la novación*.—La novación es la sustitución de una nueva obligación á la antigua que queda extinguida (*art. 1499 del Código civil del Uruguay*).

b) *Carácter de la novación*.—La novación no se presume: es necesario que se declare la voluntad de verificarla ó que resulte claramente del acto por la incompatibilidad de las obligaciones, ó de otra manera inequívoca, aunque no se use de la palabra novación (*art. 1504 idem*).

c) *Formas de la novación*.—La novación se verifica de tres maneras: 1.<sup>a</sup> Entre deudor y acreedor, sin intervención de nueva persona, sustituyéndose nueva obligación en vez de la anterior. 2.<sup>a</sup> Sustituyéndose en virtud de otro contrato, nuevo acreedor al antiguo, respecto del cual queda exonerado el deudor. 3.<sup>a</sup> Sustituyéndose nuevo deudor al antiguo que queda exonerado por el acreedor. Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero (*arts. 1500 y 1425 del código citado*).

d) *Capacidad para celebrar este contrato*.—La novación sólo puede verificarse entre personas capaces de *contratar* y de *renunciar* el derecho *introducido* á su favor. Es aplicable á la novación cuanto se refiere á los efectos de la subrogación por ministerio de la ley (*arts. 1502 y 1446 del mencionado Código*).

e) *Casos no constitutivos de novación*.—1.<sup>o</sup> Si la primera obligación había dejado



dejando á quien quiera ocuparse de él, el cargo de discutir sobre nombres, nosotros, al efecto de disipar toda equivocación, procuraremos añadir los epítetos de *novativa* ó *perfecta* á la palabra delegación, siempre que sintamos la necesidad de dar á entender que queremos hablar de la que produce novación.

347. De ordinario, la delegación novativa, *mutato creditore*, tiene lugar cuando el acreedor delegante sea deudor del delega-

de existir cuando se contrajo la segunda, *no se verifica novación*. La segunda obligación quedará sin efecto, á no ser que tuviera causa propia: 2.º Cuando una de las dos obligaciones, la antigua ó la nueva, pende de una condición suspensiva, y la otra es pura, *no habrá novación* mientras esté pendiente la condición, ó si ésta llegase á faltar ó si antes de su cumplimiento se extinguiese la obligación antigua. Pero si las partes, al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego *abolido* sin aguardar al cumplimiento de la condición, se estará á la voluntad de las partes: 3.º La delegación por la que un deudor *da* otro que se obligue hacia el acreedor, *no produce novación*, á no ser que el acreedor haya declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo. De otro modo, se entenderá que el tercero es solamente diputado para hacer el pago, ó que dicho tercero se obliga con él solidaria ó subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor ó espíritu del acto: 4.º Por la mera ampliación del plazo de una deuda *no se verifica novación*; pero cesa la responsabilidad de los fiadores y se extinguen las prendas é hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores ó los dueños de las cosas empeñadas ó hipotecadas accedan expresamente á la ampliación. Tampoco la mera reducción del plazo *constituye novación*; pero no podrá reconvenirse á los codeudores solidarios ó subsidiarios sino cuando exprese el plazo primitivo: 5.º Para que haya novación por sustitución de acreedor se requiere que sea hecho con consentimiento del deudor el contrato entre el acreedor precedente y el que lo sustituye. Si el contrato fuese hecho sin consentimiento del deudor, *no habrá novación* sino ocasión de derechos (arts. 1501, 1503, 1505, 1516 y 1517 del Código civil de la República Oriental del Uruguay).

*Venezuela.*—*a De la novación.*—La novación se verifica: 1.º Cuando el deudor contrae para su acreedor una nueva obligación en sustitución de la anterior la cual queda extinguida: 2.º Cuando un nuevo deudor se sustituye al anterior dejando el acreedor á éste, libre de su obligación: 3.º Cuando un nuevo acreedor se sustituye al anterior, quedando libre el deudor para con éste (art. 1240 del Código civil de Venezuela).

b) *Requisitos de capacidad.*—La novación no puede efectuarse válidamente sino entre personas capaces de contratar (art. 1241 *idem*).

c) *Carácter jurídico de la novación.*—La novación no se presume: es necesario que la voluntad de efectuarla aparezca claramente del acto (art. 1242 del Código citado)

d) *Sustitución de deudores.*—La novación que consiste en sustituir un nuevo deudor, en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste (art. 1243 *idem*).

e) *Casos que no constituyen novación.*—1.º La delegación por la cual un deudor asigna al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, *no produce novación*, si el acreedor no ha declarado *expresamente* en voluntad de libertar al deudor que ha hecho la delegación: 2.º La simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar, *no produce novación*: 3.º Tampoco la *produce* la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que debe recibir por él (arts. 1244 y 1246 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela).

tario: caso en el que tiene mucha analogía con la cesión. Juan en Roma, por ejemplo, debe recibir 1.000 liras de Francisco, de Florencia, por precio de venta; pero por otra parte, el mismo Juan es deudor de 1.000 liras con respecto á José, también de Florencia, por alquileres. He aquí manifiesta la conveniencia, para ahorrar gastos, de que Juan delegue su crédito de 1.000 liras en pago de su deuda, que es como decir que asigne á José el crédito con respecto á Francisco, el cual aceptará como á su acreedor á dicho José, quedando liberado con respecto á Juan. Tenemos aquí una operación jurídica, que en las relaciones entre Juan y Francisco representa propiamente la sustitución de un nuevo acreedor al antiguo en los términos designados por el núm. 3.º del artículo 1261.

Además de esto, puede suceder que Juan, sin deber un sueldo á José, le quiera regalar su crédito contra Francisco. Nace entonces una delegación hecha *donandi animo*, la cual, dígame lo que se quiera de las relaciones entre Juan delegante y José delegatario, tendrá los mismos efectos de la anterior en las relaciones entre dicho Juan delegante y Francisco deudor delegado. Podría también ocurrir que el delegante transfiriera el crédito al delegatario á título oneroso, es decir, de venta; pero á tal fin, mejor que la delegación se emplea más á menudo y resulta más idónea la cesión.

## II

348. REQUISITOS.—*a)* *Obligación anterior*.—Considerando separadamente la delegación *intervento novae personae creditoris*, hallamos ante todo la necesidad de una obligación preexistente: nos referimos á aquella obligación que debe ser extinguida mediante la sustitución de la nueva. Precisamente el crédito del delegante para con el deudor delegado, siendo, como hemos dicho, indiferente la existencia de una obligación similar entre el acreedor delegante y el acreedor delegatario. Volviendo al ejemplo de la deuda de Francisco con relación á Juan. Si falta esta deuda, no puede haber novación. Todos lo reconocen.

Las primeras dudas comienzan cuando se trata de determinar qué es lo que se encierra en el sentido jurídico de este concepto. Esto es, cuando puede decirse que la primera obligación no existe. Pero quien examine á conciencia el significado de esta expresión, se persuadirá enseguida de que puede extenderse á conceptos muy diversos, que conviene distinguir claramente para no caer en confusión. Ante todo, se encierra en él el concepto de la

obligación ya extinguida, ó nula absolutamente, por estar falta de un requisito esencial; por ejemplo, de objeto ó de causa. Dada esta condición de cosas, en rigor de derecho, no puede haber novación, porque falta la obligación que debe ser extinguida y sustituida por otra (1).

349. ¿Pero estará por esto falta de vitalidad la segunda obligación, que el supuesto deudor Francisco, por continuar con el ejemplo, contrae con respecto al nuevo acreedor José? No siempre: será nula si siendo insubsanable el vicio de la primera, la pretendida nueva obligación aparece como una confirmación no ciertamente permitida por la ley. Será válida si tratándose de obligación ya extinguida, el deudor, aun conociendo su extinción, ha querido, esto no obstante, obligarse de nuevo. Por decirlo brevemente, nacerá una obligación que no tendrá ciertamente por efecto extinguir la anterior, sino una obligación de cuya validez deberá juzgarse según las reglas ordinarias (2).

350. Análogas observaciones hay que hacer si la primera obligación, en vez de ser nula en absoluto, fuese anulable, ó como de otro modo se dice, no válida ó prescrita. El deudor que *causa cognita*, se obligase en favor del nuevo acreedor, haría ciertamente un acto de confirmación de la primera obligación, ó una renuncia de la acción de nulidad y de prescripción, si se encontrase en las condiciones idóneas para confirmar, ratificar ó renunciar; y bien se podría decir que en semejante hipótesis se verificaría novación. Faltando estas condiciones, podría levantarse contra la precedente obligación, y haciéndola anular, caería con ella juntamente la segunda (3).

Muy bien decidió en el asunto la Corte de Apelación de Roma. Cierta Octaviano Naldini, inhabilitado por prodigalidad, firmaba en 1876 un billete á la orden por 65.000 liras á favor de cierto caballero Terilli, y éste lo endosaba al Banquero Alejandro Narducci. Pocos meses después, liberado Naldini de la inhabilitación, pensó ponerse, con la anuencia tácita de Terilli, en correspondencia directa con Narducci; y por ello, en Diciembre de aquel mismo año 1876, suscribió un documento privado, en el cual, conseguida la restitución del billete á la orden, Naldini se

(1) Véase Pothier, *Obl.*, 350 á 554; Durautoo, XII, 275; Aubry et Rau, § 324, nota 11; Larombière, 1271, 5; Demolombe, V, 243, 244; Laurent, XVIII, 244; Massé et Vergé sur Zachariae, § 566, nota 5

(2) Cas. Turin, 23 de Julio de 1868 (*Giur. tor.*, 1868, 605); y los autores de la nota anterior.

(3) Véase Durantón, XII, 294; Larombière, 1271, 11; Colmet de Santerre, V, 219 bis, IV; Aubry et Rau, § 124, nota 15; Demolombe, V, 245 y sigs.; Mourlon, *Répet. écrites*, II, 1306; Laurent, XVIII, 246, 247, 248; Massé et Vergé sur Zachariae, § 566, nota 5.

declaró y confesó deudor directo de Narducci, obligándose con cierta prórroga á pagarle capital é intereses. Pero Naldini no fué puntual tampoco en el nuevo vencimiento, y en su lugar, encerrándose en la negativa, opuso la nulidad de la obligación nacida del documento privado, de Diciembre de 1876, con el pretexto de que la deuda original novada por el documento privado no era válida, por estar suscrita por él cuando estaba inhabilitado. Razones y defensas verdaderamente temerarias; esto no obstante, el Tribunal de Comercio de Roma se dejó sorprender y admitió dichas excepciones. Pero la victoria de Naldini fué breve: la Corte de Apelación no perdió tiempo para revocar la injusta sentencia. Reconociendo ella también en el documento de Diciembre de 1876 la novación *mutato creditore*, consideró que el documento privado fué escrito y consentido por Naldini, cuando estaba ya liberado de la inhabilitación; ahora bien: habría sido injusto y peligroso permitirle oponer la anterior incapacidad contra el nuevo acreedor, al cual la había ocultado, cuando estaba plenamente liberado. Por esta consideración no dudó en reconocer válida la novación. Sentencia justa, que mereció el aplauso de la Corte Suprema (1).

351. Suelen los escritores examinar también la cuestión de la obligación natural; y decidir generalmente, excepto muy pocos, que la obligación natural puede prestarse á la novación. Nosotros rechazamos ya esta doctrina (2), y volvemos á rechazarla en lugar oportuno, puesto que en el tema de que hablamos la cuestión no resulta planteable. Desafiamos hasta á las inteligencias más partidarias de la teoría de la obligación natural moderna á imaginar un acreedor por obligación natural, que pone á otro acreedor en su lugar. ¿Acreedor, preguntamos, de qué? Puesto que la obligación natural, no sólo carece de acción, sino que no se reconoce antes del pago.

Entendámonos bien, por otra parte. Nosotros no negamos, á quien no esté forzado por ninguna obligación civil, la facultad de obligarse voluntariamente, con relación á un tercero, á requerimiento de un bienhechor. ó de un Ticio cualquiera para con el que se encontrara ligado por deudas morales ó de conciencia. Dueño de hacerlo; pero haciéndolo así, no efectuaría ciertamente una novación, porque no extinguiría una deuda que exista civilmente; no liberaría á nadie, porque nadie estaba ligado. Crearía una nueva obligación civil, que surgiría por espíritu de liberalidad, ó una donación causal ó remuneratoria.

(1) Roma, 15 de Febrero de 1879 (*Legge*, 1879, I, 634); Cas. Roma, 18 de Junio de 1879 (*ivi*, 639).

(2) Véase el vol. I, núms. 57 á 59.

352. La primera deuda puede ser á término ó condicional; pero si es condicional, desaparece la novación, y desaparecen las obligaciones cuando falte la condición suspensiva ó se verifique la resolutoria (1), salvo, bien entendido, los derechos del delegatario contra el delegante, que le hubiese ocultado que la obligación era condicional. Podría también darse que las partes hubieran querido hacer un contrato aleatorio, convirtiendo una obligación condicional en una pura; mas en esta hipótesis, debería también existir un cambio en el objeto. De lo que nos reservamos hablar en lugar oportuno (2).

353. Por lo demás, cuando se habla de obligación precedente, se quiere indicar la deuda del delegado para con el acreedor delegante. No es necesario también la deuda del acreedor delegante, con respecto al acreedor delegatario, pudiendo bien ocurrir, como ya dijimos al principio, que el delegante no sea precisamente deudor del delegatario, y esto no obstante, haga la delegación *donandi animo*. Es cosa que no precisa cansarse en repetirla.

Merece, por otra parte, nuestra atención, la hipótesis de que el delegado no sea realmente deudor del delegante, sino que se obligue por error. ¿Tendrá repetición de lo indebido contra el delegatario, ó podrá excepcionar contra éste la nulidad de la obligación contraída? La pregunta se la hicieron también los antiguos doctores, y, frente á varios textos no conciliables, encontraron difícil la respuesta. Se dividieron en diferentes opiniones, pero se acreditó mucho entre todas la teoría de *Accursio ad leges 19 y 44, D. de cond. indebiti*, modificada luego por Picardo. Según esta teoría se negaba la repetición y se estimaba válida la obligación asumida por el delegado con respecto al delegatario, si éste era verdaderamente acreedor del delegante; se concedía la repetición y se anulaba la obligación del delegado, si el delegatario no era acreedor del delegante, y la delegación estaba hecha, sea *donandi animo*, sea por error del delegante, que también creyera ser deudor, cuando no lo era (3). Teoría de equidad, confirmada por los principios de los jurisconsultos romanos, en materia de novación y de donación. De novación, donde Paulo enseñaba precisamente, que el delegado, cuando se había obligado por error, no podía oponer su ignorancia contra el delega-

(1) *L. 9. §§ 1 y 2; L. 14, § 1; L. 31 pr. D. de novationibus* (XI. VI, 2); Pothier, *Obl.*, 585; Duranton, XII 296 y sig.; Larombière, 1271, 6; Aubry et Rau, § 324, nota 1<sup>a</sup>; Demolombe, V, 258; Laurent, XVIII, 249 y 250.

(2) Véase el núm. 387 y sigs.

(3) Fierli, *Theoricae*, vol. 1, theor. I, véase también *Annali di giurisprudenza toscana*, año IV, parte I, col. 518.

tario, *qui suum recipit* (1). De donación, porque Juliano y Papiniano reconocían, que el falso acreedor y el donatario no podían aprovecharse de la promesa hecha por error por el delegado, para enriquecerse á costa de este (2).

354 Y esta es la teoría que, seguida ya por Pothier, recibe hoy el mayor número de sufragios en el derecho moderno (3). Se exceptúan Durantón (4), Mourlon (5), Larombière (6), y Laurent (7), favorables al delegado, aun cuando el delegatario fuese realmente acreedor del delegante, y, por lo tanto, cobrase lo suyo.

Pero con permiso de estos agregios autores, la doctrina, en nuestro concepto merecedora de aprobación, es precisamente la de Pothier, aunque sólo fuese por respeto á las tradiciones y en homenaje á la jurisprudencia. Añadamos sólo una observación. No estaría acaso fuera de lugar trazar otra línea de división entre el caso en que el delegatario, acreedor verdadero, ha cobrado ya del delegado y sea por ello cuestión de repetición, y el caso en que no se haya hecho aún el pago, ya que, cuanto nos parecería racional negar en el primer caso la repetición, otro tanto nos parece duro no conceder al delegado la facultad de desligarse en el segundo caso, dado, por otra parte, que el delegatario no se haya desarmado de buena fe de los títulos y de los derechos que le competen contra el delegante por su crédito. Esta última limitación está también consentida por Larombière y por otros escritores que defienden el derecho de repetición.

### III

355. *b) Obligación nueva.*—Bien poco de importante ofrece este requisito en la delegación del acreedor, y todo se reduce al principio generalísimo de que cuando la nueva obligación fuese

(1) *L. 12, D. de novationibus, etc.* (XLVI, 2): «Sed si pro ignorantiam promiserit creditori nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit; quia ille suum recepto».

(2) *L. 7, § 1, D. de doli mali, etc.* (LXIV, 4): «Idem Julianus ait: si ei quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere». *L. 2, § 4, D. de donationibus, etc.* (XXXIX, 5): «Item si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero; petentem doli mali exceptione submovebo».

(3) Véase Pothier, *Obl.*, 602; Toullier, IV, 291; Merlin, *Rép. Delegation*, 3; Aubry et Rau, § 324, nota 8; Demolombe, V, 324 á 328.

(4) *Ob. cit.*, XII, 333.

(5) *Revue pratique*, XVIII, pág. 516.

(6) *Ob. cit.*, 1275, 4.

(7) *Ob. cit.*, XVIII, 319.

nula en absoluto ó resultase anulada, desaparecería la novación. Cómo esta nulidad ó anulación pueden verificarse, no es fácil de entender claramente. Ciertamente que no se puede hablar de obligación natural, porque la novación se ultima por acuerdo voluntario entre el deudor y el nuevo acreedor, y todo acuerdo voluntario, ó sea contrato, produce en el derecho moderno, que no conoce ya la distinción entre pactos y contratos, un vínculo jurídico civil y perfecto.

Por lo que se refiere á los vicios de capacidad ó de consentimiento, de que puede estar afectada la nueva obligación, nos remitimos á las observaciones que haremos dentro de poco acerca de la capacidad y del *animus novandi* (1).

Por lo demás, la nueva obligación puede ser pura, condicional ó á término; sea simple ó condicional la obligación precedente. Se sigue de ello que la novación cae cuando la condición suspensiva falte y se verifique la resolutoria, salvo voluntad contraria de las partes, cuya investigación lleva consigo una *quaestio facti* (2).

356. Quedaría por ver si la nueva obligación debe necesariamente ser posterior y por cuanto tiempo, á la precedente, pero nos basta indicar que puede ser también contemporánea, siendo lícito á todos en el acto de adquirir un crédito, delegar ó asignar dicho crédito en favor de un tercero (3). Sobre este punto se encontrarán dudas en materia de novación objetiva, pero jamás en la subjetiva (4).

357. Por lo demás, la necesidad de la obligación nueva aparece no sólo de la definición de la novación, sino también de la confrontación de la misma con las figuras jurídicas análogas á ella. En efecto: si el deudor no asumiese obligación alguna con respecto al nuevo acreedor, el encargo dado por el primer acreedor delegante no sería nunca una novación, sino que sería una simple orden ó indicación, según el contenido del art. 1273, ó sería una cesión. Y ya que nos encontramos en el asunto, será bueno advertir que, precisamente por la gran facilidad de suplir á la delegación novativa, sea por medio de la adjudicación simple, sea por medio de la cesión, ocurre que en la práctica de los negocios esta especie de delegación del acreedor ha quedado como una figura inusitada, por no decir absolutamente desconocida. Cuando el primitivo acreedor sea deudor de aquél al que

---

(1) Véanse los núms. 404 y 406 y sigs.

(2) Véase el núm. 410.

(3) *L. 8, § 2, D. de novationibus* (XLVI. 2); Pothier, *Obl.*, 588; Duranton, XII, 303; Aubry et Rau, § 324, nota 10; Demolombe, V, 262.

(4) Véase el núm. 414.

quiere entregar en pago un *nomen iuris* con relación á un tercero, la *cessio in solutum* ó la *pro solvendo* son modos de transferir que de ordinario los Notarios y los leguleyos aconsejan que deben emplearse. Cuando, por el contrario, el primitivo acreedor no tiene deuda con el asignatario, sino que quiere vender ó donar á éste el *nomen iuris*, la cesión en venta ó la cesión á título gratuito alcanzan el intento mejor que la delegación, porque no requieren el consentimiento del deudor delegado, y son preferidas á la delegación. Veremos dentro de poco con qué normas se reconoce si las partes quisieron ultimar una operación más bien que otra (1).

#### IV

358. c) *Capacidad de las partes contratantes*.—Las discusiones que los escritores suelen entablar sobre este asunto, y sobre la interpretación del art. 1268 (1272 del Código Napoleón), según el cual la novación no puede efectuarse válidamente más que entre personas capaces de contratar, no recaen respecto á la novación subjetiva por parte del acreedor, sino más bien sobre las otras especies de novación; de las cuales deberemos hablar más adelante.

En verdad, en el tema actual, para el delegado será lo mismo pagar diez á Martín, que pagar diez á Tadeo; si, pues, la deuda era realmente como suponemos, la discusión sobre la incapacidad de obligarse á pagarla á otra persona diferente del primer acreedor, queda privada de interés. A lo más puede encontrarse razonable que el deudor delegado, cuando se valga de la incapacidad en que se hallaba en el momento de contraer la nueva obligación para hacerla anular, no escapará á la obligación nueva sin caer en la antigua, ya que la anulación no puede ser para él una causa de lucro en daño de terceros (2). Si la incapacidad fuese de fecha antigua y anterior á la primitiva obligación del delegado, ó éste no hubiera sido nunca deudor, podría exceptuarse, no obstante haber aceptado la delegación (3).

359 Muy otra es la condición del acreedor delegante, el cual, despojándose de un crédito, debe tener la capacidad necesaria

(1) Véanse los núms. 361 y sigs.; Demolombe, V, 272, 330; Pothier, *Obl.*, 584; Toullier, IV, 274 y 277; Duranton, XII, 283 y 284; Larombière, 1276, 3.

(2) Arg. del art. 1307 del Cód. civ. it.; 13.2, Cód. Nap.; véase Marcadé, 1272, II y III; Colmet de Santerre, V, 220 bis, 1; Aubry et Rau, § 324, nota 23; Demolombe, V, 246 y sigs.; Laurent, XVIII, 257; contra Duranton, XII, 282; Larombière, 12.2 2; Toullier, IV, 298; Delvincourt, II, págs. 555 y 556.

(3) Art. 1278.



para realizar tal acto de enajenación, de manera que, cuando le falte, podrá levantarse contra la novación efectuada, y rescindirle en los modos permitidos por la ley, según que su enajenación esté hecha á título gratuito ú oneroso. Pero nótese bien, esta rescisión no tendrá nunca por efecto liberar al deudor, el cual continuará obligado con relación al acreedor antiguo en lugar de estarlo con respecto al nuevo, mientras que por lo que concierne á las relaciones entre acreedor delegante y delegatario, serán diferentes según la naturaleza del negocio ultimado entre ellos, pero siempre extrañas á nuestro tema actual.

## V

360. *d) Consentimiento de las partes interesadas (animus novandi).*—La delegación *mutato creditore*, en el sentido legalmente definido, no se puede hacer sin el consentimiento ó *animus novandi* de las tres partes interesadas: esto es, del acreedor delegante, del acreedor delegatario y del deudor delegado. Es necesario el consentimiento del antiguo acreedor, porque renuncia á su crédito; es necesario el consentimiento del nuevo acreedor, porque se trata para él de adquirir un crédito; es necesario el consentimiento del deudor, porque debe contraer una nueva deuda. Por lo demás, tal necesidad de los tres consentimientos resulta del núm 3.º del art. 1267, y del contenido del art. 1273. En efecto, el primero requiere una nueva obligación, y como se trata evidentemente de obligación consensual, es necesario el consentimiento de quien debe obligarse. El segundo declara que la simple indicación hecha por el acreedor de uno que debe pagar en su lugar, no produce novación. Es una mera asignación que equivale á un mandato para exigir con relación al delegatario, cuando no tenga el carácter de la cesión; y á un mandato para pagar con relación al deudor delegado. Es en suma, si queremos emplear nuestro término, una delegación simple: la cual, por lo tanto, no produce novación, deja viva la antigua obligación y no libera al deudor delegado con relación al primer acreedor delegante (1).

361. Si el delegado no interviene en el acto, y cuando se le notifica la orden de pago á un tercero permanece silencioso, ó declara únicamente que queda enterado, no puede haber duda sobre la exclusión de la novación á la que falta un elemento indispensable, que es el consentimiento del delegado. Cualquiera que

(1) Cas. Turín, 8 de Agosto de 1900 (*Sinossi*, Serie II, fasc. 162, pág. 47); véase Pacifici-Mazzoni; *ob. cit.* (IV ed.), vol. IV, 135, nota *kk*, Venzi, pág. 618.

sea, por otra parte, la índole jurídica del acto entre el primer acreedor delegante y el segundo delegatario: sea pago con subrogación: sea cesión, venta, ó mejor cesión *pro soluto*, ó también *pro solvendo*, como de ordinario acaece. Pero si el delegado, interviniendo en el acto desde un principio ó adhiriéndose á él por declaración posterior, acepta la delegación y reconoce por su acreedor al delegatario, ¿qué juicio deberá hacerse de esta declaración suya? ¿qué efecto producirá sobre la delegación ya hecha? ¿seguirá ésta como una mera asignación ó se convertirá en una delegación novativa? He aquí una pregunta á la cuál no es fácil responder: ya que por una parte está escrito que no se presume la voluntad de novar (1); por otra es cierto que la voluntad de novar no requiere palabras solemnes, y que el concurso de los tres consentimientos del delegante, delegatario y del delegado, puede no ser contemporáneo, sino dado en diferentes tiempos y también por medio de ratificación del consentimiento prestado por otros en nuestro nombre (2). La conciliación de estos principios contrarios levanta cuestiones gravísimas, la primera de las cuales domina, puede decirse, toda la teoría de la novación, si bien las mayores dificultades las presenta en materia de novación objetiva. La segunda tiene una importancia particular en esta materia, para distinguir la delegación del acreedor, de la cesión y del pago con subrogación.

362. En todos los tiempos, comenzando por la primera cuestión, se reconoció por los jurisconsultos romanos que la novación no se presume, de manera que la voluntad de efectuarla debe resultar claramente del acto (3); pero en la aplicación de este principio, advierten todos los estudiosos del derecho clásico, no se encuentran la lógica acostumbrada y la precisión de los Ulpianos, de los Modestinos y de los Papinianos (4). Justiniano, queriendo llevar claridad donde no la había y poner fin á las incertidumbres, resumió y desenvolvió más ampliamente la indicada regla en la célebre *L. Novationum* (5). Pero en lugar de quitar las dudas, le ocurrió que abrió una nueva fuente de controversias y de vacilaciones. Sería largo de exponer las varias interpretaciones sufridas por el precepto de Justiniano; pero no queriendo usurpar

(1) Arts. 1269, Cód. civ. it.; 1273, Cód. Nap.

(2) Casale, 6 de Julio de 1868 (*Giur. tor.*, 1868, 582), y las otras decisiones citadas en la nota relativa; Cas. Turín, 12 de Febrero de 1868 (*ivi*, 868, 283).

(3) *L. 2 al final*; *L. 6 pr.*; *L. 7, 8, §§ 1, 2, 3, 5*; *L. 9 pr.*; *L. 26, 28, D. de novat.* (XLVI, 2); *L. 71 pr. D. pro socio* (XVII, 2); *L. 58, D. de v. o.* (XLV, 1).

(4) Véase Gayo, *Ist.*, III, 178, 179; *L. 5*; *L. 8, § 1*; *LL. 14, 24, 31, D. de novat.* (XLVI, 2).

(5) *L. 8, Cod. de Novationibus, etc.* (VIII, 42).

los derechos de los eruditos para descifrar el sentido de aquel texto obscuro, nos limitamos á indicar que en la práctica anterior á los Códigos en Italia, la constitución Justiniana se aplicó según la teoría de Saliceto, que estima que la voluntad de novar debía resultar de modo expreso ó al menos tácito, pero éste tan claro que equivaliese al expreso: no bastando de otro modo ni aun el cambio de la persona para que se efectuase novación (1).

Y más especialmente en materia de delegación del acreedor, fué opinión general de los antiguos, que era indispensable, para que hubiese novación, no sólo la intervención de las tres personas, delegante, delegatario y delegado, sino también que el delegado prometiese pagar al nuevo acreedor *como su deudor*. De otro modo el deudor delegado, si aceptó la delegación sin esta promesa, no podía oponer contra el delegatario las defensas que le hubieran correspondido contra el delegante, tanto para exceptuar como para compensar; pero no quedaba por ello liberado con relación al delegante (2).

363. Después de estos precedentes vemos aparecer en el Código Napoleón y luego en el Código italiano el demasiado famoso precepto de que *la novación no se presume, sino que es necesario que del acto resulte claramente la voluntad de efectuarla* (3). No puede decirse si este precepto es más ó menos afortunado que la disposición de Justiniano y más oportuno para hacer nacer ó para acabar con las controversias; más bien es cierto que después de la publicación de los Códigos, las discusiones de la doctrina y las vacilaciones de la jurisprudencia no son menores que antiguamente. Pero no conviene ahora hablar de ello particularmente,

(1) Fierli *Theoricæ*, vol. II, págs. 164 y 167; *Theorica Saliceti, in Leg. Novationum final Cod. de novat.*: «In hac enim lege Imp. Justinianus ad tollendas ambiguitates praesumptionum, et coniecturarum, vel pro novatione, vel contra novationem militantium, apertissime definiuit, tunc solum novationem fieri prioris obligationis, quoties hoc ipsum a contrahentibus expressum fuerit. Ideo, quum novatio resultare debeat ex voluntate expressa contrahentium, vel etiam tacita, quae voluntati expressae aequipolleat, ea nunquam intelligi stipulata, *quamvis in secundo contractu adhibita fuerit alia persona*, vel pignus acceptum, vel conditio adiecta, aut detracta, vel quantitas, aut tempus adiectum, vel diminutum. Huiusmodi namque immutationes, quae praecedentem obligationem non tollunt, aptae nequaquam sunt ad primum contractum vere, ac proprie innovandum, sed in eo conterita persistunt, et posteriora incrementum illius adiciunt». Notas 1 á 7. Véase también en la *Giurisprudenza* de Turin la nota al vol. II, pág. 49 (Cas. Milán, 1.º de Febrero de 1810), que menciona los numerosos prácticos que siguieron antiguamente la teoría de Saliceto.

(2) Fierli, *Oss. pratiche*, tomo 2, Observac. 195, sobre la *L. Si delegatio 3 Cod. de Novationibus*. que cita entre otros á Gratian., cap. 968, núm. 13; Menoch. *De praesumpt.*, lib. 3, praesumpt. 134, núm. 69; Altograd. cons. 6, núms. 19 y sigs.; Sanfelice, *Dec.*, 360, por tod.; Martii Medici, *Dec.*, 66, núms. 8 y sigs.; Olea, *De cess. iur.*, tít. 6, quest. II, núm. 35.

(3) Arts. 1269, Cód. civ. it.; 1273, Cód. Nap.

porque hablaremos con extensión al tratar de la novación objetiva. Apresurémonos más bien desde este momento á establecer una máxima incontrovertida: esto es, que la voluntad de novar no se requiere que sea manifestada con palabras rigurosas ó solemnes, sino que puede resultar también de manera indirecta ó tácita, de lo que las partes han hecho ó dicho sin proferir el verbo novar (1). Por otra parte el *animus novandi* tácito debe ser cierto, porque en la duda, aun levísima, queda excluída la novación. Recogiendo de esta máxima la conclusión impuesta por la lógica del derecho, inferimos que el sólo criterio legal y seguro de la novación tácita es la contradicción entre lo que las partes han dicho ó hecho, y la exclusión de la novación (2). Es decir, *in subiecta materia*, la incompatibilidad entre el dicho y el hecho de las partes por uno y otro lado que excluya la permanencia de la obligación precedente que ligaba al acreedor delegante y al deudor delegado.

364. Fijado este criterio fundamental, pasemos, con auxilio del mismo, revista á las figuras jurídicas que se parecen á la delegación del acreedor: es decir, el pago con subrogación y la cesión.

En el pago con subrogación el *animus novandi* es indiferente por parte del acreedor pagado, con respecto al cual la obligación queda extinguida por el pago sin necesidad de investigar más. Pero la investigación del *animus novandi* es importante por parte del deudor, en cuanto, aceptando éste la subrogación y reconociendo como su acreedor al nuevo, viene á privarse del derecho de oponerle las excepciones que habría podido oponer al acreedor precedente, y puede oponer, por el contrario, al nuevo acreedor las compensaciones que tengan su raíz en la persona de éste. Pero la primera parte de la cuestión no ofrece en el Código italiano la importancia que tiene bajo el Código Napoleón. En efecto, el Código italiano contiene la nueva disposición del artículo 1278, por la que el deudor, cuando haya aceptado la delega-

(1) Toullier, IV, 276, 277; Dalloz, *Rép. Obl.*, 2452, 3; Aubry et Rau, § 324, nota :7; Marcadé, 1273; Demolombe, V, 267 y sigs.; Laurent, XVIII, 259 y sigs.; y de acuerdo todos los autores modernos. Véase Turín, 28 de Septiembre de 1866 (*Giur. tor.*, 1867, 496 y nota); Cas. Turín, 9 de Septiembre de 1882 (*Legge*, 1882, 1, 136); Casale, 16 de Enero de 1869 (*Giur. tor.*, 1869, 142); Cas. Turín, 31 de Julio de 1868 (*ivi*, 634); Turín, 2 de Marzo de 1868 (*ivi*, 280 y nota); Cas. Roma, 27 de Noviembre de 1877 (*Legge*, 1878, 1, 3), y 13 de Diciembre de 1877 (*ivi*, 236); Cas. Roma, 20 de Abril de 1887 (*ivi*, 1887, 2, 183); Cas. Palermo, 11 de Diciembre de 1888 (*ivi*, 1888, 1, 352); Cas. Roma, 2 de Diciembre de 1890 (*ivi*, 1891, 1, 361); Cas. Nápoles, 14 de Diciembre de 1901 (*Gaz. proc.*, 1902, 470); Cas. Palermo, 20 de Diciembre de 1902 (*Legge*, 1903, 553).

(2) Véase el núm. 389 y sigs.; Palermo, 23 de Marzo de 1903 (*Foro it.*, 1903, 1, 313); Trani, 5 de Agosto de 1903 (*Gaz. proc.*, 1903, 135); Catania, 16 de Marzo de 1904 (*Giur. cat.*, 1904, pág. 81).

ción, no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que habría podido oponer al acreedor originario. Y como creemos con fundamento que este precepto debe aplicarse también á la delegación simple, así el deudor que reconoce como su creador al subrogado, aun cuando, haciendo esto, no se libere con relación al acreedor precedente, se priva del derecho de oponer al segundo las excepciones ejercitables contra el primero (1). Queda por ver si la novación se realiza para el deudor en el sentido de poder oponer al nuevo acreedor la compensación que tiene por fundamento una deuda personal de este último. Sobre este asunto tenemos una cuestión de hecho y de intención, en que será preciso ver, siguiendo las circunstancias especiales del hecho, si la permanencia de la deuda precedente, con respecto al deudor, está en contradicción con el acto realizado por las partes. En jurisprudencia se encuentran decisiones, tanto para la negativa (2) como para la afirmativa (3).

365. Respecto á la cesión, acordémonos bien de que cualesquiera que sean sus consecuencias en las relaciones entre el cedente y cesionario, según que se trate de cesión en venta ó de cesión *pro soluto ó pro solvendo*, es cierto que todo al contrario de la novación, no existe liberación para el cedido con relación al cedente como no hay extinción de las garantías reales ó personales. Existe simplemente un secuestro, por decirlo así, del crédito; porque desde el momento en que la cesión es notificada ó aceptada, el cedido queda requerido para que no pague en manos del cedente para no exponerse á pagar dos veces; pero si el cedente consigue disipar este peligro, sea pagando al cesionario ó sea de otro modo, el cedido no tiene derechos propios que oponerle y no puede pretender quedar liberado (4). Para que la cesión produzca novación, es necesario que el cedente declare que libera al deudor cedido de todo vínculo con respecto á dicho cedente. ¿Será lo mismo que el cedido, al aceptar la cesión, declare *que reconoce al cesionario por su acreedor*? Por regla general no lo creemos, porque aun cuando estas palabras revelen el *animus novandi* del cedido, no manifiestan otro tanto por parte del cedente: la voluntad del cual es indispensable para privarlo de un derecho (5). Sin em-

---

(1) Véase el núm. 366.

(2) Turín, 7 de Septiembre de 1877 (*Giur. tor.*, 1877, 665); Cas. Turín, 13 de Abril de 1877 (*ivi*, 406).

(3) Bruxelles, 13 de Mayo de 1870 (*Pasicrisie belge*, 1871, 2, 5), que decide por otra parte sobre efectos diversos á la compensación.

(4) Véase el vol. VI, núms. 153 y sigs.

(5) El reconocimiento de una cesión no envuelve novación. Turín, 13 de Octubre de 1863 (*Giur. tor.*, I, 3). No existe novación, si el deudor delegado se obliga á consi-

bargo, puede ocurrir, que por excepción, se deba responder afirmativamente cuando por otras cláusulas del documento de cesión se vea con claridad que el cedente renunció también á todo derecho con respecto al cedido; las circunstancias particulares son en esta materia decisivas, y merecen la mayor atención del Juez.

Dado, pues, que por una de las indicadas razones, la liberación del cedido con respecto al cedente aparezca como consecuencia necesaria del acto, tendremos novación; la primera obligación quedará extinguida en todo efecto, y no podrá el deudor oponer al nuevo acreedor las excepciones que habría podido oponer al precedente; y por el contrario, opondrá al delegatorio las que le sean personales.

366. En el caso contrario, queda aún por ver cual es la interpretación que debe darse al art. 1278 de nuestro Código civil, que dispone: *el deudor que aceptó la delegación, no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que habría podido oponer al acreedor originario: salvo sin embargo su acción contra éste. Mas, tratándose de excepciones dependientes de la calidad de la persona, el deudor puede oponerlas, si tal calidad subsistiera aun en el tiempo en que ha consentido la delegación.*

Los primeros orígenes de dicha disposición se elevan, puede decirse, al Derecho romano: en que Paulo había precisamente enseñado que el delegado, cuando reconocía al delegatario, *remittere exceptionem videbatur* (1). Generalmente los comen-

derar liberado al delegante, porque falta entonces la liberación del delega.) por la primera obligación. Casale, 15 de Marzo de 1862 (*Giurispr. Casalese*, 188<sup>o</sup>, pág. 170); Cas. Turin, 29 de Mayo de 1863 (*Giur. tor.*, 1868, 553, y *Legge*, 878, ., 928; Turin, 19 de Febrero de 1867 (*Giur. tor.*, 1867, 432; Turin, 30 de Diciembre de 1866 (*ivi*, 108). No constituye novación el pacto por el que el acreedor cedente promete no molestar al deudor, salvo el conseguir el crédito cedido por parte del cesionario, porque no libera al deudor con relación al cedente. Turin, 8 de Enero de 1866 (*Giur. tor.*, 1866, 116). La intervención del deudor en la cesión no cambia la novación. Cas. Florencia, 5 de Febrero de 1889 (*Legge*, 1889, 2, 240). En sentido contrario: la cesión reconocida por el deudor constituye novación. Turin, 26 de Noviembre de 1875 (*Legge*, 1875, 1, 162). El aceptar una cesión salvo computación no realiza novación. Cas. Palermo, 30 de Diciembre de 1897 (*Foro sic.*, 1898, 93<sup>o</sup>). La cesión con pacto de extinguir la deuda del mismo modo no produce novación. Catanzaro, 11 de Julio de 1898 (*Temí calab.*, 1898, 201).

(1) *L. 12, D. de Novationibus, etc.* (XLVI, 2: «Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat; quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit». *L. 19 eod.* «Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est in ceteris similibus exceptionibus. Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est: aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur; et ideo merito deneganda est adversus eum exceptio ex persona debitoris».

tadores y los prácticos estiman esta regla como dictada para la delegación perfecta, ó como de otro modo se dice, novativa; esto no obstante, su rigidez fué atenuada équitativamente por la teoría, según la cual, se excluyen siempre de la prohibición las excepciones *minorennitatis, aut Velleiani Senatusconsulti*; para todas las otras se hizo una distinción. O el delegante era deudor del delegatario al que daba en pago su propio crédito contra el tercer delegado, y en este caso, la prohibición procedía con todo rigor; porque el delegado, decíase, no ha prometido la deuda propia, sino la deuda del delegante. Basta, por lo tanto, que el delegante no haya tenido excepciones que hacer valer contra el delegatario para que tampoco pueda hacerlas valer el delegado, aunque le compitiesen contra el delegante; en esta hipótesis, el delegatario, alcanzando el pago del delegado, *suum recipit*. O á su vez, el delegante no era deudor del delegatario, y la delegación se hacía *donandi animo* y entonces se estimaba que el delegado podía oponer al delegatario las excepciones que le correspondían contra el delegante, debiendo en el conflicto ser preferido quien trataba de evitar una pérdida, á quien quería enriquecerse (1).

367. El Código Napoleón calló: y las cuestiones que surgieron acerca de la posibilidad de proponer las excepciones por parte del cedido contra el cedente, debieron discutirse en los Tribunales con sólo el criterio que ofrecía aquel Código, esto es, de incluir ó de excluir, según los casos, la novación. Pero, no siempre se decidieron de manera uniforme. Sirvan de ejemplo las sentencias referidas por Laurent. Un Notario, vendido el despacho, era acreedor del comprador por 54 000 liras, parte del precio, cuando pensó ceder á un tercero este crédito. El comprador, nótese bien, no sólo aceptó la cesión, sino que reconoció al cesionario como acreedor, obligándose á pagar las 54.000 liras en manos de éste. Algún tiempo después, las rentas del despacho notarial sufrieron por culpa del vendedor una notable rebaja, tanto, que el comprador pidió reducción del precio: es decir, del resto de la deuda de 54.000 liras. El cesionario opuso la novación; en su concepto, el reconocimiento hecho por el comprador al aceptar la cesión extinguió la primera obligación, y la nueva no podía ya disminuirse por las excepciones antiguas. Todo fué inútil. Su defensa fué rechazada por la Corte de Bourges, que excluyó la novación, dando

(1) Molitor, *Obl.*, 1052, 1053; Anton Fabro, *Cod. De obl. et actionib.*, def. I, y lib. 12, Coniectur. 11; Olea, *De cessione*, tit. VI, quest. 11, núm. 36, los cuales opinaban que *cessio facta consenti nte debitore proxima est delegationi, ita eodem iure censeri debet*; contra Canceri, *Var. resolut.*, par. 2, cap. 6, núm. 84. Y para esclarecer estas diversas opiniones, véase Grossi, *Effetti giuridici nell'atto di cessione dell'intervento del debitore* (*Archivio giuridico, etc.*, XV, 502).

paso á la reducción del precio. Y la casación de París aceptó esta sentencia (1).

Todo lo contrario se decidió en caso análogo por la Corte de Nancy y por dicha Casación. Era también el precio del despacho de un Notario que había sido cedido á un banquero. Era también el comprador el que, interviniendo en el acto de la cesión, había aceptado, obligándose personalmente con fianza solidaria é hipotecaria de su madre, á pagar al banquero el precio que le faltaba. Era también la misma excepción de reducción, que el cedido entablaba más tarde, porque el despacho se revendió por un precio inferior. Era, en fin, la misma excepción la que oponía el banquero. ¿Pero, qué? *hab nt sua sidera lites*; esta vez, los derechos del banquero fueron acogidos por la Corte de Nancy, y la Casación rechazó el recurso propuesto contra la sentencia de aquella Corte, proclamando que se había realizado novación, y la imposibilidad de oponer al cesionario banquero las excepciones *ex capitis cedentis* (2). De lo que el mismo Laurent saca en conclusión: *En principe la question n'est pas douteuse: la simple acceptation n'opère pas novation; mais si le débiteur contracte des engagements nouveaux envers le cessionnaire, on rentre dans le texte et dans l'esprit de l'article 1271, 3; il y a un nouvel engagement, donc novation* (3).

368. Para allanar las dificultades, los redactores del Código Albertino creyeron oportuna una distinción legal, y en el artículo 1574 sancionaron el precepto, que después ha sido repetido por el art. 1278 del Código italiano. Por este artículo, el delegado no puede oponer las primitivas excepciones al delegatario, cuando haya aceptado la delegación; sólo quedan excluidas las excepciones dependientes de la calidad de la persona; y esto porque por el párrafo de dicho artículo, el delegado puede oponerlas si tal calidad subsistía aun en el tiempo en que consintió la delegación. Pero, aunque laudable el propósito del legislador sardo y del italiano, no fué suficiente para cortar todas las incertidumbres de la práctica: y la más grave entre todas quedó siendo precisamente la de saber si el art. 1278 se refiere sólo á la delegación novativa ó también á la delegación simple: es decir, en sentido lato cualquier asignación de pago, derivada de mandato ó de una cesión.

Sobre este asunto podemos en el día de hoy enumerar tres opiniones diversas. Existe, ante todo, quien refiere el art. 1278 so-

(1) Rejet, 2 de Octubre de 1847 (*Dallos, réc.*, 1847, 1, 315); Laurent, XVIII, 296.

(2) Nancy, 5 de Marzo de 1873 (*Dallos, réc.*, 1873, 2, 164), y Rejet, 20 de Abril de 1874 (*ivi*, 1874, 1, 343).

(3) *Ob. cit.*, XVII, 297 al final.



lamente á la delegación novativa (1) Hay, en segundo lugar, quien dice todo lo contrario y aplica el art. 1278 á toda delegación incluso la simple ó asignación, como se dice comunmente; y existe por último, quien para aplicarla, exige al menos la novación entre el delegante y el delegatario, que es como decir la *cessio pro soluto* (2).

Nosotros somos de la segunda opinión.

Y valga la verdad. Que no puede seguirse la primera, aparece manifiesto cuando se considera que la disposición del art. 1278 resultaría perfectamente inútil. También por el Código Napoleón, cuando la delegación produce novación, nadie pone en duda que el delegado no tiene facultad de oponer las excepciones del crédito anterior. Desafiamos á negarlo. De manera que, aplicado el criterio á la cesión, si la aceptación del cedido con reconocimiento del nuevo deudor produce novación, las excepciones anteriores no serán oponibles mientras podrían oponerse cuando la aceptación no produjese novación. Pero si los redactores del Código albertino y los del Código italiano que han seguido su ejemplo, se hubieran contentado con esto, no habría habido necesidad de escribir un artículo nuevo: les bastaba con traducir el del Código Napoleón. No queriendo, pues, renegar de la historia, ni dejar en ridículo la obra de los legisladores sardos é italianos, es forzoso convencerse de que, al dictar el nuevo art. 1278, quisieron privar al delegado de la facultad de oponer las excepciones *ex persona delegantis*, aun cuando no hubiese novación, siempre que hubiera aceptado la delegación. Añádese que éste es el concepto más conforme al sentido amplio en que la palabra delegación está usada en el Código; porque en el art. 1271 tenemos la prueba de que la palabra delegación no está limitada por el legislador á la novación, sino que comprende también la simple asignación.

369. Llegados á esta consecuencia, es preciso reconocer por fuerza que el art. 1278 debe aplicarse indistintamente á toda

(1) Casale, 12 de Julio de 1869 (*Temì casalese*, 1869, 275); Turin, 19 de Febrero de 1867 (*Giur. tor.*, 1867, 452); Cas. Turin, 10 de Enero de 1868 (*ivi*, 1868, 97.; Trib. Mes. sina, 51 de Diciembre de 1870 (*Legge*, 1873, 1, 564).

(2) De esta última opinión son los anotadores de la Jurisprudencia de Turin respecto á la sentencia de la Corte de Apelación de dicha ciudad, de 18 de Septiembre de 1871 (*Giur. tor.*, 1871, 24): nota muy importante, donde se citan muchas sentencias favorables á dicha opinión. Pero no faltan otras decisiones que aplican el artículo 1278 á cualquier especie de delegación aunque sea simple. En este sentido, véanse: Turin, 24 de Marzo de 1877 (*Giur. tor.*, 1877, 429.; Turin, 13 de Octubre de 1863 (*ivi*, I, 3.; Cas. Roma, 9 de Febrero de 1881 (*Legge*, 1881, 1, 325); Ancona, 5 de Junio de 1880 (*Gazz. proc.*, XVI, 88; Turin, 19 de Febrero de 1870 (*Giur. tor.*, 1870, 151); Nápoles, 28 de Abril de 1871 (*Annali*, 1870, 2, 262, seguida de nota en sentido contrario).

especie de delegación ó asignación, sea simple, sea con novación.

Las pretendidas limitaciones de las escuelas contrarias no encuentran fundamento, ni en la letra ni en el espíritu de la ley. No lo encuentran en la letra porque es genérica y comprensiva de toda especie de mandato para pagar. No lo encuentran en el espíritu porque la verdadera razón de prohibirse al delegado, que acepta la delegación, oponer al delegatario las excepciones que habría podido oponer al delegante, está en la buena fe: la cual no consiente al delegado ser solapado y declarar que acepta una deuda que sabe no está obligado á pagar. Siguiendo en esta línea de ideas, podría sólo reservarse el caso de la ignorancia excusable; pero en esta hipótesis, si bien la reserva es admisible con relación al art. 1278, debe tener mucho peso la distinción que se hacía antiguamente entre delegatario *qui suum recipit*, y delegatario que recibe á título gratuito (1).

En el asunto más especial de la cesión, tenemos para confirmar nuestra conclusión el art. 1291 que prohíbe al deudor, cuando haya aceptado la cesión sin reserva, oponer al cesionario la compensación por créditos anteriores. Tenemos las máximas ya indicadas por nosotros y sacadas de las antiguas teorías doctrinales, por las que no puede nunca ser lícito al cedido hacer valer excepciones *ex persona cedentis*, cuando acepta la cesión sin reservárselas (2).

El conjunto de estas consideraciones nos hace volver al principio del que hemos partido; y demuestra que la pérdida del derecho de oponer al delegatario y cesionario las excepciones ya oponibles al cedente ó delegante no es criterio suficiente del *animus novandi*. Tal criterio se encuentra á su vez en la liberación deseada del delegado ó cedido con respecto al cedente ó delegante (3).

370. Por lo demás, cuando el *animus novandi* quede excluido, el acto se regulará por las normas propias de la cesión, ó del pago con subrogación ó del mandato de pago, llamado vulgarmente asignación y también delegación simple. No volvemos sobre los dos primeros, de los que ya hemos hablado; indicaremos que la asignación, llamada también delegación simple, y re-

(1) Véase los núms. 353, 354; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV.<sup>a</sup> ed.), vol. IV, nota Venzi *ii*, en que combate la opinión expresada por el autor en el texto núm. 135, y cita en este sentido Brugi, en el *Dig. it.*, voz: *Delegazione*, 38; Cas. Turín, 12 de Febrero de 1886 (*Giur. it.*, 1886, I, 1, 540; Roma, 15 de Junio de 1892 (*Tem. rom.*, 1892, 344); Génova, 22 de Marzo de 1895 (*Tem. gen.*, 1895, 211).

(2) Véase el vol. VI, núm. 149.

(3) Turín, 24 de Marzo de 1877 (*Giur. tor.*, XIV, 429).

cordada en el art 12<sup>o</sup>3, presenta en las relaciones entre asignante y asignado todos los caracteres del mandato, sin excluir la revocación *ad nutum* del asignante; salvo que el asignado hubiese intervenido también en el acto en interés propio (1), ó se hubiese adherido también á la adjudicación el acreedor á cuyo favor se hizo, y cuyo consentimiento no es necesario por regla general. Es digno de notarse que antiguamente se reputaba que el notario tenía facultad de aceptar por los acreedores ausentes (2).

## § 2.

### *Novación subjetiva por la intervención de un nuevo deudor.*

#### I

371. SUBROGACIÓN DEL DEUDOR. (*Espromissione*).— Es canon antiquísimo de doctrina que la sustitución de un deudor nuevo puede ocurrir de dos maneras:

por *subrogación* (*espromissione*), cuando un tercero se presenta espontáneamente al acreedor para liberar al antiguo deudor, poniéndose en lugar del mismo (3);

por *delegación*, cuando el primer deudor (*delegante*) es sustituido por otro deudor (*delegado*) con respecto al acreedor (*delegatario*) que lo acepta, quedando liberado el delegante (4).

Esta segunda figura es una de las diferentes especies de delegación indicadas en el párrafo anterior; y es precisamente el reverso de la que se verifica *mutato creditore*. Entonces suponíamos que Juan, acreedor de Francisco y deudor de José, había ordenado á Francisco que pagase á José; y mirando el asunto desde el punto de vista de Francisco, veíamos en dicha figura jurídica una delegación por parte del acreedor. Ahora miramos

(1) Laurent, XVII, 294 que cita Rouen, 11 de Marzo de 1815 Dalloz, *Rég. Obl.*, 2499; Baudry-Lacantinerie, XIV, 1715 y sig.; Turin, 19 de Diciembre de 1870 (*Giur. tor.*, 1871, 151), Casale, 16 de Enero de 1869 (*ivi*, 1869, 142); Brescia, 4 de Diciembre de 1876 (*Legge*, 1877, 1, 237); Cas. Roma, 13 de Noviembre de 1879 (*Annali*, 1880, 1, 1, 4); Boloña, 25 de Marzo de 1904 (*Sinessi*, Sec. 2, frasc. 298, pág. 68 y *Foro it.*, 1905, 1, 945). La delegación aceptada por el delegado es válida también si el delegante es declarado en quiebra, y por resulta capaz antes de la aceptación del delegatario.

(2) Romussi, *De solutionib.* quaest. 37; Cas. Nápoles, 4 de Marzo de 1875 (*Annali*, IX, 2, 377 y nota).

(3) *L.* 8, § 5, *D. de novat. et delegant.* (XLV, 2); *L.* 23, *Cod. de pactis* (II, 3); artículo 1270, *Cód. civ. it.*; 1274, *Cód. Nap.*

(4) *LL.* 11, 17, *D. de novat. et delegat.* (XLVI, 2); *LL.* 1 y 6, *Cod. eod.* (VIII, 43); artículo 1271, *Cód. civ. it.*; 1275, *Cód. Nap.*

el mismo hecho desde el punto de vista de Juan y vemos en él la delegación del deudor.

372. Lo que existe de notable en la subrogación del deudor, para comenzar por aquí, es que no requiere el consentimiento del deudor: *Liberat autem me*, decía Ulpiano (1), *qui quod debeo promittit, etiam si nolim*; y nuestro legislador: *la novación que se hace al sustituir un nuevo deudor, puede efectuarse sin el consentimiento del primero* (2). Parecerá extraña esta regla pensando que *res inter alios acta, aliis nec prodest, nec nocet*; pero la extrañeza desaparece fácilmente al reflexionar que la novación no es más que un contrato liberatorio equivalente al pago. Ahora bien, en materia de pago, como más generalmente en todos los contratos liberatorios, á diferencia de los obligatorios, el axioma jurídico *res inter alios acta*, no halla aplicación. *Solutio in pro nobis accipiendo, et invito, et ignorantibus liberari possumus* (3); y nosotros hemos empleado muchas páginas en la demostración de la eficacia del pago hecho por el extraño (4).

Rigurosamente, por lo tanto, la subrogación del deudor, no es un acuerdo entre acreedor y deudor, sino más bien un acuerdo liberatorio entre el acreedor y un tercero; y lógicamente debería encontrar su puesto entre los modos de extinguir las obligaciones que en el orden seguido por nosotros quedan reservados á la tercera parte de este libro. Mas, la subrogación del deudor está tan estrechamente enlazada con la delegación, que habría sido peligroso separar su estudio sólo por escrúpulo de método.

En efecto, bajo cualquier otro respecto la subrogación del deudor se halla regida por las mismas reglas de la delegación perfecta, ó de la novación en general. Necesaria la obligación precedente, sin cuya subsistencia y validez faltaría la base de la subrogación y no tendría eficacia, ó se convertiría en una donación si el que se subroga hubiese conocido la nulidad de la obligación precedente, y esto no obstante se hubiese obligado (5). Pero de estos ejemplos no contienen trazas las páginas de la jurisprudencia. Necesaria la segunda obligación, válida y eficaz: por que está en esto la causa de la liberación del deudor; salvo igualmente el caso extrañísimo de que el primer acreedor tuviese la

(1) *L. 8, § 5 al final D. de novationibus* (XLVI, 2; y *L. 91, D. de solutionibus* (XLVI, 3): «Immo debitorem tuum etiam praesentem, etiam invitum, liberare ita poteris, supponendo, a quo debitum novandi causa stipuleris» y *L. 31 cod.*

(2) Arts. 1270, Cód. civ. it.; 1278, Cód. Nap.

(3) *L. 23, D. de solutionibus*. (XLVI, 3).

(4) Véase núm. 120 y sigs.

(5) Véase Bertolini (*Mon. trib.*, XXXI, 121); Cas. Florencia, 25 de Marzo de 1889 (*Legge*, 1889, 2, 296).

tonta pretensión de realizar una liberalidad enmascarada. Necesaria por las mismas razones la capacidad del acreedor para conceder la liberación y la del que se subroga para obligarse. Necesario, por último, sino el consentimiento del deudor, el del acreedor y del que se subroga: éste que es el actor principal, debe declarar que quiere obligarse en lugar y vez del deudor: aquél debe manifestar el *animus novandi*, consintiendo en la liberación del deudor. Porque si este ánimo faltase, no se tendría ya una *expromissio*, por decirlo latinamente, sino una *adpromissio*, ó una fianza: esto es, no una estipulación novativa, sino la adición de un deudor nuevo al antiguo (1).

373. Pero, ¿cómo reconoceremos el *animus novandi*? ¿Serán necesarias al efecto expresiones rigurosas? No; sirve aquí también la regla precedente, sancionada por el art. 1269. La novación no se presume, y debe resultar claramente de lo que han hecho las partes; pero la ley no requiere que la voluntad se declare de un modo explícito; y cuando los Tribunales reconocen, como hemos dicho poco antes, que entre el hecho de las partes y la voluntad de mantener la obligación primitiva hay contradicción absoluta, la novación tácita es una consecuencia necesaria de dicho juicio (2); Demolombe nos enseña que si el primer deudor se constituyera fiador del que se subroga esto bastaría para la novación; porque la obligación del fiador no se concilia con la del deudor principal (3). Y aunque á decir verdad se pueda dudar un poco de ello, y creer que, existiendo la adición de un nuevo deudor, convendría mejor hablar de *adpromissio* (4), sin embargo, no insistimos por ser discusión académica y nominal, dado que sobre los efectos no cabe duda.

374. Por lo demás, tratándose de *quæstio facti*, no puede causar maravilla el encontrar aparentes contradicciones en la jurisprudencia. Basta leer, á falta de decisiones italianas sobre el asunto, las que en diferente sentido ha recogido Laurent en la jurisprudencia extranjera. Estamos en materia de venta: una sociedad en comandita compra inmuebles por 700.000 liras. Intervienen dos socios en el contrato y se obligan personalmente á pagar al vendedor el precio y los intereses. Pero las palabras son una cosa y otra los hechos: los dos socios no pagan y el vendedor se vuelve

(1) Pothier, *Obl.*, 583; Delvincourt, II, pág. 567; Toullier, IV, 273; Duranton, XII, 308; Demolombe, V, 301, 302; Aubry et Rau, § 324; nota 38; Bolivia, 7 de Junio de 1884 (*Annali*, 1884, 2, 404); Cas. Turín, 18 de Mayo de 1889 (*Legge*, 1889, 2, 273); Cas. Palermo, 5 de Julio de 1898 (*Circ. giur.*, 1:98, 265).

(2) Laurent, XVIII, 310.

(3) Demolombe, V, 307.

(4) Aubry et Rau, § 324, nota 38.

contra la sociedad la cual excepciona la novación ocurrida por efecto de la subrogación, pretendiendo así quedar liberada. La Corte de apelación y la Casación de París rechazan la excepción de la sociedad y excluyen la novación; observando que en el documento faltaba cualquier indicio de haber querido liberar á la sociedad por efecto de la obligación asumida por los socios (1).

Otra vez se trataba también de una deuda social que algunos socios procuraban extinguir dejando al acreedor letras de cambio con su firma personal. Protestadas sin resultado las letras, el acreedor se volvió contra los otros socios que no las habían suscrito, y frente á la oposición de estos, nació también aquí la cuestión de la novación; y también ésta vez se rechazó la novación por las mismas razones del caso anterior (2).

Pero he aquí pronto el reverso: disuelta otra sociedad y asumidas por uno de los socios las obligaciones sociales, la Corte de Aix encuentra en la promesa del socio la subrogación del deudor, declara novada la obligación y liberada á la sociedad; y la Casación confirma la sentencia (3). No basta; en materia de cuentas corrientes continuadas con una nueva sociedad, que toma el sitio de una sociedad anterior en liquidación, son notabilísimas las contradicciones de la jurisprudencia. Bien es verdad que la cuestión se complica por la novación objetiva, que también interviene en semejantes casos; pero dejándola aparte por ahora, limitándonos á la subrogación, vemos á la Corte de París admitir la novación. Casada su decisión por el Supremo, la Corte de Ruan, obedeciendo á la contestación de la Casación de París, va en sentido contrario. Y todo esto mientras en Bélgica la Corte de apelación y la Casación de Bruselas reconocen en casos análogos la novación (4).

Y para terminar, ¿cuantas cuestiones han surgido sobre las rentas perpetuas garantidas por hipoteca, cuando el comprador del inmueble hipotecado se obliga á pagar sus atrasos? ¿Cuán diversas decisiones se han visto sobre el asunto reconociendo ó negando la subrogación del deudor? La Corte de Bruselas ha determinado muy bien, dice Laurent (5), que no hay novación; no hay, en efecto, *expromissio*, si no más bien *adpromissio*, porque un

1) Rejet, 28 de Febrero de 1855 (*Dallos*, 1855, 439).

(2) *Dallos*, *Rép. Obligations*, 2482, 1; Laurent, XVIII, 305.

(3) Rejet, *Chambre civile*, 8 de Marzo de 1853 (*Dallos*, 1854, 5, 510).

(4) París, 5 de Enero de 1835 y Rouen, 10 de Junio de 1835 (*Dallos*, *Rép. Oblig.*, 2452, 3); Rejet, 29 de Julio de 1841 (*Pasicris. franc.* 1842, I, 15).

(5) *Ob. cit.*, XVIII, 307; Bruxelles, 18 de Octubre de 1819 (*Pasicris. Belge*, 1819, página 461).

deudor nuevo se añade al antiguo, no existiendo ni palabra de novación ni hecho que produzca lógicamente la liberación del deudor precedente. Buenas y justas razones, decimos nosotros, las cuales por otra parte no impiden que otras veces deba decirse de otro modo, cuando la voluntad de liberar al primer deudor resulte cierta, aunque de manera tácita, por el acto (1).

Si, por lo tanto, la subrogación del deudor es la más simple de todas las figuras de la novación, porque no requiere el consentimiento del deudor, no por ello ofrece menores dificultades que las otras el averiguar en el hecho la existencia del *animus novandi*, por parte del que se subroga; y sobre todo del acreedor, que, novando, renuncia á la primitiva obligación.

375. Asegurada la existencia del *animus novandi* del acreedor y del tercero, la novación queda hecha; la liberación del primer deudor es un derecho adquirido, del que puede aprovecharse, sin necesidad de aceptarlo, y sin temor de verse despojado de él por la voluntad contraria del primer acreedor y del que se subroga. No cabe duda de que éste solo ó solo el acreedor, desconociéndolo el otro contratante, no podrían destruir el acuerdo. Tampoco el *contrarius consensus* del uno y del otro puede quitar al deudor el beneficio de la liberación ya conseguida, siempre que se trate de una estipulación en favor de un tercero. La razón estriba en que *obligatio semel extincta non reviviscit*; y el artículo 1270, diciendo claramente que la subrogación puede efectuarse sin intervención del primer deudor, hace comprender bien que la liberación se verifica como efecto necesario del acuerdo ya efectuado *inter alios* (2).

Pero esta subrogación no es el terreno más fértil para las aplicaciones prácticas, ni, por lo tanto, el más necesitado de estudio. Si quitamos los pocos casos del pariente, del amigo, del interesado, nadie piensa en ofrecer espontáneamente el pago de la deuda ajena; la adquisición de semejante deuda vese más bien y ordinariamente como efecto de delegación.

## II

376. DELEGACIÓN.—La delegación, en el sentido en que la tomamos ahora, esto es, en el riguroso y estrechísimo de adjudicación novativa, no es otra cosa que un encargo hecho por el deudor á un tercero de pagar en su lugar al acreedor lo que se le

(1) Véase Dalloz, *Rép. Oblig.*, 2455.

(2) Demolombe, V, 304.

debe; encargo al que sigue la liberación del deudor frente á su acreedor. Esto no puede obtenerse más que reuniendo el consentimiento del delegante, del delegado y del delegatario.

La diferencia sustancial que se encuentra entre la subrogación del deudor y la delegación, es, pues, no sólo la intervención, sino la iniciativa del deudor, del cual debe partir el encargo dado al tercero de pagar por él. Hasta el presente siglo se estimaba que tal encargo tenía índole de un mandato (1); pero los recientes estudios alemanes lo ponen en duda, creyendo que se trata más bien de un *iussus*, es decir, de un acto unilateral de voluntad, que no deja paso á la *actio mandati contraria*. Será ciertísimo, respondemos nosotros; pero no vemos la importancia de esta sutil observación en el tema que examinamos; porque, cuando se estudia la novación, no se miran las relaciones anteriores al acto liberatorio, sino solamente el acto extintivo de la obligación precedente. Las relaciones, pues, entre delegado y delegante no entran en este tema; y es precisamente de la naturaleza de las mismas de lo que depende el saber si el delegado está ó no está obligado á aceptar la delegación, y qué derechos nacen en su favor contra el delegante. Baste decir que el encargo de pagar debe ser hecho por el deudor, el cual, por esto precisamente, se llama delegante. La forma exterior como se manifiesta la voluntad del deudor no está regulada por ninguna ley; puede, pues, hacerse *nulla adhibita iuris sollemnitate et etiam nutu*, siempre que el tercero la acepte y la cumpla.

Por la indicada razón ocurre precisamente que no se requiere para la validez de la delegación una relación anterior de obligación entre delegante y delegado; sólo es necesario que el delegante sea deudor del delegatario. Generalmente el delegante suele ser á su vez acreedor del delegado; pero también podría no serlo, y la delegación, cuando fuese aceptada, no por esto sería menos válida y eficaz.

377. Acerca de la forma de la aceptación, ninguna regla mejor que esta; que debe consistir en asumir la obligación que el delegado hace de pagar al delegatario, manifestada de cualquier manera; aunque sea tácitamente. La delegación, dice el legislador en el citado art. 1271, por la que un deudor asigna al acreedor otro deudor, *el cual se obliga con respecto al acreedor, etc.*; pero nada añade luego sobre la manera de asumir tal obligación. De modo que la manifestación puede ser hecha libremente

---

(1) «Mandati forma, eius scilicet, quo delegato iubet delegans, ut nomen exsolvendum delegatario promittat». Mühlénbruch, *Doctrina pandectarum*, § 476.



de manera expresa ó tácita (1). Alguien ha pretendido (2), que el delegado debe aceptar en forma auténtica, á fin de que el delegatario se convierta por decirlo así, en dueño del crédito con respecto á terceros; precisamente como en materia de cesión. Pero esto es una equivocación que depende en absoluto de aplicar á la delegación una disposición de derecho singular, escrita en el artículo 1539 para la cesión, y no repetida para la delegación. Habría sido oportuno quizás, que el legislador, en interés de los demás acreedores del delegado ó del cesionario, hubiese rodeado la delegación de algunas formalidades encaminadas á hacer cierta su fecha, cuando el delegado fuera deudor del delegante. No lo ha hecho; queda pues á los terceros sólo el derecho de obrar por fraude ó por simulación (3). No puede decirse lo mismo respecto al consentimiento del delegatario. Indispensable para la perfección del acto, no menos que el del delegante ó del delegatario, requiere además, para ser eficaz, la manifestación *expresa* por parte de este último de la voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación. Esto dispone el legislador en el citado artículo 1271, y esto enseñan de acuerdo los escritores y la jurisprudencia francesa (4). Aun cuando por la regla general escrita en el precedente art. 1269, el legislador se ha contentado con que la novación resulte del acto de manera tácita, siempre que fuese clara; en materia especial de la delegación *interventu novae personae debitoris* ha estimado, dicen los escritores, que no podía prescindirse sin peligro de la manifestación expresa. Por esto ha requerido la declaración *explicita* del delegatario de liberar al deudor delegante; mientras que para todas las otras partes, la manifestación de la voluntad puede ser también tácita y queda abandonada á la regla general. Consienten únicamente dichos escritores en que no es indispensable la palabra *liberación ó novación*; sino que pueden hacer sus veces expresiones equivalentes.

Aceptamos también nosotros esta última proposición, pero por otra parte, tenemos una grave duda sobre la otra; porque no llegamos á comprender que el legislador pueda dar un puntapié á la lógica, y desconocer lo que por ley indeclinable de raciocinio resulta del principio de contradicción. Supongamos, por ejem-

(1) Aubry et Rau, § 324, nota 41 y decisiones allí citadas; Demolombe, V, 312; Laurent, XVIII, 314; Larombière, 1275, 2 y 3; Cas. Florencia, 9 de Junio 1882 (*Legge*, 1882, 2, 152); Casale, 12 de Abril de 1881 (*Giur. cas.*, 1881, 139).

(2) Toullier, IV, 88; Larombière, 1276, 4.

(3) Demolombe, V, 329; Laurent, XVIII, 316; Cas. Turin, 8 de Agosto de 1901 (*Foro it.*, 1901, 1, 482).

(4) Véase Aubry et Rau, § 324, nota 42; Toullier, IV, 290; Delvincourt, II, pág. 569; Duranton, XII, 309; Massé et Vergé sur Zachariae, § 566, nota 10; Larombière, 1275, 6; Demolombe, V, 313; Laurent, XVIII, 315. Contra Colmet de Santerre, V, 223 bis, IV.

plo, que el delegatario, sin decir una sílaba sobre la liberación del delegante, al aceptar la promesa del delegado, restituya al delegante, su primer deudor originario, el documento privado, en que se hacía constar la deuda; ¿nos obstinaremos en negar la liberación de éste, y por esto mismo la novación? No nos parece racional, porque por no decir más, el legislador se encontraría también en contradicción consigo mismo: pues ha hecho de la restitución del documento privado original una presunción legal de remisión (1). Creemos, pues, no estar lejos de la verdad tachando de exagerada la doctrina en boga, y acercándonos á la opinión de Colmet de Santerre, el cual no ve en el art. 1271 (1275 del Cód. Nap.), más que la repetición manifestada con otras palabras de la regla general sancionada poco antes en el art. 1269 (1273 del Cód. Nap.). El legislador ha querido únicamente que la voluntad de liberar al delegante no sea equívoca por parte del delegatario, sino cierta, y por decirlo así, visible (2). Sostener lo que por algunos se enseña para seguir la corriente, es hacer decir al legislador una cosa no racional: y pegarse demasiado á la corteza de las palabras, olvidando que *scire leges, non est verba earum tenere, sed vim, atque potestatem* (3).

Por lo demás, la necesidad de la intervención del delegatario y de su consentimiento está requerida por el interés primordial que éste tiene en la delegación, tratándose para él de renunciar á un crédito: y demuestra el error de aquellos pocos escritores que inculpan al moderno derecho francés é italiano del grave pecado de no reconocer la figura jurídica de la cesión de las deudas (4). Además de que el comercio no ha sentido nunca su necesidad (5), basta pensar que la cesión de los créditos se concibe,

(1) Arts. 1279, Cód. civ. it.; 1282, Cód. Náp. Véase el núm. 212.

(2) Cas. Roma, 21 de Abril de 1881 (*Legge*, 1881, 2, 355); que justamente decidió que no era argumento cierto de aceptación de la delegación el haber el delegatario recibido un pago del delegado. Turin, 19 de Diciembre de 1870 (*Giur. tor.*, 1871, 151; *Legge*, 1871, I, 420); delegándose por el deudor, dice esta sentencia, una renta censal, no hay novación, si el acreedor no lo consiente, aunque haya cobrado algunas anualidades de la renta del delegado. Cas. Turin, 2 de Abril de 1869 (*Legge*, 1869, I, 520); la firma de otra persona en garantía no es delegación. Véase también Cas. Nápoles, 12 de Enero de 1888 (*Legge*, 1888, 2, 120); y 24 de Julio de 1888 (*Foro*, 1889, I, 265 con nuestra nota). *Contra* Pacifici Mazzoni, *ob. cit.* (IV.<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 134 y nota Venzi *kk*; que cita Cas. Turin, 20 de Enero de 1891 (*Giur. it.*, 1891, I, 1, 350); Roma, 15 de Junio de 1892 (*Temi rom.*, 1892, 344; Nápoles, 15 de Marzo de 1893 (*Mon. giur.*, 1893, 23<sup>1</sup>); Cas. Palermo, 15 de Junio de 1898 (*Foro sic.*, 1898, 500); ídem 18 de Octubre de 1899 (*Legge*, 1900, I, 15); Cas. Nápoles, 6 de Diciembre de 1898 (*Giur. it.*, 1899, I, I, 87); ídem 4 de Mayo de 1901 (*Gazz. proc.* 1901, 267).

(3) *L. 17, D. de legibus* (I, 3).

(4) Gide, *Du caractère de la novation en droit romain*, pág. 40; Demolombe, V, 314.

(5) Véase el vol. VI, núm. 47 y sigs.

sea porque puede hacerse entre dos sin el consentimiento del deudor, sea porque no produce liberación del cedente. Pero la delegación, ó la adjudicación que se quiera indicar de la deuda, si se hace sin novación equivale en todo y por todo á la cesión, y no requiere el concurso del delegatario, el cual no sólo conserva todos los antiguos derechos, sino que gana un deudor más. Por el contrario, si la delegación ó la adjudicación es novativa: ¿cómo concebir la liberación del delegante sin la anuencia del delegatario? No tenemos, pues, nada que envidiar á las legislaciones que reconocen la cesión de las deudas; quitando una sutileza de palabras, en la práctica y en teoría hemos heredado de la sabiduría romana la institución jurídica que corresponde á dicha necesidad. La adjudicación simple ó delegación imperfecta equivale á la cesión de la deuda.

378. Queda aún un punto digno de observación. El delegante, que encargó al delegado el pago, ¿debe luego aceptar la liberación del delegatario, su acreedor? No parece dudosa la afirmativa, siempre que se entienda que basta la aceptación manifestada de cualquier modo y también presunta. Se trata en verdad de aceptar un beneficio.

379. Reunidos los tres consentimientos, la delegación es perfecta (1); sin que sea necesaria al efecto la manifestación contemporánea de las tres voluntades (2). De ordinario, la delegación ó adjudicación del deudor comienza por la orden que el delegante da á su deudor de pagar á un tercero acreedor suyo; á diferencia de la cesión, que suele á su vez tener por principio un trato entre el cedente y el cesionario. Mientras falte el consentimiento del delegatario, la adjudicación puede ser revocada por acuerdo del delegante y del delegado; y no hay que creer á la Corte de Montpellier, justamente criticada por Laurent, cuando enseña que la muerte de una de las partes interesadas, antes de la reunión completa de las voluntades, no impide la perfección del acto (3).

380 Hemos hablado así del requisito más interesante de la delegación: esto es, del consentimiento. Nada diremos de la capacidad que se requiere de los contratantes. Se comprende que el delegado debe ser capaz de obligarse por contrato; y cuando le falte esta capacidad, podrá hacer anular su obligación, siempre que

---

(1) Génova, 8 de Mayo de 1880 (*Eco genovese*, 1881, 1, 49); Cas. Palermo, 10 de Febrero de 1898 (*Foro sic.*, 1898, 201); Cas. Nápoles, 14 de Febrero de 1898 (*Gazz. proc.*, 1898, 376); Cas. Turin, 27 de Julio de 1905 (*Giur. tor.*, 1905, 1454).

(2) Cas. Turin, 12 de Febrero de 1868 (*Giur. tor.*, 1868, 288); y 21 de Noviembre de 1877 (*ivi*, 1878, 408).

(3) Laurent, XVIII, 314; y Montpellier, 3 de Mayo de 1841 (Daloz, *Rép. Effets de commerce*, 856).

haya aceptado la delegación: porque el art. 1278 reserva al delegado las excepciones dependientes de la calidad de la persona. El delegante y el delegatario deben ser capaces de enajenar, supuesto que el delegante sea acreedor del legatario. Si no lo fuese, resultaría entonces necesaria la capacidad especial requerida por la índole de las relaciones jurídicas existentes entre el delegante y el delegatario.

Evidente la necesidad de una obligación anterior entre el delegante y el delegatario, que es precisamente la que queda extinguida y sustituida por la obligación nueva entre el delegado y el delegatario. Inducidos por este fenómeno jurídico, algunos escritores igualan la delegación á la *datio in solutum* de un crédito. Pero es un error, porque si fuese cierto, el delegante debería ser siempre acreedor del delegado, y nosotros hemos visto poco más arriba que esto no es necesario. Supóngase dos coherederos, que en el documento de división estipulen la adjudicación de todas las deudas hereditarias á uno solo de ellos, en compensación del mayor valor de los bienes que se le asignan; é imagínese para completar el ejemplo, que los acreedores adjudicatarios intervengan ó acepten la adjudicación. He aquí á buena cuenta una delegación perfectísima: en que el acreedor delega e no es acreedor del delegado en ningún concepto, y en que por lo tanto, no se concibe la *datio in solutum*, de una deuda que no existe.

Cuando exista verdaderamente una deuda del delegado para con el delegante, entonces más bien que *datio in solutum*, sería mejor decir *cessio in soluto* ó *pro soluto*, si el acto se acompaña con la liberación del delegante: *cessio pro solvendo*, si no está acompañada de esta liberación. La primera respondería á la delegación perfecta, la segunda á la delegación imperfecta; pero entre la delegación y la cesión de una y otra manera, existe esta diferencia muy perceptible: que la delegación, como hemos dicho hace poco, comienza por una orden del delegante al delegado: la cesión á su vez por un acuerdo entre el delegante, llamado entonces cedente, y el delegatario ó cesionario. Diferencia que hace que en la primera no sea necesaria la aceptación en forma auténtica, siempre indispensable para la segunda. Cuando el delegante creyese ser deudor del delegatario, pero en realidad no lo fuese, habrían de tenerse presente las observaciones hechas poco antes (1).

381. Por último, para la validez de la delegación se requiere la segunda obligación; y lo hemos dicho ya, indicando que el delegado debe obligarse con respecto al delegatario. Obligación,

---

(1) Véanse los núms. 353, 354.

por lo demás, que según las observaciones hace poco hechas, puede también ser contemporánea de la primera (1).

382. Hasta aquí nada de nuevo. Pero comienzan pronto las novedades cuando se desciende al examen de las disposiciones dictadas por el Código sobre el asunto de la solvencia del delegado, y de las cuestiones que esto produce. En efecto: al aparecer la insolvencia del deudor delegado, y la delegación aceptada resulte inútil, porque el delegatario no consiga encontrar un sueldo en el bolsillo del delegado, experimentaremos en este caso la necesidad de preguntar ¿cuáles serán en esta hipótesis los derechos del delegado? Responde el art. 1272 (1276 del Cód. Nap.), negando al acreedor que liberó al deudor que hizo la delegación, el regreso contra éste, salvo que *el documento no contenga una reserva expresa, ó el delegado no esté ya en estado de insolvencia ó de quiebra en el momento de la delegación*. De donde la regla es la falta de regreso del acreedor delegatario; pero sufre limitación: *a)* por voluntad *expresa* del delegatario, que hizo reserva explícita; *b)* por voluntad *presunta* del mismo delegatario, el cual verosimilmente no habría liberado al delegante ó habría hecho reserva, si hubiese conocido la insolvencia ó la quiebra del nuevo deudor, que él aceptaba.

Pocas palabras sobre la regla, siendo manifiesta su rigurosa justicia: porque la novación extingue la primera deuda, y libera al delegante de todo vínculo con respecto al delegatario.

Y no menos manifiesta aparece su equidad, ya que el delegatario que se fió del delegado, debe culparse á sí mismo de haber aceptado el riesgo de la insolvencia de éste: *nomen eius secutus est* (2).

La primera limitación concerniente á la reserva explícita del regreso no requiere por nuestra parte ninguna otra declaración más que advertir la obligación del acreedor delegatario de hacer todo lo posible para la exacción; de ejercitar todos los remedios jurídicos convenientes y oportunos para obligar al delegado á que pague (3). En nuestra opinión, deben aplicarse aquí por analogía las reglas expuestas en materia de cesión, acompañada de garantía (4).

Sobre la segunda limitación, ¿quién no admitiría, aunque no estuviese escrita en la ley, una reserva presunta del delegatario si encontrase al delegado ya insolvente, nótese bien, cuando liberó al delegante? Lo liberó precisamente porque creyó encon-

(1) Véase el núm. 356.

(2) Pothier, *Obl.*, 604; Demolombe, V, 315.

(3) Demolombe, V, 347.

(4) Véase el vol. VI, núm. 142.

trar un equivalente en la obligación del delegado, y sería necesario que hubiese conocido esta insolvencia y hubiera aceptado la delegación, como suele decirse, por nada (*per un sacco d' ossa*) para que se le pudiera decir *volenti non fit iniuria*. Pero no es esta la marcha natural de las cosas; y por lo tanto, no hizo mal el legislador en sancionar la segunda limitación (1).

383. Nacen graves dificultades sobre el sentido de la palabra *regreso*, estampada en el art. 1272. ¿Puede el delegatario volver á los primeros derechos, como si no se hubiera hecho novación, ó debe contentarse con una acción en garantía, poco más ó menos como el comprador cuando sufre evicción? Si miramos á los orígenes de la disposición, es forzoso conceder al delegatario una mera acción de garantía, porque Pothier, padre del precepto sancionado por el legislador moderno, explicaba el sentido jurídico del regreso concedido al delegatario como una *actio mandati contraria*, que dicho delegatario ejercitaba contra el delegante para ser mantenido indemne (2). Habría mucho que decir sobre este pretendido mandato, cuando en realidad no es el delegatario el que recibe el mandato del delegante, sino más bien el delegado. Sin embargo, los precedentes históricos tienen mucho peso en la interpretación de las leyes, y nosotros no nos maravillamos si, en virtud de estos precedentes, la doctrina del regreso limitado á la mera acción de garantía reúne el mayor número de sufragios entre los escritores (3).

Pero no faltan los que se oponen, los cuales ven en las reservas explícitas ó tácitas hechas al delegatario la liberación condicional; y faltando la condición, ven renacer la primitiva obligación (4). Para nosotros, en tan encontradas opiniones, nos es forzoso distinguir un poco. Aceptamos sin vacilar la segunda opinión cuando la reserva sea explícita, y de tal naturaleza, que manifieste precisamente la voluntad de hacer una liberación condicional, porque la extinción de la primera obligación no puede ocurrir en tal caso hasta que se haya comprobado la solvencia del delegado. Pero cuando á su vez la reserva explícita no se haya manifestado con tales palabras que hagan indudable la voluntad de sujetar la liberación á la exacción del crédito contra el delegado, ó se trate de reserva tácita, en este caso la obligación

(1) Pothier, *Obl.*, 604; Locré, *Legisl. civile*, XII, pág. 481; Duranton, XII, 325; Demolombe, V, 321; Laurent, XVIII, 320; Aubry et Rau, § 324, 49.

(2) Pothier, *Obl.*, 404, que en el mismo sentido cita á Cuiacio, *Ad leg. 26, § 2, mand. ad lib.* 33 *Paul. ad Edictum*.

(3) Duranton, XII, 327, 328; Marcadé, 1276, I; Aubry et Rau, § 324, nota 51; Larombière, 1276, 2; Demolombe, V, 323.

(4) Colmet de Santerre, V, 224 bis, II; Laurent, XVIII, 320.

primitiva está, en nuestra opinión, extinguida definitivamente, y no puede resurgir ya.

384. Acordémonos de lo dicho sobre la evicción de la cosa dada *in solutum*; ¿no confirma directamente lo que decimos ahora? En efecto, la delegación de que ahora hablamos tiene por lo menos estrechísima analogía con la *datio in solutum*, si es que no quiere considerarse directamente como la *datio in solutum* de un *nomem iuris*. Ahora bien: puede ocurrir, dijimos entonces, que la cosa dada *in solutum* no haya sido nunca del deudor, y en este caso la evicción hará resurgir el crédito, que verdaderamente no murió nunca, porque no hubo pago válido. Pero si la evicción ocurre por cualquier otra causa, el pago extinguió irrevocablemente la obligación y no puede haber más que una acción de garantía. Dígase lo mismo, pues, en el tema actual; y como la insolvencia del delegado, sea por concurso, sea por quiebra, no hace desaparecer el crédito dado *in solutum*, sino que únicamente lo convierte en menos bueno; por ello es preciso decir que la liberación concedida por el delegatario fué definitiva, eficaz y duradera. Conténtese éste con una acción de garantía para indemnización de perjuicios. Dicha acción naturalmente no diferirá de la primitiva mientras no esté por medio el interés de los terceros, ó no se haya realizado la cancelación de las hipotecas.

385. A muy diferente consecuencia se llegaría cuando la obligación asumida por el delegado no fuese válida: por ejemplo, porque éste fuese incapaz de obligarse. No existiría entonces el *nomen verum*, que pudiera servir de fundamento á la *datio in solutum*, y la primitiva obligación no quedaría extinguida por una novación imposible.

Si el delegatario conocía la insolvencia ó la quiebra del delegado, y esto no obstante, aceptó la delegación, peor para él, que debe acusarse á sí mismo. Y hasta aquí va bien; mas los escritores pretenden que debe decirse lo mismo cuando el delegante lo hubiese sabido y lo hubiera ocultado al delegatario (1). Con permiso de tantos ilustres autores, somos de parecer opuesto en absoluto. Saber que un deudor está en quiebra ó es insolvente; tener oculta esta noticia y asignar en pago á un pobre acreedor para hacerse liberar, dicho crédito incobrable, no es por cierto un proceder honrado. Y si el art. 1272 no prohíbe tal especie de fraude, y si la ley no fué cauta en conceder un remedio á propósito, acuden los principios generales del derecho, según los cua-

---

(1) Maleville sur l'art. 1276; Merlin, *Rép. Delegation*, § 2; Duranton, XII, 325; Aubry et Rau, § 324, nota 49; Demolombe, V, 322.

les nadie puede obtener provecho del propio dolo, y todo contrato debe hacerse y ejecutarse de buena fe. ¿Pero no se dice siempre que en el fuero externo se permite alguna insidia censurada por la moral, porque es inevitable en el trato de los negocios venales? Respondemos que aquí se excede en mucho de aquellos términos de tolerancia que son admisibles aun en el mundo comercial, el más amplio de todos; pero en el que, sin embargo, no le es lícito á nadie aprovecharse de los tontos y pagar con moneda fuera de curso. Así lo pensaban los antiguos (1), y nos maravillamos mucho de que una verdad tan clara se haya escapado á los modernos padres de la ciencia.

Nada añadiremos respecto al efecto del error por parte del delegado, el cual creyese tener una deuda con el delegante. Nos remitimos á lo dicho poco más arriba (2).

386. No se podría cerrar este párrafo sobre la delegación novativa sin dar alguna indicación también de la delegación imperfecta ó adjudicación simple, de la cual, si bien no se puede hablar sin destruir el título de novación y su lógica esencia, sin embargo, hay necesidad de comprenderla en el tratado de la novación. Así lo exige el orden del Código, que precisamente trata de la delegación imperfecta en la sección destinada á la novación: así lo quiere la ciencia, porque los signos característicos de la delegación imperfecta sirven para circunscribir el límite de la delegación perfecta y para completar su noción.

Estos signos característicos están puestos de manifiesto por los artículos 1271 y 1273 al principio, del Código civil. Según ellos, la delegación no produce novación, si el acreedor delegatario no declara expresamente que libera al delegante; de donde la simple indicación, hecha por el deudor, de una persona que deba pagar en su lugar, no produce novación. Por esto, así como la *cessio pro soluto* corresponde á la delegación perfecta, la *cessio pro solvendo* responde á la delegación imperfecta, llamada comunmente adjudicación simple. Un vendedor, por ejemplo, que tiene deudas que satisfacer, las adjudica al comprador, y los acreedores aceptan la adjudicación y la obligación que asume el comprador de pagar el precio en manos de aquéllos; pero no por esto liberan al vendedor de la obligación que tenía anteriormente. Los consideran obligados á ambos, adjudicante y adjudicado (3). He aquí la

(1) Voet, XLVI, 2, 13: «Nec cessat hic effectus ex eo, quod debitor delegatus solvendo non sit... nisi delegantis dolo concurrat, qui autem mandati, vel in subsidium actioni doli locum fecisset», arg. L. *eleganter* 7, § *ult. de dolo, etc.*

(2) Véase los núms. 353, 354.

(3) Cas. Turin, 21 de Noviembre de 1877 (*Legge*, 1878, 1, 3); Turin, 9 de Febrero de 1883 (*Giur. tor.*, 1883, 406); Cas. Turin, 26 de Octubre de 1886 (*Legge*, 1886, 1, 157);



adjudicación simple; he aquí un acreedor que en lugar de un deudor solo, tiene dos; he aquí una figura análoga á la *cessio pro solvendo*, excepto en la forma, porque comienza por un mandato que el delegante ó adjudicante da al deudor adjudicado, antes que por un trato entre el deudor cedente y el acreedor cesionario.

Cuando dicha adjudicación sea aceptada por el adjudicatario, impide al adjudicante exigir en su favor (1), impide al deudor adjudicado oponer contra el adjudicatario las excepciones que habría podido oponer al adjudicante. Salvo las que dependen de la calidad de la persona, cuando el defecto subsista aun en el tiempo de la adjudicación, y salvo en ciertos casos, las excepciones ignoradas de buena fe; pero sobre el asunto nos remitimos á las observaciones ya hechas (2).

Por otra parte, aun cuando el adjudicatario no haya intervenido en el acto y no haya aceptado expresamente, está en derecho de dirigir sus demandas contra el deudor adjudicado, aceptando la adjudicación tácitamente y de hecho (3).

En cuanto á las obligaciones del adjudicatario para exigir del adjudicado, y á la facultad del adjudicante de revocar la adjudicación, nos remitimos á lo dicho respecto á la cesión *pro solvendo*, que encuentra aquí exacta aplicación (4).

### § 3.

#### *Novación objetiva.*

#### ARTICULO I.

***Del animus novandi: Primer requisito esencial de la novación objetiva.***

#### I

387. La novación se llama objetiva cuando entre las mismas personas se sustituye una nueva deuda á la antigua (5). De todas las especies de novación, ésta es la más difícil de examinar, porque es de criterios inciertos y fugaces: la más rica en cuestiones sutiles, bien por la naturaleza misma del objeto, bien por las diferencias entre la legislación antigua y la moderna, bien, finalmente, por la variedad de las opiniones y de las sentencias.

---

y 19 de Marzo de 1889 (*Foro*, 1889, 1, 503); y 11 de Julio de 1890 (*Foro Rép.*, 1890, voz *Delegazione*); y 30 de Julio de 1890 (*Foro*, 1890, 1, 1133 con nuestra nota).

(1) Trib. arbitral de Florencia, 20 de Abril de 1875 (*Legge*, 1875, 1, 422 con nota).

(2) Art. 1278, Cód. civ.; véanse los núms. 353, 366.

(3) Demolombe, V, 312; Cas. Nápoles, 20 de Abril de 1869 (*Legge*, 1869, 1, 811).

(4) Véase el vol. VI, núm. 153.

(5) Art. 1267, núm. 1, Cód. civ. it.; 1271, núm. 1, Cód. Nap.

La regla sancionada por el art. 1269, según la cual la novación no se presume, sino que es preciso que resulte claramente del acto la voluntad de efectuarla, suministra la norma principal para averiguar cuándo existe ó no existe novación objetiva. Pero ya sabemos que el art. 1269 no excluye la novación tácita: sólo exige argumentos de inducción no equívoca.

He aquí, por lo tanto, dos formas de novación objetiva, es decir, *expresa y tácita*.

388. Expresa, no requiere palabras rigurosas, sino que se contenta con cualquier frase idónea para manifestar la voluntad del acreedor de liberar de la obligación precedente al deudor, aceptando en su lugar la obligación nueva (1). Merece por otra parte, un momento de consideración la duda de si las partes, manifestando explícitamente la voluntad de novar, pueden efectuar la novación aunque falte un cambio tal de la obligación que sea suficiente por sí para efectuar la novación.

Para responder convenientemente á esta pregunta es preciso dejar sentado antes que la voluntad de las partes no es nunca suficiente para suplir los elementos esenciales de la novación, y como los elementos esenciales de la novación objetiva son ante todo los mismos de la subjetiva, es decir, una obligación precedente y una obligación subsiguiente válidas y eficaces, así como la capacidad de las partes, es evidente que la voluntad no suple la falta de uno de estos requisitos. Lo decidió magistralmente la Casación subalpina, al estimar que la declaración de las partes de *querer novar* no bastaba para subsanar un pagaré anterior nulo por *falta de causa*; ya que no pudiendo este defecto subsanarse por la confirmación, la nulidad de la primera obligación producía irreparablemente la nulidad de la segunda (2).

Pero cuando tales requisitos, indispensables para la validez de toda novación, concurren en el acto, queda por ver si las partes pueden á su arbitrio estipular la novación, sin acompañar su declaración con una modificación sustancial. Por decirlo con otras palabras, queda por saber si la modificación sustancial es

(1) Loaré, *Lég.*, XII, pág. 377, núm. 146; Pothier, *Obl.*, 590; Toullier, VII, 276 y 277; Duranton, XII, 283 y 284; Marcadé, 1273, I; Aubry et Rau, § 324, nota 28; Massé et Vergé sur Zachariae, § 566, nota 7; Demolombe, V, 267 y sigs.; Laurent, XVIII, 260; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.* (IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 134, y nota Venzi, gg, pág. 614; Cas. Milán, 1.º de Febrero de 1865 (*Giur. tor.*, II, 49 y nota); Cas. Roma, 13 de Diciembre de 1877 (*Legge*, 1878, 1, 408); Cas. Turín, 9 de Septiembre de 1882 (*ivi*, 1883, 1, 24); Casale, 16 de Enero de 1869 (*Giur. tor.*, 1869, 142); Cas. Turín, 31 de Julio de 1868 (*ivi*, 1868, 634); Casale, 16 de Marzo de 1868 (*ivi*, 1868, 326); Cas. Milán, 14 de Abril de 1864 (*ivi*, 1864, 165); Turín, 28 de Septiembre de 1866 (*ivi*, 1866, 496); Bologna, 7 de Abril de 1903 (*Foro Bol.*, 1903, 54).

(2) Cas. Turín, 23 de Julio de 1868 (*Legge*, 1868, 1092).

un requisito necesario de la novación objetiva, de manera que el arbitrio de las partes no pueda hacerlo desaparecer. Pero aquí también tenemos necesidad de distinguir. Si falta en absoluto toda modificación, tanto que la pretendida obligación nueva sea la exacta reproducción de la antigua, hasta con relación á los accesorios, no puede haber ciertamente novación, que siempre requiere por su naturaleza un *quid novi*. Por otra parte, la cuestión es ociosa, pues no se alcanza á ver qué finalidad pudiera tener un acto de este género (1). Todo lo más haría nacer litigios sobre la tasa de registro; y verdaderamente sería absurdo estimar que las partes habían querido, por amor al nombre, sujetarse al pago de un impuesto mayor que el debido, según la índole del acto: como sería injusto y peligroso, por el contrario, que por un nombre mentido pudieran rehuir las cargas fiscales. Pero basta de esto, porque *quod rarissime evenit*, puede ser omitido también por los escritores.

Si no se dice nada en el acto respecto á los accesorios y especialmente á las fianzas, á las hipotecas y á la prenda, la manifestación de la voluntad de novar deberá entenderse como una renuncia á todas estas garantías (2). Si por el contrario hay un cambio, pero de tal índole que no bastaría en el silencio de las partes para producir novación, no existe motivo para dudar que la voluntad explícita no valga para suplir su falta. A buena cuenta, un cambio que justifica el nombre de novación no falta; no hay en el Código un artículo de ley que designe taxativamente cuáles son los cambios necesarios para obrar novación: dice bien, pues, Laurent: el acreedor es dueño de renunciar á los derechos propios y el deudor de asumir una obligación nueva bajo condición de que la primera quede extinguida. Es una cuestión de derecho privado, en que las partes son libres de regular sus intereses como crean más conveniente (3).

## II

389. La novación es tácita cuando resulta de la incompatibilidad entre el *quod actum est*, y la exclusión de la voluntad de novar. Son las características de esta incompatibilidad:

1.º Que el deudor haya sido desligado absolutamente de la obligación primitiva;

(1) Pothier, *Obl.*, 596; Larombière, 1273, 5; Massé et Vergé sur Zachariae, § 566, nota 7; y la nota á la decisión citada arriba en la *Giur. tor.*, 1868, 609.

(2) Laurent, XVIII, 263; Demolombe, V, 299; Aubry et Rau, § 324, nota 36 y las numerosas decisiones allí citadas.

(3) Véase Laurent, y autores de la anterior nota.

2.º Que la segunda obligación contenga un cambio tan sustancial en comparación á la primera, que no permita considerarla como simple modificación de la obligación precedente.

390. Bajo el primer respecto no surgen dificultades, siendo de hecho fácil reconocer si se ha querido añadir una nueva obligación á la precedente; y siendo, desde el punto de vista del derecho, ciertísimo que tal permanencia de la obligación precedente impide en absoluto la novación. La novación, bien entendido, en el sentido en que hab'amos de ella, y como figura del Código; esto es, como medio de extinguir las obligaciones. Porque la novación acumulativa, como precisamente resultaría de la unión de dos obligaciones, no es verdadera novación.

391. En cuanto al segundo respecto, pocas son las cuestiones de derecho tan sutiles y resueltas con tal variedad, como las que se encuentran al trazar la línea de separación entre obligación *nueva* y obligación *antigua modificada*. Dificultades históricas por la divergencia sustancial entre el derecho moderno y el antiguo: ya que en el derecho romano, donde las intenciones se nutrían con la solemnidad de los ritos exteriores, la sustitución de una nueva obligación á la antigua era del todo formal: cosa que no ocurre en el derecho moderno. Dificultades intrínsecas y conaturales á la materia, en la que es necesario tener en cuenta muchas minucias que escapan fácilmente también al examen no superficial.

392. Ciertamente la *incompatibilidad* entre la primera y la segunda obligación es criterio verídico, porque una obligación no puede, por ley de lógica, confundirse con otra, cuando sea incompatible con ella. Pero *incompatible* está pronto dicho; el problema consiste en alcanzar el concepto de esta palabra y aplicarlo felizmente en los muchos casos dudosos. Por no perdernos en metafísicas abstrusas, comencemos por seguir paso á paso la suma de los principios admitidos, para elevarnos luego á aquellos que son aún objeto de discusión.

Se tendrá, pues, por verdadero y seguro que las modificaciones en la forma del título, por ejemplo, el reducir á escritura pública la convención ya redactada en documento privado, ó al contrario, no produce novación:

la prórroga ó la abreviación del término, el añadir ó quitar garantías reales ó personales tampoco produce novación:

el cambiar el lugar del pago, el convertir una deuda que se ha de pagar en el domicilio del deudor, en la misma, pagadera en el del acreedor ó viceversa: una obligación solidaria en *a prorrata* ó de *prorrata en solidaria*, el aumento ó la disminución de los intereses ó también la adición ó supresión de éstos, no producen

novación. Ninguna sombra de controversia sobre estas proposiciones (1); pero tampoco nos parece dudoso que no produce novación la admisión de una deuda en el pasivo de una quiebra (2) la reducción de la suma debida, v. gr., por condona parcial de la deuda, ó el aumento de la suma debida (3). El envío de las liquidaciones á la aceptación y asignación en el procedimiento ejecutivo (4). Y con este concepto se enlaza el principio ya expuesto por nosotros en otra ocasión de que el convenio no quita á los acreedores sus derechos con respecto á los fiadores del quebrado: ahora puede añadirse que también los derechos con respecto al quebrado quedan íntegros y vuelven á tomar vida si éste no ejecuta el convenio (5).

Tampoco produce novación la adición de una cláusula penal: así al menos decide normalmente la *L. 28, D. de actionib. emti venditi* (XIX, I); y si la *L. 44, párrafo 6, D. de obl. et act.* (XLIV, 7), establece lo contrario, es preciso atribuir su razón á un principio que hoy en día no sirve ya: á la transformación de la obligación que antiguamente era siempre criterio infalible para estimar la novación, mientras hoy en día el cambio puramente formal no produce ya tal efecto (6).

393. Por el contrario, no obstante el disentimiento de alguno, estimamos novativa la convención que añada ó quite una condición á la obligación preexistente, ó una de aquellas cargas que la doctrina antigua nos ha enseñado á llamar *modus*. En nuestra opinión es muy sensible la diferencia entre una prestación sim-

(1) Véase Aubry et Rau, § 334, notas 33 y 35, con las decisiones allí citadas; Demolombe, V, 278, 279, 280, 281, 282, 283; Laurent, XVIII, 272, 276 y sigs.; Pacifici-Mazoni, *ob. cit.* IV<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 131 y sigs., y nota gg Venzi, pág. 614; Casale, 29 de Julio de 1876 (*Legge*, 1876, 1, 252); Cas. Turin. 18 de Julio de 1877 (*ivi*, 1877, 1, 739); Casación Turin. 28 de Diciembre de 1886 (*Giur. tor.*, 1887, 57); Turin, 28 de Diciembre de 1866 (*ivi*, 1867, 496); Cas. Turin, 23 de Julio de 1868 (*ivi*, 1868, 605); Turin, 14 de Mayo de 1864 (*ivi*, 1864, 230); Cas. Milán, 1.º de Febrero de 1865 (*ivi*, 1865, 49); Cas. Nápoles, 14 de Mayo de 1880 (*Legge*, 1881, 1, 430). Véase también Cas. Nápoles, 15 de Enero de 1884 (*Filangieri*, 1884, 246); 15 de Marzo de 1884 (*Legge*, 1884, 1, 443); Venecia, 23 de Diciembre de 1884 (*Foro*, 1885, 1, 158); Cas. Nápoles, 5 de Enero de 1881 (*Legge*, 1881, 1, 450); Venecia, 23 de Diciembre de 1882 (*ivi*, 1883, 1, 24); Cas. Turin, 6 de Abril de 1889 (*ivi*, 1889, 2, 116); Cas. Palermo, 21 de Marzo de 1903 (*Legge*, 1903, 1096); Ancona, 30 de Marzo de 1904, y 29 de Abril de 1904 (*Corte Ancona*, 1894, 100 y 169).

(2) Florencia, 5 de Diciembre de 1879 (*Annali*, 1880, 2, 98).

(3) Trani, 2 de Abril de 1898 (*Riv. giur. tran.*, 1898, 395); Cas. Nápoles, 30 de Junio de 1898 (*Gazz. proc.*, 1898, 507).

(4) Venecia, 10 de Noviembre de 1903 (*Sinossi*, Sec. 2.ª, fasc. 200, págs. 73 y 74).

(5) Véase el núm. 334; Molitor, *ob. cit.*, 1039; Demolombe, V, 277, que cita Limoges, 31 de Enero de 1857 (*Devill.*, 1858, II, 90); Laurent, XVIII, 277; París, 16 de Abril de 1864 (*Dallos*, 1864, 2, 127); Bruxelles, 6 de Junio de 1821 (*Pasicrisie belge*, 1821, pág. 392).

(6) Véase el núm. 339; Molitor, *Obl.*, 1039.

ple y una condicional, entre una gratuita é irresoluble y una en parte correlativa y resoluble, para poder confundirlas unas con otras (1).

Igualmente estimamos que no es dudosa la novación siempre que se sustituya una obligación alternativa por una obligación simple ó viceversa: ya que de tal modo se cambia la esencia misma de la obligación. No así cuando se añadiese ó se quitase á la prestación, *quae est in obligatione*, otra que estuviera *in facultate solutionis* (2).

### III

394. Hemos llegado aquí al punto en que se agitan las dudas más graves: es decir, al cambio de objeto ó de *causa debendi*.

Todos de acuerdo en que la reducción ó el aumento de la deuda, cuando la naturaleza del objeto debido queda sin alteración, no produce novación; pero si el dinero es sustituido, verbigracia por una mercancía; si una suma se convierte en un fundo; si por decirlo de una vez, se sustituye una cosa por otra, la mayor parte de los juristas encuentran la novación. Sólo Laurent se ha dado cuenta de la inexactitud de este corolario y ha sentido la necesidad de distinguir la *datio in solutum* inmediata, de la simple promesa. Tiene mucha razón: porque, como ya indicamos (3), si existe tradición inmediata del inmueble ó de la cosa mueble que sustituye á la primitiva, es absurdo hablar de novación, no existiendo una nueva obligación que tome el sitio de la precedente, que queda extinguida por efecto inmediato de la tradición; siendo más bien un pago. Se podría también estimar ocioso disputar sobre la novación siempre que la obligación quede cumplida sin dejar secuela. Pero si en lugar de entrega inmediata, existe promesa de entregar *aliud pro alio*, encontramos también nosotros en esta promesa la novación, y no sabemos qué otro cambio más sustancial se podría imaginar en una obligación que el de cambiar la naturaleza de su objeto principal.

395. Siguiendo estas ideas, no estará de más resolver la cuestión análoga acerca del cambio de una deuda de precio por la que consiste en la constitución de una renta vitalicia ó perpetua. Ya, por lo que se refiere á la renta vitalicia, nadie duda de la novación. Es tan evidente el cambio en la prestación entre un crédito de capital y uno de rentas anuales mientras dura la vida, que se

(1) Laurent, XVIII, 276; contra Larombière, 1273, 3.

(2) Demolombe, V, 287.

(3) Véase el núm. 300; Laurent, XVIII, 267.

ría negar la luz meridiana poner en duda la novación. Pero la divergencia se hace sentir sobre la renta perpetua. Verdaderamente, de Pothier á Laurent, la mayor parte de los escritores opinan por la afirmativa (1), movidos principalmente por la consideración de que al constituir la renta, el acreedor se priva del derecho de repetir el capital y reduce su derecho sólo á las anualidades; ya que el capital de la renta no es repetible más que en poquísimos casos determinados taxativamente por la ley para el rescate coactivo. Y también en la jurisprudencia prevalece esta máxima. Pero se oponen Troplong (2), Larombière (3) y Demolombe (4), elevándose á las tradiciones del derecho consuetudinario francés, anteriores á Pothier: y notando que el acreedor no se propone enajenar el capital sino bajo condición del pago puntual de las anualidades de renta, de manera que no encuentran en la convención un cambio tan sustancial que permita estimar que existe novación, si por otro lado las partes no han manifestado la voluntad de novar.

Nosotros estamos con Pothier. Muy sensible es la diferencia entre el crédito de un capital y el crédito de simples anualidades para negar la novación: y muy mezquino para ser tomado en serio es el argumento que se quiere deducir de la pretendida condicionalidad de la enajenación. Ni la doctrina de Pothier puede sufrir modificaciones frente al Código italiano, el cual, bien considerado, no difiere *in subiecta materia* del Código Napoleón. En efecto, salvo la distinción que nuestro legislador ha hecho expresamente entre el censo y la renta territorial, y salvo la adición de alguna nueva causa de rescate coactivo (5), en lo restante las disposiciones del Código italiano están de acuerdo con las del Código francés.

Mucho menos habría novación si el precio de los inmuebles se hubiera desde el principio convertido en renta. Se tendría entonces *ab initio* la verdadera constitución de la renta territorial á que se refiere el art. 1780 del Código civil, cuyos efectos podrían acumularse con los del contrato de venta en lo que fueran compatibles (6).

396. Pero, ¿qué decir si se cambia una renta territorial consti-

(1) Pothier, *Obl.*, 595; Toullier, IV, 280; Aubry et Rau, § 324, nota 31; Laurent, XVIII, 268.

(2) *Vente*, 649.

(3) *Ob. cit.*, 1273, 9.

(4) *Ob. cit.*, V, 296 y sigs. Véase también Lacantinerie, XIV, 1699, 1700.

(5) Arts. 1781, 1782, 1785, Cód. civ. it. Véase Cas. Turín, 4 de Marzo de 1869 (*Giur. tor.*, 1869, 262).

(6) Laurent, XVIII, 269; Dalloz, *Rép. Vente*, 1356, 5.

tuída en dinero por otra pagable en mercancías ó viceversa? ¿Sería bastante dicho cambio para constituir novación? Encontramos varias decisiones en sentido afirmativo; y nos parece que adoptan la opinión más correcta, pues no puede negarse el cambio sustancial (1).

Con mayor fundamento habría novación al cambiar la renta vitalicia en perpetua, ó al sustituirla por una simple obligación alimenticia (2).

396 bis. La novación por cambio sustancial de la deuda, ha sido también estimada por la jurisprudencia de nuestra corte reguladora de Roma, cuando se ha sustituido á una deuda patrimonial del Estado, una deuda inscrita en el Gran Libro. He aquí el caso. Se trataba de una renta debida á una Obra Pía por la regia corte de Sicilia, la cual antiguamente representaba el patrimonio del Estado; y por esto la deuda estaba garantizada por hipoteca inscrita sobre los bienes patrimoniales del Estado. Ahora bien, habiendo ocurrido que, por algunas disposiciones legislativas borbónicas, las rentas de la regia corte de Sicilia se inscribieron en el Gran Libro de la deuda pública del Estado, nació discusión sobre si dicha transformación de la renta había producido novación y, por lo tanto, extinguido la hipoteca. Tanto el Tribunal como la corte de apelación no estimaron la novación y mantuvieron la hipoteca. Pero elevado por la Intendencia de Hacienda palermitana el recurso á la casación de Roma, prevaleció el concepto contrario, y se estimó que había novación. Consideró ante todo la Casación que el Estado ostenta una doble personalidad, de ente patrimonial y de ente político: así que si ocurre que una deuda, asumida ya por el Estado, como ente patrimonial, se asume después legalmente por el Estado como ente político y por ello se inscribe en el Gran Libro de la Deuda pública, que es una de las manifestaciones de la personalidad política, esto produce una sustitución de persona á persona en el ente deudor, y por lo tanto una novación subjetiva. Esto sentado, la casación consideró también que tal cambio en la persona del ende deudor, producía asimismo, por consecuencia necesaria, la novación objetiva por la sustitución de deuda á deuda. De manera que, si la deuda antigua tenía por accesorio una hipoteca apropiada á la índole de la obligación patrimonial, la hipótesis resultaba incompatible con la nueva deuda, despojada de todo carácter patrimonial (3).

(1) Trib. Nantes, 20 de Abril de 1849 (*Dalloz*, 1849, 5, 162); Laurent, XVIII, 271.

(2) Laurent, *lug. cit.*

(3) Cas. Roma, 16 de Junio de 1884 (*Legge*, 1884, 2, 582).



Tal es el pronunciado de la Casación. Y nosotros no podemos menos que aprobarlo enteramente, porque son justas y jurídicas las consideraciones en que se basa, como es lógica la consecuencia que el Supremo Colegio ha deducido de ellas. Así como no se puede poner en duda la doble personalidad del Estado, y la naturaleza no patrimonial de las rentas inscriptas en el Gran Libro (1), no se puede sensatamente negar la transformación sustancial de una deuda, que siendo primero de carácter patrimonial, cambia de naturaleza y se convierte en una renta pública.

## IV

397. Pero la cuestión se hace más importante y en nuestro concepto más difícil de resolver, sobre el cambio de la *causa debendi*. Mientras se trata de asegurar como máxima general que la mutación de la causa produce novación, encontraremos á todos de acuerdo. Antiguos y modernos, escritores y tribunales. En efecto, si las mil liras que Tito debía á Carlos *ex causa mutui*, quedan por nuevo convenio en poder del mismo Tito *ex causa depositi*, desafiamos á no encontrar novación. Del mutuo al depósito el salto es manifiesto; y las acciones y las secuelas, que se derivan del uno y del otro contrato, son en verdad tan diversas que no se comprende fácilmente como podrían acumularse. Las discusiones surgen bastante intrincadas sobre las aplicaciones de la máxima enunciada á la variedad de los hechos, que muy á menudo oscurecen la claridad del principio jurídico contenido en ella.

Y en primer lugar, si un precio de venta, pongamos por caso, queda transformado en una deuda cambiaria, ¿podremos incluir el hecho dentro de la idea jurídica de la novación?

La doctrina y la jurisprudencia francesas, así como las de Bélgica y las patrias, anteriores á la publicación del último Código de Comercio, han estado en desacuerdo sobre la cuestión; pero la prevalencia está ya con mucho asegurada á los secuaces de la escuela que niega la novación. Casi, casi, se puede decir que esta máxima es un *ius receptum* ante nuestros tribunales. Y nosotros podríamos salirnos con esta sola declaración si la gravedad de la cuestión frente á los principios, y la importancia de las razones contrarias no fuesen tales que nos aconsejaran un examen algo más serio de la cuestión.

---

(1) Véase nuestra *Doctrina delle Persone giuridiche*, I, 162; II, 5, 10, 18; III, 43, 214.

«En el asunto, tomémos las palabras del profesor Maurizi (1), nada menos que cuatro son las opiniones, alrededor de las que se agrupan y debaten escritores y tribunales. Los más estiman que entre las mismas personas, por la simple emisión y recepción de títulos de cambio por causa y pago de una deuda no cambiaria, no nace novación (2). Otros, fundándose en el adagio «quien regula paga», sostienen que toda regulación cambiaria de una deuda simple, ó sea toda emisión y recepción de títulos de cambio por causa de semejante deuda, produce sin más una novación tácita (3). Hay quien parece creer que convenga distinguir el caso de la emisión y recepción de títulos de cambio con expreso finiquito del título anterior, del caso inverso de la emisión y recepción sin finiquito expreso; así que la novación que tiene lugar en el primero no puede verificarse en el segundo(4). Y finalmente, existe también quien quiere una distinción, pero sólo en el sentido de que se debe distinguir el caso de una regulación contextual á la obligación novable, del caso en que no *in continenti*, sino con posterioridad *ex intervallo*, dicha obligación sea regulada, admitiendo la novación en este último caso, pero negándola en el pri-

(1) En la Monografía *Della novazione nel diritto cambiario* (Archivio giur. Serafini, XXII, págs. 532 y sigs.); valiosísimo escrito, que más que otro alguno, profundiza en la controversia.

(2) Véase Merlin, *Rép. novat.* § 5 al final; Pardessus, *Droit commercial*, I, 221; Troplong, *Hypothèques*, I, 199 bis; Martou, *Priv. et hyp.*, II, 470; Marcadé, 1273, 2; Aubry et Rau, § 324, nota 34 y las numerosas decisiones que citan. Larombière, 1273, 13; Demolombe, V, :97; Laurent, XVIII, 283 y sigs.; Pacifici-Mazzoni, *ob. cit.*, IV, 134; Elaps, *L'indole giuridica del così detto contratto produttivo* (*Giur. it.*, 1898, I, 2, 449); Génova, 15 de Junio de 1871 (*Eco dei trib.*, XXIV, 62); Génova, 15 de Junio de 1872 (*Giur. it.*, 1872, 2, 289); Venecia, 3 de Abril de 1875 (*Eco dei trib.*, 1875, 816); Nápoles, 30 de Enero de 1878 (*Annali*, 1878, II, 2, 190); Cas. Milán, 1.º de Febrero de 1865 (*Giur. tor.*, 1865, 49 con nota); Bolonia, 22 de Mayo de 1874 (*Legge*, 1875, I, 1080); Cas. Florencia, 27 de Enero de 1876 (*ivi*, I, 243); Cas. Turín, 25 de Enero de 1882 (*Annali*, 1882, I, 13); Turín, 22 de Octubre de 1873 (*Giur. tor.*, 1873, 61); Turín, 18 de Mayo de 1868 (*ivi*, 1668, 456); Cas. Turín, 23 de Agosto de 1882 (*Legge*, 1883, I, 136), y 15 de Enero de 1882 (*Annali*, 1882, I, 1, 13); Bolonia, 11 de Diciembre de 1882 (*Riv. giur. bol.*, 1883, 45); Mesina, 5 de Mayo de 1881 (*Foro mess.*, 1884, 158); Cas. Nápoles, 1.º de Mayo de 1884 (*Filangieri*, 1884, 325); Palermo, 21 de Diciembre de 1883 (*Foro*, 1834, I, 896 y nota); Cas. Turín, 10 de Febrero de 1888 (*Annali*, 1888, 2, 363); Cas. Roma, 3 de Abril de 1889 (*Legge*, 1889, 2, 236); Cas. Florencia, 13 de Junio de 1898, y 7 de Noviembre de 1898 (*ivi* 1898, 2, 333 y 1899, 1, 192 con nota); Cas. Turín, 13 de Febrero de 1904 (*Foro it.*, 1904, I, 1268 con nota, en que se citan otras sentencias anteriores de la misma Casación).

(3) Bravard-Veyrières, *Traité de la lettre de change*, III, págs. 16 y sigs.; Delvincourt, II, pág. 780; Grenier, *Des hypoth.*, II, 385; Persil, art. 2103; § 1, núm. 7; Mesina, 11 de Febrero de 1875 (*Giur. it.*, 1875, I, 2, 675); Roma, 18 de Julio de 1888, citada por Maurizi.

(4) Duranton, XII, 287; Pardessus, *Corso di diritto commerciale*, 221; Lión, 29 de Marzo de 1833 (*Devill.*, 1834, II, 29); Bourges, 6 de Mayo de 1837 (*ivi*, 1837, II, 439); Toulouse, 23 de Febrero de 1840 (*ivi*, 1840, II, 126).

mero (1). Sentado esto, el docto profesor examina las razones en que se fundan las diferentes doctrinas; y censurando el vicioso razonamiento de que parte la doctrina dominante, por la cual los títulos de cambio solo serán la representación de la obligación precedente, termina convencido de que por el Código comercial francés y por el italiano de 1865, la emisión de las letras y de los pagarés produce novación.

398. Y á decir verdad, también nosotros, si debiéramos resolver la cuestión frente á aquellas legislaciones, nos sentiríamos inducidos á admitir la novación, ó al menos no sabríamos excluirla cuando los títulos de cambio contienen una causal ó valoración del todo diferentes á la de la deuda primitiva. *Quien regula paga*, dice el adagio mercantil: con lo que se entiende que paga la precedente obligación el deudor que emite letras ó pagarés de cambio en satisfacción de su deuda, cuando estos títulos sean recibidos por el acreedor. Paga, luego extingue la obligación precedente: y como se trata evidentemente de extinción, no por cumplimiento sino por sustitución de una obligación por otra, esto es, de la deuda cambiaria á la deuda de precio, estamos propiamente en los términos de la novación. Y por lo demás, ¿qué mutación más sustancial puede imaginarse que la de cambiar absolutamente la naturaleza jurídica de la deuda? Por las legislaciones francesas, como bajo el Código mercantil italiano de 1865, la letra y el pagaré requieren una causal expresa, la cual, sea la que quiera la valoración, debe ser siempre un cambio trayecticio ó un cambio simple. Ahora bien, tal cambio sustancial de la deuda no puede dejar de producir novación.

Pero hoy en día estamos bajo el gobierno de un Código mercantil que difiere del anterior, precisamente en materia cambiaria, y sobre la causal de los títulos de esta clase. No se requiere ya causal expresa; ni el cambio se presupone por necesidad jurídica del título. Nada de todo esto; la causa se presume, y no se debe saber cuál sea. Es, pues, imposible reconocer si la nueva causal difiere de la antigua, y falta el criterio principal para afirmar la novación.

También se nos dirá: si desaparece dicho criterio de mutación, otros quedan no menos graves y convincentes: la deuda no ya civil sino mercantil; el rigor cambiario, la prescripción más breve de la acción cambiaria y la imposibilidad de hacer valer en el juicio todas las excepciones de larga investigación: cambios todos frente á los cuales parece atrevido no considerar la novación. Y nosotros replicamos: todos buenos argumentos, pero tomados en

---

(1) Delamarre et Lepoitvin, *Traité de droit commercial*, V, 255.

conjunto no valen tanto como pesa el cambio de la causal. Ahora bien, á falta de un principio cierto en la ley, que suministre la característica de la mutación sustancial y la distinga de las simples modificaciones, es mejor atenerse á la jurisprudencia constante aun en aquellos países, por ejemplo en Italia y en Bélgica, donde al lado del Código civil de marca francesa, están en vigor legislaciones mercantiles modeladas en materia cambiaria sobre las leyes alemanas (1).

399. Esta regla forense, ante la que es forzoso inclinar la cabeza, al menos por conveniencia, resulta aún más segura en tres casos:

a) cuando la emisión de los títulos de cambio está acompañada por explícitas reservas de los derechos correspondientes á la primera obligación, y no contenga cambios sustanciales en el contenido de la obligación;

b) cuando haya sido hecha en el mismo momento en que se estipulaba la primera obligación, y por lo tanto en un sólo convenio.

c) cuando los títulos de cambio sean endosados por *simple procura* ó en *garantía*.

Decimos en primer lugar cuando la regulación cambiaria no esté acompañada de reservas explícitas: en efecto, ¿qué cosa más racional que la conservación de aquellos derechos, que expresamente se declara que no se les quiere vulnerar? Pero oímos que se nos objeta: *protestatio contra factum non valet*. Si se permite á las partes querer la novación donde sin ello no existiría, no es admisible por otra parte que esté en su poder el excluirla, cuando existe incompatibilidad entre la primera y la nueva obligación.

Así Maurizi, entre otros (2). Pero se pueden replicar dos cosas: la una es que para la aplicación del término *protestatio contra factum non valet*, sería indispensable la claridad del hecho, ó sea la contradicción manifiesta entre éste y la protesta. Ahora bien, tal claridad está tan lejos de encontrarse, que la mayor parte de los escritores y de los tribunales no descubren la menor contradicción entre la regulación cambiaria y la conservación de la obligación precedente; y excluyen la novación aun sin necesidad de ninguna reserva. La segunda respuesta es de orden más práctico, y consiste en poner de manifiesto que la importancia

(1) Laurent, XVIII, 283 y las muchísimas decisiones que cita.

(2) *Lug. cit.*; Casaregis, Discursus, 21, núm. 21: «Novatio inducta ratione incompatibilitatis, non tollitur per contrariam protestationem». Pothier, *Obl.*, 559; Delamarre et Lepoitvin, *ob. cit.*, V, 255; Laurent, XVIII, 289.

principal de la reserva que acompaña á la regulación cambiaria, se encuentra en el deseo de conservar las hipotecas, las acciones y las prerogativas propias de la obligación primitiva. Ahora bien, el mismo Código permite también la reserva de estos derechos en la novación (1): lo que por decirlo con sólo una palabra significa que no hay sombra de contrasentido jurídico en regular la deuda en forma cambiaria y reservar *inter partes* los derechos anteriores. La cuestión se limita, por lo tanto, á los fiadores y á los codeudores solidarios, que serán liberados, no obstante la reserva, si existiera novación, y si no se hubieran adherido á ella. Pero la experiencia demuestra que no es este el punto en que surgen más frecuentes controversias, por que la prudencia sugiere al acreedor requerir la adhesión de los fiadores y de los coobligados. Añadamos, naturalmente, que no hay cambios sustanciales en el contenido de la obligación que por sí sólo realicen la novación (2).

400. Decimos en segundo lugar que no hay ciertamente novación cuando la emisión de las letras se hace *sine ulla temporis intermissione*. Y aquí sería ante todo de ver lo que tiene de verdadera la doctrina enseñada comunmente, que estima también inútil en la novación objetiva un intervalo de tiempo entre la primera y la segunda obligación. Pero reservándonos nuestras observaciones para tiempo más oportuno (3), aceptamos como verdadera la doctrina común y preguntamos, ¿de que se disputa? No de otro ciertamente que de saber si el acreedor conserva los derechos, las razones, las acciones connaturales á la obligación que se pretende novada. Tenemos un contrato de venta, en que el precio se regula en seguida en letras de cambio, firmadas por el comprador en favor del vendedor. Se trata, pues, de si á causa de la regulación cambiaria desapareció la obligación propia del comprador con todas sus secuelas: si desaparecieron las consecuencias naturales de la venta, y las accidentales pactadas por estipulaciones explícitas. Puesta en tales términos la cuestión, no es difícil de resolver. Ninguna duda, en efecto, por los actos explícitos. Cuando en dicho acto se estipularon hipotecas, prendas, rescates, penales, fianzas y otras garantías, nadie ciertamente se atreverá á sostener que estas desaparecen por haber regulado el asunto en forma cambiaria. ¿No fueron estipuladas junto con este? ¿No se adhirieron los fiadores? *¿Ut quid perditio haec, si*

---

(1) Arts. 1274 y sigs., Cód. civ. it.; 1278 y sigs., Cód. Nap.; véase núms. 423 y sigs.

(2) Trani, 13 de Junlo de 1898 (*Riv. giur. tran.*, 1898, 737).

(3) Véase el núm. 414.

las partes no lo hubiesen querido? El sentido común indicaba que no debía hablarse de ello tampoco.

Cuando á su vez se trata de las consecuencias sobreentendidas, pero naturales á la venta, ora la acción de resolución por incumplimiento, ora la acción de garantía por evicción, la respuesta no podrá ser diferente para quien piense que no es racional suponer que el vendedor las haya querido renunciar, puesto que era posible acumularlas con la acción cambiaria. Tal es, en efecto, la teoría dominante adoptada por la Casación de París en la sentencia alegada por el mismo Maurizi, en la monografía citada. Un cierto Barbaud había vendido á un tal Dugoulet algunos inmuebles por un precio de 37.000 liras pagables, según pacto de dicho contrato de venta, en títulos de cambio, firmados por el comprador; por lo que el vendedor, al declarar que recibía estos títulos, había dado finiquito del precio. Pero las letras no fueron pagadas; y el vendedor, obtenida inútilmente la condena del comprador á pagarle, citó á éste para la resolución de la venta por causa de incumplimiento. Se dió prisa Dugoulet á oponer la novación, y por lo tanto, la falta de la acción de venta; y sus razones triunfaron ante la Corte de apelación. Pero la Casación condenó la doctrina equivocada; y proclamó claramente que el vendedor Barbaud tenía, no obstante el arreglo cambiario, íntegros sus derechos de vendedor (1).

No aplaudimos el razonamiento, pero por otra parte aceptamos la conclusión. No nos parece bastante para combatirla la referencia á la teoría romana de los pactos adjetivos, y la advertencia de que por aquella, aun cuando pudiese adoptarse en el derecho moderno, no se alcanzaría nunca á quitar al contrato principal, compraventa, los beneficios y las prerrogativas del contrato accesorio, cambial. Ciertísimo; pero entendámonos. Quién se atrinchera en los pactos adjetivos no pretende despojar la venta de las acciones propias de la letra de cambio. Todo lo contrario: entiende á su vez que las acciones propias de la venta se unen también á las de la letra de cambio. Esta acumulación no sería una novedad sino un retorno al derecho romano. Es un retorno al derecho romano en la teoría de los pactos adjetivos, cuyos dictados sobre el efecto del pacto adjetivo permitían que se acumulase su beneficio con la acción del contrato principal (2). Es

(1) Tal sentencia de 28 de Junio de 1848, está referida en la citada monografía de Maurizi (*Archiv. giur. Serafini*, XXII, págs. 555, 556, 557).

(2) *L. 75, D. de contrahende emtione, etc.* (XVIII 1); «*Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat, vel, si vendat, non alii, sed sibi distrahat: vel simile aliquid paciscatur, ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit*». *L. 21, § 4, D. de action. emti venditi* (XIX, 1); «*Si tibi fundum vendi-*

un retorno al derecho romano en la teoría de la novación; porque si es dado hablar de novación le encontraremos todos los caracteres de la novación acumulativa, de aquella novación que permitía acumular el beneficio de una y otra estipulación (1). Pero cuando se dice novación acumulativa se da ya á entender que estamos fuera del tema de la verdadera novación; la cual, hablando con propiedad, es siempre privativa, porque extingue la obligación antigua, sustituyéndola por la nueva.

No contradice á la razón el ver acumuladas las acciones de la venta y de la letra de cambio, con el único intento de garantizar la ejecución del contrato. Únicamente donde sea absoluta la incompatibilidad entre las dos acciones, elegida una acción, será preciso negar el recurso á la otra, pero no por la pretendida novación, sino por las reglas sobre el concurso de las acciones y con arreglo á ellas.

401. Decimos, por último, que no hay duda sobre la exclusión de la novación, cuando los títulos de cambio se endosan al comprador por *procura*, ó en simple *garantía*. El endoso por procura equivale á una *cessio pro solvendo*, ó á una mera asignación; el que se hace en garantía, atribuye un derecho de prenda sobre la letra de cambio y no la propiedad del título cambiario (2). Evidentemente, en el uno y en el otro caso, faltan las condiciones esenciales para la novación.

402. En complemento de nuestras observaciones respecto á la entrega de las letras de cambio, será apenas necesario recordar que la simple renovación de los títulos cambiarios, no produce novación. Todos lo reconocen y con mucha razón (3), porque no se trata más que de una dilación moratoria, que no puede por sí sola producir novación en cualquier clase de crédito. Habrá, por otra parte, novación, si la renovación fuese acompañada de cambios sustanciales en el objeto ó en las personas.

403. También la anotación de un crédito en cuenta corriente dió lugar por mucho tiempo á discusiones sobre si producía novación. Pero la disputa se resolvió al promulgarse el vigente

---

dero, *ut eum conductum certa summa haberem*: «ex vendito, eo nomine, mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit».

(1) *L. 28, D. eod.*: «Praedia mihi vendidisti; et convenit, *ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi*. Respondit, venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio submovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris, nisi in id, quod plus eius interfuerit id fieri».

(2) Arts. 239, 455, Cód. de com., y véase el vol. VI, núm. 217.

(3) Laurent, XVIII, 277 y todos los escritores y la jurisprudencia sin contradicción.

Código de Comercio, el cual, en homenaje á la doctrina que prevalece, la resolvió en sentido afirmativo (1). Y justamente, en nuestra opinión, porque la anotación en cuenta corriente tiene por objeto que las partes continuamente se deban ó sean acreedoras recíprocamente, por lo que no queda de verdadero crédito entre ellas más que el balance al cerrarse la cuenta.

Suelen los autores modernos preguntarse si la conversión de un crédito de civil en mercantil ó de mercantil en civil, produce novación, y la resuelven todos afirmativamente (2). Pero, ó nos engaña nuestra corta percepción, ó la pregunta es inoportuna, y la respuesta inexacta, porque no podemos comprender otro modo de cambiar una deuda civil en mercantil, entre las mismas personas, más que emitiendo títulos de cambio, y de esto hemos hablado ya. En verdad, se ha dicho hasta la saciedad, y es sabido de todos, que la simple anotación del documento probatorio, verbigracia, la redacción de un instrumento notarial, no influye sobre la naturaleza de la deuda; de manera que si se excluye la eficacia novativa de esta transformación, y si se estima que la emisión de los títulos de cambio no produce novación, no se concibe verdaderamente de qué modo pueda convertirse una deuda civil en mercantil, ó mercantil en civil, sin cambiar absolutamente la prestación, ó sin un cambio de personas. Pero en el primer caso, tendremos una novación que, lejos de depender de la naturaleza cambiada de la obligación, dependerá del cambio de la prestación debida, y en el segundo, tendremos una verdadera novación subjetiva.

## V

404. De cuanto se ha dicho hasta ahora, se deduce la grande, por no decir invencible, dificultad que se encuentra al determinar el criterio de la novación objetiva tácita. Cuando la razón y la lógica nos sugieren que se debe buscar el criterio de la novación en el principio de contradicción, dicen una verdad, pero una de aquellas verdades que en lugar de ser aclaradas por la antorcha de la certeza, quedan en sus variadas aplicaciones casi ofuscadas por nieblas impenetrables, porque ningún principio legal, ninguna teoría doctrinal, ninguna máxima de jurisprudencia sabe decir al jurisconsulto la diferencia que existe entre deuda

---

(1) Art. 345, Cód. com.; Feltu, *Traité du compt. courant*, chap. 2, sect. 2; Suplno, *Del conto corrente* (*Archiv. giur. Serafini* XIX, 466); Cas. Nápoles, 2 de Diciembre de 1897 (*Foro nap.*, 1898, 40).

(2) Demolombe, V. 180 y sigs.; Laurent, XVIII, 273 y sigs.



nueva separada de la anterior y deuda antigua modificada. Ni sabe señalarle la característica segura para distinguir un cambio que modifica la deuda, de un cambio que sustituye la deuda antigua por una deuda nueva. Recurrir á la diferencia entre requisitos esenciales y accidentales de la obligación, sería inútil, porque existen ciertas mutaciones en el objeto, por ejemplo, la reducción de la suma debida, que no producen novación, y, por el contrario, hay modificaciones accidentales, v. gr., la adición ó la supresión de una condición, que, según la opinión más admitida, produce novación. Recurrir á la naturaleza cambiada civil ó mercantil de la de deuda, ó mirar á las reservas de las primitivas garantías, ó dirigir la mirada á los efectos de las mismas, hemos visto cuán falaz sería este criterio, y ahora añadimos también, insuficiente, por no ser aplicable en la mayoría de los casos.

405. Con todo esto, la jurisprudencia de las Cortes de Casación, tanto nuestras como extranjeras, mientras reputa cuestión de puro hecho el decidir si en una estipulación concurre éste ó el otro pacto, propende á considerar como cuestión de puro derecho, y por ello susceptible de la fiscalización de las Cortes reguladoras el sentenciar que tal ó tal hecho constituye un cambio de naturaleza tal que produce novación (1). En rigor debería ser así, pero nos asusta la falta de principios ciertos de derecho, que sirvan para sustraer la cuestión de aquel arbitrio que, mientras es tolerable en las cuestiones de hecho, resulta directamente insoportable en las de puro derecho. El vacío de la legislación, tanto civil como mercantil, en esta materia, es demasiado deplorable, porque no creemos que, sin la autorizada palabra del legislador, el asunto pueda sustraerse á las disputas y á las arbitrariedades. Este vacío nos persuade de que el criterio de la novación tácita reposa, con respecto á nuestros Códigos, casi ex-

---

(1) Demolombe, V, 271; Marcadé, 1273; Aubry et Rau, § 321, notas 24 y 25; Laurent, XVIII, 163, y las muchas decisiones de las Casaciones de Francia y de Bélgica citadas por estos autores. Además: Cas. Milán, 1.º de Febrero de 1865 (*Giur. tor.*, 1865, 49); Cas. Turín, 30 de Marzo de 1880 (*Mon. trib. Milano*, 1880, 360); Cas. Nápoles, 5 de Enero de 1882 (*Legge*, 1882, 1, 450 y nota); Cas. Turín, 9 de Septiembre de 1882 (*ivi*, 1883, 1, 24); Cas. Roma, 29 de Julio de 1879 (*ivi*, 1879, 1, 807); Cas. Turín, 31 de Julio de 1868 (*Giur. tor.*, 1868, 634); Cas. Turín, 6 de Abril de 1889 (*Legge*, 1889, 2, 116). Véase en el sentido de excluir la cuestión puramente jurídica y la competencia de la Casación: Cas. Turín, 23 de Agosto de 1882 (*ivi*, 1883, 1, 136); 9 de Septiembre de 1882 (*ivi*, 1883, 1, 124); Cas. Roma, 20 de Abril de 1887 (*ivi*, 1887, 2, 183); Cas. Turín, 23 de Diciembre de 1889 (*Foro Rép.*, 1890, voz *Cassazione*, núm. 85).

En este sentido se pronuncia cada vez más la jurisprudencia: Cas. Palermo, 25 de Mayo de 1901 (*Circ. giur.*, 1901, 141); Cas. Florencia, 28 de Julio de 1902 (*Temí*, 1902, 689); Cas. Turín, 7 de Febrero de 1902 (*Foro it.*, 1902, 1, 77); Cas. Florencia, 6 de Abril de 1905 (*Temí*, 1905, 68).

clusivamente en la intención presunta de las partes, y nos hace opinar que no tiene valor en el derecho italiano moderno el principio según el cual no sería lícito á los contratantes excluir, por medio de una declaración explícita, la voluntad de novar, cuando en el hecho hubieran estipulado tales modificaciones sustanciales que lleven consigo novación.

En efecto: el principio sería exactísimo cuando existiese un criterio cierto de la modificación sustancial, porque sería entonces contradictorio querer la novación de hecho y no quererla de palabra: ¿pero, dónde encontramos este criterio cierto? De manera que, sea el que quiera el valor teórico del principio enunciado con tanta seguridad por los escritores, se reduce en la práctica, salvo poquísimos casos, á moneda de valor nulo. Y así el criterio principal de la novación expresa ó tácita va á parar al *animus novandi*, es decir, al consentimiento.

## ARTICULO II

### *De los otros requisitos esenciales de la novación objetiva.*

#### I

406. Hasta aquí del consentimiento. Pero no es este el sólo requisito esencial de la novación objetiva, la cual, lo mismo que la subjetiva, exige también la capacidad de las partes contratantes, una obligación preexistente y una obligación subsiguiente.

Comenzando por la primera; el art. 1268 no reconoce novación válidamente efectuada más que entre personas capaces de contratar. Pero el precepto es un poco sibilino, porque si el legislador quiso hablar de capacidad natural para contratar, dictó una regla inútil, comprendiéndose por todos la imposibilidad de hacer un contrato, y la novación es un contrato, sin tener la capacidad de consentir. Si en vez de esto, quiso exigir la capacidad de obligarse por contrato, dijo cosa irrealizable y exagerada, porque no está de acuerdo con las otras disposiciones que rigen la capacidad de obligarse por contrato. Es preciso, en efecto, distinguir al acreedor y al deudor, y las diversas especies de obligaciones que se extinguen ó se sustituyen. Por parte del acreedor se trata de enajenar un crédito y de recibir otro en su sustitución, que puede ser mejor ó peor que el primero. Por parte del deudor, de liberarse de la obligación anterior asumiendo otra, que puede ser más ligera ó más gravosa. Pero no basta. ¿Quién no sabe de cuántas especies diversas son las obligaciones? Obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, y entre las mismas obligaciones de dar, existen las que tienen por objeto un inmueble;

otras una cosa mueble, ó una suma pecuniaria; algunas están acompañadas de garantías, otras no; unas puras, otras condicionales ó á término. Es, pues, imposible que una misma norma sirva para todas, y esto explica la divergencia de los escritores, así como la necesidad de completar la teoría de la novación yendo á parar á la que se ocupa del estado de las personas.

Contentándonos con enunciar las reglas fundamentales diremos que, para consentir una novación por parte del acreedor ó de quien lo representa, no basta tener la capacidad para recibir el pago. Indudablemente quien no puede recibir el pago, mucho menos puede aceptar la sustitución de otro crédito, y liberar de la obligación anterior al deudor, pero de tener la capacidad para recibir el pago no se puede sacar la consecuencia de poder también consentir la novación de la deuda. Por los artículos 224 y 296 de nuestro Código civil, no creemos lícito á los padres y á los tutores consentir novaciones por el hijo, el menor ó el sujeto á interdicción, sin la autorización del consejo de familia, salvo que se tratara de créditos que no tuvieran por objeto capitales, sino rentas, por entrar la disposición de ellas entre los actos de administración. Dígase lo mismo de los representantes judiciales, y de los convencionales que tengan el mandato especial de recibir el pago, y por ello el *adiectus solutionis gratia* no tiene facultad de consentir la novación (1). En cuanto al mandatario general convencional, es doctrina sacada de los textos romanos, repetida por Pothier y adoptada por todos los escritores modernos, que puede novar en nombre del administrado (2).

Uno de los varios acreedores solidarios no puede consentir novación válida más que por su parte, señaladamente si resulta perjudicial á los derechos de crédito (3). Dígase lo mismo de uno de los diferentes acreedores en la obligación indivisible.

407. Por parte del acreedor es necesaria la capacidad de contraer la segunda obligación, y aquí verdaderamente se puede tener como indispensable la capacidad de obligarse, para novar válidamente (4).

Pero, ¿qué sucederá si el incapaz asume la nueva obligación y el acreedor la acepta? Respondemos: ó el acreedor conocía la incapacidad de su deudor y esto no obstante, se contentó con la

(1) *L. 10, D. de novationibus, etc.* (XLVI, 2); Molitor, *Obl.*, 1031; véase también Merlin, *Rép. Novation*, § 4; Toullier, IV, 293; Larombière, 1272, 4; Duranton, XII, 278; Aubry et Rau, § 324, nota 19.

(2) *LL. 10, 20, 25, 34, D. eod.*; *L. 17, D. de in litem etc.* (XII, 2); *D. 48, D. de procurat.* (III, 3); Molitor, *lug. cit.*; Pothier, *Obl.*, 592; Demolombe, V, 266.

(3) Véase el vol. I, núm. 116.

(4) Demolombe, V, 263; Laurent, XVIII, 257.

nueva obligación sujeta á anulación, ó no la conocía. En el primer caso no tendrá razón ninguna de quejarse, si es anulada la nueva obligación, porque ha renunciado á la primera, contentándose con la segunda, aunque claudicante, y se ha sujetado voluntariamente al riesgo de la anulación. En el segundo, esto es, cuando el acreedor ignoró la incapacidad del deudor, no se puede hacer este razonamiento; se reemplaza por el principio según el cual el incapaz que hace anular una obligación, asumida sin validez, queda expuesto al reembolso al otro contratante, hasta donde alcance el provecho conseguido por la anulación. Ahora bien: este provecho consiste precisamente en la liberación de la obligación precedente, la cual, con relación al incapaz, y salvos los derechos adquiridos por terceros, vuelve á revivir en toda su integridad (1).

No faltan, á decir verdad, los que no contentos con la distinción, quisieran en todos los casos que fuese irrevocable la liberación realizada, pero no nos parece opinión que debe seguirse, porque se apoya en la doctrina errónea de la obligación notarial, invocada fuera de lugar, y sobre principios del derecho romano, que han perdido su vitalidad en las modernas legislaciones (2). Ni con mayor fortuna pueden los secuaces de esta doctrina confiarse al aforismo *obligatio semel extincta non reviviscit*. Este no enuncia, como hemos dicho ya al hablar de la *datio in solutum*, una regla absoluta é indeclinable para todos los casos, sino solamente una norma susceptible de muchas limitaciones, que especialmente se detiene donde no se encuentran derechos adquiridos (3).

## II

408. Además del consentimiento y de la capacidad de los contratantes, se requiere para la validez de la novación una obligación precedente. No puede, en efecto, haber extinción de una obligación por la sustitución de otra sin la obligación que ha de extinguirse, pero esta obligación, se encuentra enseñado comunemente, puede ser civil ó natural, válida ó no válida, pura ó condicional, ó también á término y futura. Sobre este asunto, nos parece que se deben corregir no pocas inexactitudes. Y en primer

(1) Arts. 1307, Cód. civ. It.; 1312, Cód. Nap.; Aubry et Rau sur Zachariae, § 324, nota 23; Colmet de Santerre, V, 220 bis, I; Marcadé, 1272, I y II; Demolombe, V, 249 y sigs.; Laurent, XVIII, 257.

(2) De Massol, *Des oblig. naturelles, etc.*, págs. 345 y sigs.; Durantou, XII, 284; Toullier, IV, 298; Delvincourt, II, págs. 565, 566; Larombière, 1272, 2.

(3) Véase los núms. 301 y sigs.

lugar, que la obligación natural fuese susceptible de novación en el derecho romano es cosa ciertísima, y dependiente de que los jurisconsultos romanos reconocían las obligaciones llamadas por ellos precisamente *naturales*, y del principio de que todo cambio en la *causa civilis* producía novación. Pero las obligaciones naturales en el sentido romano, ¿existen acaso también hoy? Hemos demostrado que no, y no podemos más que referirnos á las observaciones anteriores (1). Sólo será oportuno hacer notar una vez más, el paralogismo insidioso por el que se quiere sostener la eficacia de las obligaciones naturales para ser novadas, porque se dice que no está impedido á quien se encuentra ligado por una obligación moral ó de conciencia asumir, en sustitución de la misma, una obligación civilmente eficaz. Sin duda, respondemos, y sería imposible sostener lo contrario. Pero, ¿qué tiene que ver todo esto con la novación? ¿Dónde está la obligación que se extingue por medio de la sustitución de la nueva? Nosotros sólo alcanzamos á ver una obligación que tiene por causa el cumplimiento de un deber de conciencia (2).

El asunto nos llamaría á una cuestión bastante sutil, y es la de si las deudas del juego son susceptibles de novación, pero como nos hemos ocupado también extensamente de tal indagación al hablar de las obligaciones por causa ilícita, nada creemos deber añadir á los ya dicho (3).

409. Acerca de las obligaciones civiles no válidas por incapacidad, error, dolo, prescripción ú otro vicio susceptible de renuncia ó de confirmación por parte del deudor, la novación será válida si éste en el acto de contraer la nueva obligación conocía el vicio de la precedente y estaba en condiciones de renunciar á él. Dicho modo de proceder, cuando no pueda llamarse confirmación ó ratificación formal, será verdaderamente una especie de ejecución voluntaria; porque consiste en el cumplimiento de la primitiva obligación por equivalente (4).

No así cuando la obligación anterior estuviese afectada por

(1) Véase el vol. I, núms. 55 y sigs.

(2) Laurent, XVIII, 245 y 257; autor que es quizás el único entre los extranjeros, que dejándose guiar por el buen sentido ha comprendido la falacia de la doctrina en voga. Véase también Marcadé, 1273, III; Turin, 28 de Diciembre de 1889 (*Giur. it.*, 1890, II, 316).

(3) Véase vol. III, núms. 366 y sigs. y en diferente sentido: Duranton, XVIII, 107; Aubry et Rau, § 386, nota 9; Pilette, *Revue pratique*, XV, pág. 441; Demolombe, V, 257; Laurent, XVIII, 245; Dalloz, *Rép. Obl.*, 2363. Para la negativa, Florencia, 24 de Abril de 1880 (*Legge*, 1880, I, 468); y para la afirmativa, Roma, 15 de Octubre de 1896 (*ivi*, 1899, I, 269).

(4) Véase Larombière, 1271, 11; Aubry et Rau, § 324, nota 15; Duranton, XII, 494; Colmet de Santerre, V, 219 bis, IV; Demolombe, V, 246; Laurent, XVIII, 248.

nulidad insubsanable por vicio de objeto ó de causa; ó estuviese ya extinguida antes de que surgiese la nueva. Recordémoslo bien; la novación es un modo de extinguir las obligaciones; por lo tanto, si en el momento en que se quisiera novar no existiese ya ninguna obligación, resulta un contrasentido el hablar de novación (1).

410. La obligación condicional puede ser novada no menos que la pura, sustituyéndola, sea por otra obligación condicional, sea por una obligación pura. Por regla general, la novación caerá cuando la condición suspensiva de la primera obligación no se verifique ó la resolutoria llegue á verificarse (2); pero no está impedido á las partes pactar lo contrario, esto es, sustituir definitivamente una obligación pura y simple á una obligación condicional. Es un albur aceptar una prestación cierta de menor valor por una incierta de mayor entidad. Depende, en efecto, de su voluntad el pactar una cosa ú otra; esta variedad de pactos explica las condiciones que aparecen en las fuentes textuales antiguas, y quita de en medio las muchas sutilezas que se han escrito, esencialmente por los romanistas, sobre el asunto. ¿Cómo reconocer en el contrato la intención de las partes? Con las reglas sugeridas por la hermenéutica contractual, por no tratarse más que de encontrar la voluntad de las partes contratantes (3).

También una obligación á tiempo determinado puede ser novada; pero se discute si, en el silencio de las partes, el término se debe entender repetido en la nueva obligación. Varían las opiniones, tanto frente al derecho romano, como en el derecho moderno (4). Para nosotros es una *quaestio facti* también ésta y no otra cosa; dependiente en absoluto de la interpretación de la voluntad de las partes.

411. Y no basta: también una obligación meramente futura puede ser materia de novación. Bien entendido, por otra parte, que el negocio jurídico no tendrá efecto alguno si no surge la obligación. Dichas novaciones eran frecuentes entre los romanos (5), quizás por razones que hoy no se repiten; pero los princi

(1) Véase Pothier, *Obl.*, 585; Aubry et Rau, § 324, 11; Duranton, XII, 375; Demolombe, V, 242, 243; Laurent, XVIII, 244; Larombière, 1271, 5; Florenca, 24 de Junio de 1897 (*Legge*, 1898, 1, 52 y sigs.)

(2) Galus, *Comm.*, III, § 179, § 3, *Inst. quib. modis tollitur obligatio* (III, 20); *LL. 8, §§ 1 á 14, § 1, D. de novat. et delegat.* (XLVI, 2).

(3) Pothier, *Obl.*, 585; Duranton, XII, 300; Colmet de Santerre, V, 219, 296, 300; Larombière, 1271, 6; Colmet de Santerre, V, 219, bis, VII; Demolombe, V, 258 y sigs.; Laurent, XVIII, 249, 250.

(4) *LL. 5, 8, § 1, D. de novat., etc.* (XLVI, 2); *L. 47, D. de v. o.* (XLV, 1); Molitor, *Obl.*, 1033; Duranton, XII, 301, 302; Larombière, 1271, 9.

(5) *L. 8, § D. de novat., etc.* (XLVI, 2); *L. 55, D. de fideiussoribus, etc.* (XLVI, 1).

pios generales del derecho moderno no difieren en nada sobre el asunto de los del derecho antiguo.

### III

412. La última condición esencial es, finalmente, la nueva obligación. No nos proponemos la duda de si una obligación natural puede sustituir eficazmente á una obligación civil, por ser ciertísimo que el derecho moderno no reconoce contratos que produzcan solamente la obligación natural. Apenas nos detendremos en notar que cuando la nueva obligación, por ejemplo, estuviese falta de objeto, ó de las solemnidades necesarias, por lo que resultase totalmente nula en absoluto, no habría novación, sino que continuaría existiendo la precedente obligación (1).

Podría la segunda obligación ser anulable por estar afectada de un vicio de capacidad ó de consentimiento. Ahora bien; por lo que respecta á la incapacidad, no tenemos nada que añadir á lo ya dicho (2); que debe repetirse también, en nuestro concepto, con relación á los vicios del consentimiento. Que es como decir que si el acreedor conocía los vicios de la nueva obligación, y esto no obstante, consintió la novación, es preciso decir que se ha convenido en correr el peligro de la anulación cuando ésta sea provocada por el deudor. Pero será un caso inverosímil y necesitado de pruebas no equívocas, porque nadie ciertamente se adapta á renunciar á una obligación buena para aceptar en su sustitución una mala (3). Y en este punto están de acuerdo, puede decirse, todos los escritores. Pero cuando en su lugar se suponga que el acreedor ignoraba el vicio de la nueva obligación, todos los escritores que en materia de incapacidad del deudor sostienen la eficacia de la novación, y la imposibilidad de volver á la obligación primitiva, repiten, á excepción de Toullier (4), la misma doctrina para los vicios del consentimiento (5). Nosotros, por el contrario, aplaudimos la opinión de aquéllos, que tanto en el caso de la anulación por incapacidad, como en el de rescisión por vicios del consentimiento, ignorados por el acreedor, niegan la

---

(1) Aubry et Rau, § 324 texto y nota 16; Demolombe, V, 242; Laurent, XVIII, 253.

(2) Véase núms. 358, 380.

(3) Véase Colmet de Santerre, V, 220 bis, II; Aubry et Rau, § 324, nota 24; Laurent, XVIII, 258.

(4) *Ob. cit.*, IV, 299.

(5) Véase los núms. 358, 380.

eficacia de la novación (1); exceptuando el caso de que la nulidad haya sido pronunciada por hechos imputables al acreedor (2).

413. Hablando del *animus novandi* nos hemos detenido largamente sobre el modo como la nueva obligación debe diferir de la antigua; ahora debemos añadir que de la misma manera como una obligación condicional ó á término puede ser sustituida por una obligación pura, una pura puede ser sustituida por la condicional ó á término. La novación, salvo contraria voluntad de las partes, no producirá efecto antes que la condición suspensiva llegue á verificarse ó la resolutoria á faltar (3). Si la nueva obligación es, pues, bajo resolutoria, el acreedor podrá obrar *pendente conditione* con obligación de restituir cuando llegue á verificarse la condición. Si por el contrario la nueva obligación es bajo suspensiva, no habrá acción antes de verificarse la condición. Es inútil recordar que la simple adición del término no hace más que retardar la ejecución; y no produce novación si no está acompañada de otros cambios sustanciales ó de la explícita manifestación del *animus novandi* (4).

414. Finalmente, la obligación nueva debe ser posterior á la primera por necesidad lógica de la sustitución. Algunos autores modernos enseñan terminantemente que no se requiere entre la primera y la segunda obligación un cierto lapso de tiempo, sino que basta que la una preceda á la otra (por decirlo con sus palabras) *ne fût ce que d' un instant de raison* (5). Pero este es un modo hiperbólico y falaz de enunciar una regla que tiene necesidad de ser entendida como es debido. Entre los romanos, la máxima enunciada fué una ficción jurídica imaginada para eludir las restricciones que sufría la voluntad de ultimar contratos por medio de representantes; y aplicada quizás á la obligación futura, que era novada subjetivamente, esto es, por medio de delegación (6).

(1) Aubry et Rau, § 324, nota 23, 24, 25, 26; Larombière, 1278, 3 y 4; Marcadé, 1272, 4; Demolombe, V, 254; Laurent, XVIII, 453.

(2) L. 48, D. de fideiuss. et mandat. (XLVI, 1); Demolombe, V, 255; Aubry et Rau, *loc. cit.*, nota 26.

(3) Véase L. 8, § 1; L. 14, § 1, D. de novat. et deleg. (XLVI, 2); Larombière, 1271, 8; Aubry et Rau, § 324, nota 17; Demolombe, V, 258 y sigs.; Laurent, XVIII, 254; Coimet de Santerre, V, 219 bis, VIII; contra Marcadé, 1272, V.

(4) Véase el núm. 392.

(5) Durantón, XII, 303; Aubry et Rau, § 324, nota 10; Demolombe, V, 262.

(6) L. 8, § 2, D. de novat., etc. (XLVI, 2); «Si quis ita stipulatus a Selo sit: *quoad Titio stipulatus fuero, dare spondes?* An si postea a Titio stipulatus sim, fiat novatio, solusque teneatur Selsus? Et ait Celsus novationem fieri, si modo id actum sit ut novetur; Id est, ut Selsus debeat, quod Titio promisit: nam eodem tempore, et impleri prioris stipulationis conditionem, et novari ait: eoque iure utimur». L. 55, D. de fideiussorib. (XLVI, 1); «Si ita stipulatus a Seio fuero, *quantam pecuniam Titio,*



Así, quien no podía ultimar personalmente un contrato, verbi-gracia, porque tenía que ausentarse, era cauto en pactar con un tercero: *¿quidquid Titius a te stipulatus fuerit, id mihi dare spondes?* Obtenida la promesa, encargaba á Ticio que estipulase en tiempo oportuno el contrato, que de tal modo resultaba directamente en ventaja de dicho mandante (1).

Voet aplicó la misma regla á la novación de la obligación condicional (2); pero sin fundamento, porque la obligación condicional no es futura; existe ya aún antes de realizarse la condición y únicamente están suspendidos sus efectos. También Pothier se acordó del expediente imaginado por los jurisconsultos romanos, considerándolo como una ficción; mas solo lo aplicó á la novación subjetiva, como aquellos habían hecho. Lo aplicó precisamente á la adjudicación (3).

Únicamente en el día de hoy es cuando querría extenderse á la novación objetiva, y en particular, al precio de la venta regulado en letras de cambio; y todo esto para sacar en conclusión que no debe quedar ya del primer contrato ninguna traza, verificándose solamente los efectos del contrato de cambio. Ahora bien; nosotros no podemos llegar hasta este punto. Suponer una obligación preexistente nacida y muerta al mismo tiempo, es una ficción jurídica, ó como de otro modo puede decirse, una frase inexacta, que sirve sin ningún inconveniente para explicar la novación de la obligación futura, ó la adjudicación de la deuda contemporánea á dicha deuda; cuando uno y otro fenómeno podrían explicarse quizás sin necesidad de recurrir á la teoría de la novación. Pero concedámoslo también; la ficción no produce ningún

---

*quandoque credidero, dare spondes? et fidelussor: s accepero, deinde Titio saepius credidero, nempe Seius in omnes summas obligatus est».*

(1) Véase sobre el asunto el interesante estudio de Fadda, *Sulla dottrina della novazione*, § 99, pág. 302.

(2) Voet, XLVI, 2, 9 al final: «Conditionale vero ita demum, si existat conditio, quae fecit nasci obligationem priorem, in omni novatione praerequisitam. Estque hic casus, in quo (cum vulgo aliud nativitatís, aliud interitus momentum «sse debeat) obligatio uno eodemque temporis momento nascitur, atque interit».

(3) Pothier, *Obl.*, 588. Es cierto que está en la esencia de la novación que se hayan contraído dos deudas, una anterior y otra que la ha sustituido; pero basta que la primera haya precedido á la segunda sólo un instante; así puede hacerse la novación de la primera deuda por una segunda que se contrae en el mismo momento en que se contrae la primera. Por ejemplo: «me vendéis un fundo por diez mil liras, y en el mismo contrato un tercero, que aceptáis como vuestro único deudor, se obliga en mi lugar á pagaros esta suma: se supone en derecho que por un instante ha existido una deuda contraída por mí por el precio del fundo que se me ha vendido y de la que se hace novación con la obligación contraída por el tercero de pagar esta suma en mi lugar; y bien que esta deuda contraída por mí no haya existido realmente un momento, se hace esto no obstante su novación en el mismo instante en que se contrae.»

daño, ya que alcanza el objeto que las partes se proponían obtener. Se abusa, sin embargo, de esta ficción cuando se aplica á la novación objetiva y se pretende imponer á las partes como necesidad jurídica dependiente de la misma ficción el que la primera obligación debe desaparecer enteramente. Más bien que soñar en una novación y una obligación preexistente sin vida autónoma, es mejor decir la verdad y no ver en dicho negocio más que una obligación con los pactos ó modificaciones que se quieran, exigidos por los contratantes. Es la intención de éstos la que debe decirnos si la obligación presupuesta queda ó no extinguida en todos los efectos por la segunda; ó si más bien queda simplemente modificada de manera que los efectos de la una se acumulen á los de la otra. Y la jurisprudencia opta, no sin razón en la mayor parte de los casos, por la intención de acumular los efectos de una con los de la otra obligación.

## CAPÍTULO II

### EFFECTOS DE LA NOVACIÓN (1)

#### I

415. REGLAS.—Es efecto natural de la novación el extinguir una obligación y crear otra. Por esto es liberatoria y obligatoria

(1) DERECHO COMPARADO.—I. *Derecho español: Efectos generales de la novación.*

A) *Código civil.—a) Efectos relativos á la insolvencia del deudor.*—La insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública, ó conocida del deudor al delegar su deuda (*art. 1206 del Código civil español*).

b) *Efectos de la novación respecto á las obligaciones accesorias.*—Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen á terceros que no hubiesen prestado su consentimiento (*art. 1207 ídem*).

c) *Nulidad de la novación.*—La novación es nula, si lo fuese también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, ó que la ratificación convalide los actos nulos en su origen (*art. 1208 del Código civil español*).

B) *Jurisprudencia hipotecaria—Extinción de las obligaciones.*—*Cancelación de hipoteca.*—Es un principio de derecho, del que son consecuencias los preceptos del art. 1207 del Código civil, que en toda especie de liberación de la obligación principal, quedan también extinguidas ó liberadas las obligaciones accesorias (*Resolución de la Dirección general de los Registros de 19 de Mayo de 1894*).

II. *Derecho hispano-americano.—Efectos legales de la novación.*

*Argentina.—a) Efectos respecto á las obligaciones accesorias y de garantía.* La novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias. El acreedor, sin embargo, puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios é hipotecas del antiguo crédito que entonces pasan á la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona, respecto de la cual es

al mismo tiempo. Como liberatoria, la novación se extiende al deudor principal y á todos los coobligados y fiadores, á todas las

hecha. El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda ó hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados ó empeñados perteneciesen á terceros que no hubiesen tenido parte en la novación (*arts. 837 y 838 del Código civil de la Argentina*).

b) *Efectos referentes á los acreedores ó codeudores solidarios.*—La novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias ó indivisibles extingue la obligación de los otros codeudores. Del mismo modo, la novación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, extingue la obligación de éste para con los otros acreedores (*arts. 843 y 844 del Código citado*).

c) *Efectos relativos á la fianza.*—La novación entre el acreedor y los fiadores extingue la obligación del deudor principal (*art. 845 idem*).

d) *Efectos aplicables á la insolvencia del deudor.*—La insolvencia del deudor substituído no da derecho al acreedor para reclamar la deuda del primer deudor, á no ser que el deudor substituído fuese incapaz ya de contratar por hallarse fallido (*artículo 850 del Código de la Argentina*).

*Bolivia.*—a) *Efectos de la novación con respecto al acreedor.*—El acreedor que deja libre al deudor que ha hecho la delegación, no tiene recurso alguno contra él si el delegado se hace insolvente, á no ser que la escritura contenga una reserva expresa, ó que el delegaao á tiempo de la delegación hubiese quebrado ó hecho bancarota. Se transmiten al nuevo acreedor por rigor de derecho y mientras no se estipule otra cosa los privilegios é hipotecas del primer crédito (*arts. 868 y 870 del Código civil de Bolivia*).

b) *Efectos correspondientes al deudor.*—Cuando la novación se hace por sustitución de un nuevo deudor, los privilegios é hipotecas primitivas del crédito no pasan al sustituido, sino por pacto expreso (*art. 871 idem*).

c) *Derivaciones con relación á las obligaciones mancomunadas solidarias.*—Cuando la novación se hace entre el acreedor y uno de los deudores *in solidum*, los privilegios é hipotecas del antiguo crédito no pueden reservarse siempre que los coobligados no quieran entrar en la nueva disposición. Por la novación hecha entre el acreedor y uno de los deudores solidarios quedan libres los demás codeudores. La novación que hubiese tenido lugar con respecto al deudor principal libra á los fiadores. Sin embargo, si el acreedor hubiese exigido en el primer caso el asentimiento de los codeudores ó el de los fiadores en el segundo, el crédito antiguo quedará subsistente, si los codeudores ó fiadores rehusasen su asentimiento (*arts. 872 y 873, según la modificación establecida por el art. 32 de la ley de 27 de Diciembre de 1882*).

*Chile, Colombia y Ecuador.*—a) *Efectos generales de la novación.*—1.º De cualquier modo que se haga la novación quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario. 2.º Sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor ó sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación. 3.º Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas é hipotecas de la obligación primitiva no pasan á la obligación posterior, á menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva. Pero la reserva de las prendas é hipotecas de la obligación primitiva no vale, cuando las cosas empeñadas ó hipotecadas pertenecen á tercero, que no acceden expresamente á la segunda obligación. Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjese, la hipoteca de la primera no se extenderá á los intereses. 4.º Si la novación se opera por la sustitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento, y si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deu-

## secuelas y accesorios. Libera al deudor con respecto al antiguo

dores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente á éste. Las prendas é hipotecas constituídas por sus codeudores solidarios se extinguen á pesar de toda estipulación contraria, salvo que éstos accedan expresamente á la segunda obligación (*arts. 1640 á 1643 del Código civil de Chile; 1699 á 1702 de Colombia, y 1630 á 1633 del Ecuador*).

b) *Efectos de la novación concernientes al deudor*.—1.º El que delegado por alguno de quien creía ser deudor y no lo era, promete al acreedor de éste pagarle para libertarse de la falsa deuda, está obligado al cumplimiento de su promesa; pero le quedará á salvo su derecho contra el delegante para que pague por él ó le reembolse lo pagado. 2.º El que fué delegado por alguno que se creía deudor y no lo era, no está obligado al acreedor; y si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiera sido verdadera, quedando á salvo su derecho al delegante para la restitución de lo indebidamente pagado. 3.º El acreedor que ha dado por libre al deudor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia, á menos que en el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, ó que la insolvencia haya sido anterior y pública ó conocida del deudor primitivo (*arts. 1637 á 1639 de Chile; 1696 á 1968 de Colombia, y 1627 á 1629 de El Ecuador*).

c) *Efectos relativos á los codeudores subsidiarios y solidarios*.—La novación libera á los codeudores solidarios ó subsidiarios que *no han accedido* á ella. Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir ó quitar una especie, género ó cantidad á la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta aquello en que ambas obligaciones convienen. Si la nueva obligación se limita á imponer una pena para el caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas é hipotecas subsistirán hasta el valor de la deuda principal sin la pena. Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas, hipotecas de la obligación primitiva y exonerados los que solidaria ó subsidiariamente accedieron á la obligación primitiva y no á la estipulación penal (*artículos 1645 á 1647; 1704 á 1706, y 1635 á 1637 respectivamente de los Códigos citados*).

*Guatemala*.—a) *Efectos generales de la novación con relación al deudor*.—1.º En las novaciones en que se sustituye otro deudor, todos los que están coobligados, aunque fuesen como deudores solidarios, fiadores ó codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, á no ser que se obliguen en el nuevo contrato. 2.º Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir ó quitar una especie, género, cantidad á la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen. 3.º Si la nueva obligación se limita á imponer una pena para el caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas é hipotecas, subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena. Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas é hipotecas de la obligación primitiva y exonerados los que solidariamente ó subsidiariamente accedieron á la obligación primitiva y no á la estipulación penal. 4.º La simple mutación de lugar para el pago, deja subsistentes los privilegios, prendas é hipotecas de la obligación y la responsabilidad de los codeudores solidarios ó subsidiarios, pero sin ningún gravamen más. 5.º En los casos anteriores, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo ni contra los fiadores de éste, aun cuando el sustituto llegue á ser insolvente; si no es que la sustitución se hubiese hecho cuando ya estaba fallido el nuevo

acreedor, si la novación es subjetiva con cambio de acreedor. Lo

deudor, ignorándolo el acreedor (*arts. 2342 y 2343 del Código de Guatemala, adicionado el primero por el art. 343 del Decreto de Reformas*).

b) *Efectos respecto del acreedor*.—Cuando la novación es de un nuevo acreedor, se transmiten á favor de éste todos los gravámenes é hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior (*art. 2344 del Código citado*).

c) *Efectos de la novación en las obligaciones complementarias de garantía*.—Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior, á menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva; pero no valdrá ésta cuando las cosas empeñadas ó hipotecadas pertenecen á terceros que no acceden expresamente á la segunda obligación (*art. 2345 del Código civil de Guatemala, sustituido por el 344 del Decreto de Reformas*).

*Honduras*.—Con la expresión literal de nuestro Código civil, menciona el de Honduras los mismos casos que el español, acerca de los efectos jurídicos que produce la insolvencia del deudor delegado (*art. 1313*), extinción de las obligaciones accesorias, en cuanto no perjudiquen á tercero, por novación de la principal (*art. 1314*), y nulidad de ésta á menos que concurren los requisitos generales de convalidación de los actos nulos en su origen (*art. 1315 del Código civil de Honduras*).

*Méjico*.—a) *Efectos jurídicos de la novación*.—Extinguida la deuda antigua por la novación, quedan igualmente extinguidos todos los derechos y obligaciones accesorios no habiendo reserva expresa. Si la reserva tiene relación á un tercero, es también necesario el consentimiento de éste. Cuando la novación se efectúa entre el acreedor y algún deudor solidario, los privilegios é hipotecas del antiguo crédito, sólo pueden quedar reservados con relación á los bienes del deudor que contrae la nueva deuda (*arts. 1612 á 1614 del Código civil de Méjico*).

b) *Efectos derivados con respecto á los deudores*.—Por la novación hecha entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios, quedan exonerados todos los demás codeudores, sin perjuicio de la quita ó remisión de la deuda hecha por el acreedor á uno de los deudores mancomunados que no extinguirá la obligación respecto de todos, cuando el perdón se halle limitado á una parte de la deuda ó á un deudor determinado (*art. 1615 en concordancia con el 1407 del Código citado*).

c) *Obligaciones con condición suspensiva*.—Aun cuando la obligación anterior esté subordinada á una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquélla, si así se hubiese estipulado (*art. 1617 del Código mejicano*).

d) *Nulidad de la novación y de la obligación anterior*.—Si la novación fuese nula, subsistirá la antigua obligación. Cuando la obligación primitiva fuese absolutamente reprobada por la ley, ó cuando sus vicios no puedan subsanarse, será nula la obligación que la sustituya (*arts. 1618 y 1619 idem*).

e) *Excepciones alegables por el deudor*.—El deudor sustituido, no podrá oponer al acreedor las excepciones que personalmente competían al primer deudor; más podrá oponerle las que personalmente tuviese contra el mismo acreedor y las que procedan del contrato (*art. 1620 del Código civil de Méjico*).

*Perú*.—a) *Efectos generales de la novación*.—Si un nuevo deudor se sustituye, quedan extinguidas las hipotecas y seguridades de la obligación anterior (*art. 2271 del Código civil del Perú*).

b) *Efectos de la novación personal de deudores*.—En las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad, á no ser que se obliguen en el nuevo contrato. En este caso, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo, ni contra los fiadores de éste, aun cuando el sustituto llegue á ser insolvente; si no es que la sustitución se hubiese hecho

libera enteramente y pone en su lugar al nuevo deudor, si es subjetiva con cambio de deudor. Lo libera, finalmente, de la deuda

cuando ya estaba fallido el nuevo deudor, ignorándolo el acreedor (*arts. 2268 y 2269 del Código citado*).

c) *Novación personal de acreedores*.—Cuando la novación es de un nuevo acreedor, se transmiten á favor de éste, todos los gravámenes é hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior (*art. 2270 idem*).

*Salvador (El)*.—Como los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador, el salvadoreño contiene la misma doctrina acerca de los efectos de la novación en las obligaciones accesorias de garantía (*art. 1529*), salvo que expresamente acreedor y deudor convengan en su reserva y siempre sin perjuicio de tercero (*arts. 1530 y 1531*), extinción de la obligación principal con respecto á los codeudores ó subsidiarios que no intervinieron en ella, á menos que la modificación sea meramente accidental (*artículos 1532 á 1534*), efectos especiales de la cláusula penal en cuanto afecta á las demás obligaciones complementarias (*art. 1536*) y últimamente repite la doctrina, ya expuesta al examinar aquellos Códigos, concerniente á los efectos jurídicos de la simple mutación del lugar del pago, mera ampliación del plazo, y reducción del mismo etcétera (*arts. 1536 á 1539 del Código civil de la República de El Salvador*).

*Uruguay*.—a) *Principios generales respecto á los efectos de la novación*: 1.º, de cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera obligación, si no se expresa lo contrario; 2.º, sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor ó sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación; 3.º, las prendas ó hipotecas de la primera deuda no pasan á la deuda posterior, aunque la novación se opere dejando el mismo deudor, á menos que éste y el acreedor, convengan expresamente en la reserva. Pero esta reserva no valdrá, si las cosas empeñadas ó hipotecadas, perteneciesen á terceros que no hayan accedido á la segunda obligación. Tampoco valdrá la reserva en lo que la segunda obligación tuviese de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses y la segunda los produjese, la hipoteca de la primera no se extenderá á los intereses (*arts. 1508 á 1510 del Código civil del Uruguay*).

b) *Efectos relativos á la nulidad del nuevo título*.—La nulidad relativa del nuevo título, la pérdida ó la evicción de la cosa dada en pago, no hacen revivir los derechos que resultaban de la obligación extinguida por la novación (*art. 1507 del Código citado*).

c) *Efectos de la novación por sustitución de deudor*.—Si la novación se opera sustituyendo un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento. Cuando se opera la novación entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente á éste. Las prendas é hipotecas constituidas por los otros codeudores solidarios se extinguen, á pesar de toda estipulación contraria, salvo que éstos accedan expresamente á la segunda obligación. En los casos y cuantías en que no pueda tener efecto la reserva, podrán, sin embargo, renovarse las prendas é hipotecas con las mismas formalidades que si se constituyesen por primera vez. Su fecha será entonces la de la renovación (*arts. 1511 y 1512 del mencionado Código*).

d) *Efectos de la novación en las obligaciones solidarias*.—La novación hecha por el acreedor con alguno de sus deudores solidarios, extingue la obligación de los demás deudores de esta clase respecto del acreedor, sin perjuicio de los principios generales aplicables á las obligaciones y deudas de carácter solidario. La producida respecto del deudor principal, libra á los fiadores. Sin embargo, si el acreedor ha exigido en el primer caso la aceptación de los codeudores solidarios; ó en el segundo la de los fiadores, subsiste el antiguo crédito, siempre que los codeudores ó los fiadores rehusen acceder al nuevo arreglo (*art. 1513 idem*).

antigua, endosándole á su vez la deuda nueva, si la novación es objetiva (1).

416. La nueva obligación nada conserva por regla general de la naturaleza y de los efectos que tenía la antigua; sino que toma la naturaleza y los efectos propios de su índole jurídica; ni el deudor puede servirse de las excepciones que le correspondían por la primera deuda. Intereses, frutos, competencia, prescripción, peligro y ventaja, todo toma norma de la obligación nueva, olvidando de hecho á la antigua. Por otro lado, pueden las partes reservar los efectos de la obligación antigua con tal que sean compatibles ó no exista prohibición legal, como explicaremos más adelante (2).

417. Estos efectos se verifican apenas la novación es perfecta, aun cuando la nueva obligación permanezca incumplida; pero si la ineficacia de la nueva obligación depende de la evicción, porque sea reivindicada la cosa que es objeto de la segunda obliga-

*e) Efectos de las condiciones accidentales contenidas en la novación.*—Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir ó quitar una especie, género ó cantidad á la primera, los codeudores solidarios y subsidiarios podrán ser obligados hasta la concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen. La simple mutación de lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, prendas é hipotecas de la obligación y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, en todo lo que no diga relación al lugar (*arts. 1514 y 1515 del Código civil de la República Oriental del Uruguay*).

*Venezuela.—a) Principios generales:* 1.º, los privilegios é hipotecas del crédito anterior no pasan al que le es sustituido, si el acreedor no ha hecho de ellos reserva expresa; 2.º, cuando la novación se efectúa por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios é hipotecas primitivos del crédito, no se transfieren á los bienes del nuevo deudor; 3.º, si la novación se verifica entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, los privilegios y las hipotecas del crédito anterior no pueden reservarse, sino sobre los bienes del deudor que contrae la nueva obligación (*arts. 1247 á 1249 del Código civil de Venezuela*).

*b) Novación efectuada con los deudores solidarios.*—Por la novación hecha entre el acreedor y uno de los deudores solidarios quedan libres los codeudores. Pero si el acreedor exige en el primer caso el consentimiento de los codeudores, y en el segundo el de los fiadores, y ellos rehusan darlo para la nueva convención, subsistirá el crédito anterior (*art. 1250 idem*).

*c) Efectos con relación á las excepciones.*—El deudor que ha aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que habría podido oponer al acreedor primitivo, salvo sin embargo, su acción contra este último (*art. 1251 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela*).

(1) Arts. 1236, 1271, 1274, 1275, 1277, Cód. civ. it.; 1234, 1275, 1278, 1279, 1281, Cód. Nap.; § 3, *Inst. quib. modis obl. tollitur* (III, 29); L. 2. 3, *Cod. de novat.* (VIII, 42); L. 8, § 3, *D. ad S. C. Velleianum* (XVI, 1); L. 37, § 4, *D. de operis libert.* (XXVIII, 1); LL. 18, 29, *D. de novation, etc.* (XLVI, 2); L. 68, § 1, *D. de evict.* (XXI, 2); L. 4, *C. de fideiuss.* (VIII, 41); LL. 12, 19, 33, *D. de novat.* (XLVI, 2); L. 4, §§ 20 y 21; *D. de doli mali except.* (XLIX, 4); L. 78, § 5, *D. de iure dotium* (XXIII, 3); Voet, XLVI, 2, 9 y sigs.; Aubry et Rau, § 324, núm. 5, texto y notas; Demolombe, V, 332 y sigs., y todos los autores citados.

(2) Véanse los núms. 422 y sigs.

ción, ó por anulación dependiente de vicios de capacidad ó de consentimiento ignorados por el acreedor, hemos visto ya que resurge la primera obligación, ó por mejor decir, no se extingue definitivamente (1). Resurge también si las partes pactan explícitamente que en caso de incumplimiento de la nueva obligación que dará la antigua (2).

418. Juntamente con las secuelas de la obligación extinguida desaparece también la morosidad con todos los efectos que había producido. En efecto, ¿no es esta un accesorio de la obligación? ¿Cómo ha de poder subsistir, faltando lo principal? Nos habríamos abstenido de una observación de tan clara evidencia, si los comentadores y los romanistas modernos no se hubieran confundido mucho en la interpretación de algunos textos romanos, entrando en sutilísimas distinciones entre cesación y absolución de la morosidad. Dejemos la discusión á quien se encarga de liquidar la rica herencia del derecho romano (3); y nosotros, por no perder la cabeza en disputas faltas de utilidad práctica, acordémosnos bien de que en el derecho moderno la novación, sustituyendo la obligación nueva á la vieja, se lleva todas las secuelas de ésta; entre las cuales va comprendida la morosidad, con los efectos que haya producido y pudiera producir, salvo que las partes los hayan reservado. *Cum principalis causa non consistit, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur locum habent* (L. 178 D. de reg. iur., L. 17).

419. Todos los efectos de la novación antes indicados también en beneficio del fiador y de los coobligados, se verifican tanto si aquélla se ultima entre el acreedor y el deudor sólo, como si se ultima entre el acreedor y uno de los deudores solidarios (4). Lo mismo opinamos que debe decirse del codeudor en la obligación indivisible; es decir, la liberación de la obligación anterior es un beneficio que se extiende á todos los codeudores, los cuales por otra parte no pueden quedar perjudicados sea con relación al acreedor sea en vía de regreso para con el deudor que ha novado, por las consecuencias de la nueva obligación.

420. Por el contrario, la novación ultimada con el fiador no libera al deudor principal más que cuando resulte abiertamente que las partes quisieron cargar al fiador todo el peso de la obli-

(1) Véase el núm. 384, y los indicados.

(2) Larombière, 1281, 4; Colmet de Santerre, V, 228 bis, III; Demotombe, V, 335.

(3) Sobre la cuestión pueden verse oportunamente entre otros muchos. Voet, XLVI, 2, 10; Arndts-Serafini, § 268, nota 10; De Gioannis, *Della purgazione della mora in virtù di novazione* (Archiv. giur. Serafini, XII, 138-139); y los estudios de Fadda, §§ 66 y slgs.

(4) Arts. 1277 princ., Cód. civ. it.; 1281, princ., Cód. Nap.



gación, descargando al deudor principal. Voluntad no presumible, que debe aparecer de las cláusulas del documento (1). No se opondría la solidaridad del fiador; pues la fianza solidaria es también un accesorio de la obligación principal. La opinión contraria de pocos escritores fué ya refutada y no ha tenido nunca crédito en jurisprudencia (2). Por las mismas razones, la novación estipulada por el acreedor con uno de los diferentes fiadores no libera á los otros, salvo intención contraria de los contratantes.

## II

421. EXCEPCIONES.—a) *Novación hecha por el acreedor in solidum*.—Cuando la novación se ultime entre el deudor y uno de los varios acreedores solidarios, no produce efecto más que para el único acreedor que la haya estipulado y con respecto á su parte solamente. Esta excepción si debiéramos examinarla frente al derecho romano tendríamos materia de discusiones larguísimas; pero baste lo dicho en otra ocasión y el recuerdo de que, en el derecho moderno, la regla no sufre controversia por la doctrina y por la jurisprudencia ahora establecidas sobre el art. 1198 del Código Napoleón, y 1185 del italiano (3). Esto no obstante, pensamos con Demolombe y Colmet de Santerre que los otros acreedores pueden adherirse á ella, si la creyeran ventajosa.

También es preciso decir lo mismo del acreedor en la obligación individual, porque no puede perjudicar con la novación á los otros compañeros en el crédito, de los que no tiene para tal efecto representación legal; pero es racional que á éstos no se les impida aprovecharse de la novación cuando la crean conveniente.

422. b) *Reservas acerca los codeudores solidarios y el fiador*.—Cuando la novación se ultima entre el acreedor y el deudor, el fiador, hemos dicho, queda liberado; igualmente, si se estipula por un deudor *in solidum*, todos los otros quedan liberados también. Hasta aquí la regla: «Sin embargo, añade dicho artículo 1277, si el acreedor exige en el primer caso la adhesión de los codeudores, ó en el segundo la de los fiadores, y éstos se niegan á adherirse á la nueva convención, subsiste el crédito anterior». Lo mismo enseñaban también los Emperadores romanos: *Novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris*

(1) Aubry et Rau, § 324, nota 52; Colmet de Santerre, V, 229 bis, II; Demolombe, V, 339; Larombière, 1281, 4; Laurent, XVIII, 325.

(2) Troplong, *Cautionnement*, 552, y autores de la nota precedente.

(3) Véase el vol. I, núm. 110; Rodière, *Solidarité, etc.*, 21; Durantou, II, 176; Colmet de Santerre, V, 129, 130 bis, III; Larombière, 1398, 13; Demolombe, V, 183; Pacifí-Mazzoni, *ob. cit.* (IV.<sup>a</sup> ed.), vol. IV, 135.

*contractus fideiussores vel mandatores liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt* (1). Y con razón, porque se comprende por un lado el derecho del acreedor de no consentir la novación si los fiadores ó los codeudores no se adhieren á la nueva obligación, y por el otro, la imposibilidad de pretender que éstos queden obligados sin su consentimiento. No nos ocuparemos, pues, de los pocos escritores que la censuran por afán de singularizarse, sea por no haber comprendido bien el sentido de la disposición, pareciéndoles irracional que el acreedor no pueda estipular la permanencia de los codeudores y de los fiadores en la nueva obligación, aun sin necesidad de su consentimiento (2). Nosotros encontramos á su vez razonable y conforme á los cánones de la justicia, que no se pueda obligar á un codeudor de una obligación á permanecer ligado en una obligación diversa. Y por lo tanto, decimos que el acreedor podrá estipular la novación, sea pactándola con la condición suspensiva de la adhesión de los codeudores ó del fiador, sea bajo condición resolutoria de que al no adherirse á la nueva obligación, la novación se tendrá por no hecha. En la primera hipótesis, la novación se estimará, por lo tanto, no ultimada cuando el fiador ó los codeudores notificados no se adhieran á ella, y quedará inalterada la primera obligación. En la segunda hipótesis, faltando la adhesión, volverá á vivir la antigua deuda, como si no se hubiera extinguido nunca.

Esta novación condicional, dice bien Demolombe, no liberará más que condicionalmente á los codeudores y al fiador; y en caso de incumplimiento de la condición, el acreedor volverá á adquirir los propios derechos antiguos contra éstos, los cuales, por otra parte, no podrán nunca ser perjudicados por la novación, que para ellos es *res inter alios acta*. De ahí que mientras pende la condición, quedan en los términos de su obligación primitiva; y llegado el vencimiento de la deuda, cada uno de los codeudores solidarios conserva el derecho de ofrecer el pago al acreedor, deduciendo la parte del que hizo la novación, y de ejercitar el consiguiente regreso contra los otros codeudores. Igualmente el fiador puede pagar y dirigirse á su vez en regreso contra el deudor principal (3).

No nos detenemos en la cuestión acerca de si, aceptando la novación los codeudores, estarán tenidos también solidariamen-

(1) *L. 4, Cod. de fideiuss.* (VIII, 41).

(2) Mourlon, *Rép. écrites*, II, 1414.

(3) Pothier, *Obl.*, 599; Larombière, 1281, 4; Aubry et Rau, § 324, nota 59; Toullier, IV, 314; Duranton, XII, 317; Colmet de Santerre, 5, 228, 229 bis, I; Demolombe, V, 365, 366, 367; Laurent, XVIII, 327.

te, porque depende de las reglas sobre las obligaciones solidarias. Recordamos sólo de pasada que la solidaridad no se presume, sino que debe ser estipulada (1).

### III

423. *c) Reserva de las hipotecas, de la prenda, ó de otros de rechos en general.*—No puede continuar la hipoteca cuando cae la obligación principal, y por ello vemos que la novación extingue las hipotecas, como extingue la fianza. Ahora es el momento de añadir que el acreedor las puede reservar, porque no hay obstáculo legal, sino por el contrario, disposición permisiva de ley encaminada á autorizar dicha reserva. Era éste también un principio cierto antiguamente, y al sancionarlo el Código no ha hecho más que rendir homenaje á las tradiciones (2). Era un principio de conveniencia manifiesta para facilitar las transacciones civiles, enlazando las garantías del crédito antiguo con el nuevo; y el legislador, reconociendo el principio, ha puesto en armonía la teoría de la novación con la del pago con subrogación.

Evidentemente, esta reserva no puede volverse nunca en daño de terceros, sea con relación á la fecha de las hipotecas, que queda como estaba, sea con respecto á la cifra del crédito garantizado, que no puede ser aumentada; de manera que si el primer crédito cubierto por la inscripción hipotecaria era, verbigracia, de 10.000 y el segundo de 15.000, la hipoteca queda firme sólo por los 10.000 del primer crédito (3).

424. Por lo demás, la reserva de las hipotecas debe ser expresa y contemporánea al acto de novación. Expresa, porque así lo quiere el art. 1274, que establece la regla contraria á la conservación de las hipotecas, limitándola únicamente cuando el acreedor haya hecho *expresa reserva* de dichas hipotecas, lo que, por otra parte, no impone la necesidad de la palabra reserva, pudiéndose bien suplir por otras, idóneas para manifestar sin equívoco la voluntad de mantener intactas las garantías hipotecarias. Esta reserva debe ser también contemporánea, porque posterior será tardía é ineficaz para hacer resurgir hipotecas ya

(1) Véase vol. I, núm. 137.

(2) Voet, XLVI, 2, 10: «Perimuntur privilegia priori obligationi adhaerentia... ac reliquae eius evanescent accessiones, veluti fideiussores, pignora... nisi fideiussio vel pignus, repetitum sit». *L. 4, Cod. de fideiuss. L. 11, § 1, D. de pignorat., etc.* «quo casu, pignus durat, cum praerogativa temporis, ex quo primitus constitutum est». *LL. 3 y 12, § 5, D. qui potiores in pignore, etc.* Arts. 1274, Cód. civ. it.: 1278, Cód. Nap.

(3) *LL. 3, 21, D. qui potiores, etc.* (XX, 4); Pothier, *Obl.*, 599; Demolombe, V, 343; Aubry et Rau, 324, nota 53; Laurent, XVIII, 331 y 332.

extinguidas irrevocablemente con la obligación principal. La resurrección retroactiva, ó no tendría importancia, si no hubieran terceros interesados, ó sería imposible, porque lesionaría los derechos adquiridos por éstos (1). Hasta aquí las cosas son suficientemente claras.

425. Pero ha sido siempre grandísima cuestión, y es aún bastante difícil de resolver, si es necesario el consentimiento de aquel sobre cuyos bienes se halla inscrita la hipoteca; y en qué casos la reserva, aun con el consentimiento de éste, puede resultar eficaz cuando se trate de novación por la intervención de un nuevo deudor. La oscuridad de las leyes romanas y las controversias de los comentadores, además del laconismo de los Códigos modernos, junto con las nuevas discrepancias surgidas en el asunto entre los escritores de nuestros tiempos, hacen la discusión bastante embrollada, y difícil tomar un partido sobre el que se pueda reposar tranquilamente. Antes de entrar en una cuestión tan intrincada, parece necesario definirla exactamente haciendo un poco de historia.

En el texto romano existe un pasaje de Paulo que se presta á diversas interpretaciones: *Paulus respondit: si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, ita ut a prima obligatione in universum discederetur; rursus easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse* (2). Por otra parte, el sentido más conforme al tenor de dicho pasaje, y el adoptado más comunmente por los intérpretes antiguos y modernos, es que Paulo pretende requerir también, para la validez de la reserva, el consentimiento de aquel á quien pertenecen las cosas hipotecadas; de manera que cuando éstas no pertenezcan ya al deudor principal, sino que hayan pasado á manos de un tercer poseedor, es preciso el consentimiento de éste además del del deudor.

Esta fué, por cierto, la opinión de Pothier, el cual, precisamente sobre la indicada respuesta de Paulo, fundó su teoría sobre la validez de las reservas hipotecarias hechas en la novación, considerando tanto la novación estipulada por el deudor único, como la pactada por uno de los diferentes deudores *in solidum*, y acompañada de la reserva de las hipotecas. «Nótese también, escribió el jurisconsulto orleanés (3), que esta traslación de hipotecas del crédito antiguo al nuevo no puede hacerse más que con el consentimiento de la persona á quien pertenezcan las

(1) Pothier, *Obl.*, 399; Demolombe, V, 344; Toullier, IV, 231; Larombière, 1278, 12.

(2) *L. 30, D. de novationibus* (XLVI, 2).

(3) *Obbligazioni*, 599.

cosas hipotecadas. En el caso antes citado, siendo vos parte en el acto en que se ha estipulado la reserva de las hipotecas, es claro que habéis prestado vuestro consentimiento á aquella traslación. Pero si fuera un tercero, que se ha obligado con respecto á mí en el documento de 1760 á pagarme la suma debida por vos en virtud del documento de 1750, no obstante que se hubiera dicho que mediante esta obligación, queda extinguida la deuda de 1750, *con la reserva, sin embargo, de las hipotecas*, aun cuando la novación pueda hacerse sin vuestra intervención, no obstante la traslación de la hipoteca de vuestros bienes, inherente á vuestra deuda de 1750, no puede hacerse á la nueva deuda de 1760 si vos no intervenís en la escritura para aprobarla; no pudiendo el nuevo deudor, al que no pertenecen las cosas hipotecadas, hipotecarlas por la nueva deuda sin vos, que sois su propietario. Tal es la decisión de Paulo en la *L. 30, D. de novationibus*. Según dichos principios, si uno de los diferentes deudores solidarios contrae con respecto al acreedor una nueva obligación, y se ha convenido en el mismo documento que las partes han pretendido hacer novación de la primera deuda *con reserva, sin embargo, de las hipotecas*, esta reserva no puede tener efecto más que por la hipoteca de los bienes del deudor que contrae la nueva deuda, y no por las hipotecas de los bienes de los otros codeudores, no pudiendo sus bienes ser hipotecados sin su consentimiento por una nueva deuda. »

426. Fué, ciertamente, al leer este pasaje de Pothier, cuando los redactores del Código Napoleón dictaron los tres artículos 1278, 1279, 1280, á que corresponden los artículos 1274, 1275, 1276 del Código italiano. Está sancionado en el primero el precepto general por el que los privilegios y las hipotecas no pasan al nuevo crédito, si el acreedor no hace expresa reserva de ello. Quiere el segundo que cuando se efectúe la novación por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios y las hipotecas primitivas del crédito no se transfieran sobre los bienes del nuevo deudor. Por último, prescribe el tercero, si la novación se efectúa entre el acreedor y uno de los deudores *in solidum*, que los privilegios y las hipotecas por el crédito anterior no puedan ser reservados más que sobre los bienes de aquel que contrae la nueva deuda.

Se ve en seguida que los legisladores casi han repetido la observación de Pothier sobre la eficacia de la reserva de la novación subjetiva, *interventu novae personae debitoris*; y que por el contrario, no han establecido nada *claris verbis*, respecto al consentimiento del propietario de las cosas hipotecadas en la novación subjetiva. Precisamente de este silencio han surgido las du-

das para saber si el Código ha querido copiar la doctrina de Pothier, ó apartarse de ella en algo; de esta incertidumbre toman origen las batallas en la escuela y en el foro moderno francés sobre el punto que nos ocupa.

427. Ahora, viniendo directamente á la solución, distingamos ante todo la novación objetiva de la subjetiva. Tratándose de novación objetiva, es decir, que se ultima entre el mismo acreedor y el mismo deudor, no surge duda respecto á la eficacia de la reserva estipulada en el acto, cuando los bienes hipotecados se encuentren en manos del mismo deudor. Desafiamos á encontrar razones para dudar frente al texto clarísimo del artículo 1274, frente á los principios generales del sistema hipotecario. Como el deudor pudo desde el primer momento consentir la hipoteca sobre sus propios bienes, así puede consentir que hoy queden en garantía del nuevo crédito que sustituye al anterior. Ni los acreedores hipotecarios intermedios se pueden lamentar de ello, cuando la suma garantizada por la hipoteca reservada no sea aumentada, porque su condición continúa siendo la misma si acaso no resulta mejorada, como puede acontecer cuando la nueva deuda sea más ligera que la antigua.

Los motivos para dudar comienzan cuando los bienes hipotecados están en manos de un tercer poseedor. Surge entonces la necesidad de saber si la reserva puede resultar eficaz sin el consentimiento de dicho tercer poseedor. Y aquí precisamente es donde se deplora el silencio del Código, y comienza el conflicto entre la doctrina enseñada por Pothier para el caso análogo de la subrogación del deudor, y los principios generales del sistema hipotecario. A creer á Pothier y á los muchísimos que al par de aquél han interpretado la *L. 30 D. de novationibus*, sería preciso tener por indispensable el consentimiento del tercer poseedor. Y he aquí adónde viene á parar la nueva escuela inaugurada por Toullier, según la cual, sería falsa la interpretación dada por Pothier al pasaje de Paulo. La trase de que la novación se había hecho *ita ut a prima obligatione in universum discederetur*, querría decir que en la novación ya ejecutada sin ninguna reserva se querían hacer revivir las hipotecas ya extinguidas. Sería entonces bien natural que una vez muertas éstas, no pudieran nunca resurgir como eran, ni aun con el consentimiento del deudor (1).

Habría quizás mucho que decir contra la doctrina de Toullier, considerada como interpretación del texto de Paulo; pero reservándonos el hablar de ello más extensamente al tratar de la novación subjetiva, es necesario convenir desde ahora en que la

---

(1) Toullier, IV, 312.

doctrina indicada es justísima desde el punto de vista racional, tanto que Demolombe no ha dudado en hacerla suya. Inútilmente, dice este escritor, se dolería el tercer poseedor, obsevando que esta reserva de la hipoteca antigua equivale á nueva constitución de hipoteca, y que por lo tanto, no puede ser hecha en su perjuicio sin su consentimiento. Sería fácil convencerlo del error, mostrándole que una cosa es consentir nueva hipoteca, y otra hacer sobrevivir la antigua. Si la suma garantizada continúa la misma, ¿de qué puede lamentarse? ¿No estaba en el derecho del acreedor y del deudor hacer durar la obligación primitiva tal cual era, y de este modo sostener firme la hipoteca? Además, el artículo 1278 del Código Napoleón, y podemos nosotros decir lo mismo del art. 1274, que le corresponde en nuestro Código, autoriza la reserva de las hipotecas sin hacer distinción, estén inscritas sobre bienes del deudor, estén inscritas sobre bienes de terceros. El texto, pues, de la ley, así como los principios del derecho hipotecario, armonizan perfectamente al conducirnos á la consecuencia de que la reserva de la hipoteca puede también hacerse sin el consentimiento del tercer poseedor. Precisamente como se haría en el pago con subrogación (1).

Estas cosas son las que no entienden lo suficiente aquellos que pretenden que las modernas legislaciones han seguido en todo la doctrina equivocada de Pothier.

428. Por estas y por otras razones, también nosotros nos sentiríamos dispuestos á estimar que la hipoteca se puede reservar sin necesidad del consentimiento del tercer poseedor, sobre cuyos bienes se halla inscrita. Mas lo difícil de la cuestión no está aquí, sino que se encuentra á propósito de la novación subjetiva. Si por subrogación ó por delegación se cambia el deudor, ¿será lícito al acreedor reservar las hipotecas constituidas sobre los bienes del primer deudor liberado? Que pueda hacerlo con el consentimiento de dicho deudor, no ofrece motivo de duda; pero se discute seriamente si le está permitido hacerlo sin el consentimiento de éste. Acreedor de Julio por 10 000 liras, y garantizado por una inscripción hipotecaria sobre los bienes de éste, Carlos acepta á su vez por deudor á Fulano, que se subroga en lugar del primer deudor; pero al liberar de la obligación personal á Julio, quiere reservarse la hipoteca ya inscrita en propia garantía, sin que Julio intervenga en el acto ó dé su consentimiento. El texto de la ley no resuelve directamente la controversia, porque el art. 1275 (1279 Cód. Nap.) se limita á impedir que las hipotecas primitivas sean transferidas sobre los bienes del nuevo deudor;

---

(1) Demolombe, V, 360 y 351.

y el art. 1276 (1280 Cód. Nap.) contiene, es cierto, una disposición para hacer eficaz la reserva de las hipotecas únicamente con relación al deudor que continúa obligado personalmente; pero es disposición que se refiere á uno de los varios deudores solidarios. No resuelve, pues, directamente nuestra controversia. Sin embargo, la opinión negativa recoge el sufragio de la tradición y de la autorizada opinión manifestada por Bigot-Préameneu (1) en los trabajos preparatorios del Código Napoleón, y ha sido luego seguida por respetables autores (2). A su vez los no pocos ni menos autorizados que estiman inútil el consentimiento del antiguo deudor, se fundan en principios de razón y de conveniencia, en reglas fundamentales del sistema hipotecario y en el silencio del Código (3).

Es notable que los dos más ilustres expositores del derecho civil francés, Demolombe y Laurent, publicando casi al mismo tiempo sus volúmenes, son de opiniones encontradas. Será oportuno seguir paso á paso la discusión de Demolombe que trata la cuestión con su habitual amplitud y profundidad.

429. Se invocan por los partidarios de la opinión contraria, dice Demolombe, las tradiciones, y se apoyan en la *L. 30, D. de novat.*, como se interpretó por Pothier en el tratado de las obligaciones. En efecto, el conjunto de las disposiciones sancionadas por el Código no es, en su opinión, más que la reproducción de la doctrina de Pothier. El art. 1278 del Código Napoleón (1274, Código civ. it.), rige la novación objetiva únicamente donde es natural que las hipotecas puedan ser reservadas; porque el mismo deudor, y no otros por él, queda obligado. Los otros dos artículos 1279, 1280 (1275, 1276, Cod. civ. it.), rigen á su vez la novación subjetiva por cambio de deudor; ¿y qué dicen? prohíben la reserva de las hipotecas sin el consentimiento del primer deudor: porque esta prohibición, si no está impresa literalmente en el primero de los dos, se deduce por consecuencia necesaria del principio sancionado en el segundo, referente á los codeudores solidarios. De ahí que Bigot-Préameneu decía, desarrollando el pensamiento del legislador, *pour que l'ancienne hypothèque soit ainsi transférée, il faut que le débiteur reste le même.*

En cuanto al mérito racional de esta teoría, continúa Demo-

(1) Fénet, XIII, págs. 277-278.

(2) Massé et Vergé sur Zachariae, § 566, nota 13; Delvincourt, II, pág. 570; Marcadé, 1279, III; Bugnet sur Pothier, II, pág. 318, nota 1; Mourlon, *Répet. écrites*, II, 1416; Laurent, XVIII, 331.

(3) Toullier, IV, 312; Duranton, XII, 310 y 311; Larombière, 1280, 2; Colmet de Santerre, V, 226 bis, III y IV; Aubry et Rau, § 324, texto y nota 54; Demolombe, V, 355 y siguientes.



lombe, los jurisconsultos que se esfuerzan en sostenerla, no están en absoluto de acuerdo al valorar su racionalidad y su justicia. Está Murlon que no la encuentra justificable hasta el punto de que no duda en censurar la ley: están á su vez, Marcadé y Delvincourt dispuestos á defenderla bajo el pretexto de que puede haber acción real hipotecaria contra el deudor, á la cual falte el fundamento de la acción personal (1).

430. Expuesto así el estado de la cuestión, y los argumentos de los que se oponen, Demolombe los combate y dice: ante todo que no es sólido el fundamento invocado por la doctrina disidente al referirse á la tradición, porque el conocido pasaje de Paulo debe interpretarse, no ya como lo entendió Pothier, sino como fué entendido por Toullier. Por lo tanto, es un pasaje que declara ineficaz la reserva tardía: es decir, hecha después de consumada la novación, *ita ut a prima obligatione in universum discederetur*; pero no declara la nulidad de la reserva que se consienta entre el acreedor y el tercero en el momento de la subrogación del deudor.

Mas, sobre todo, desde el punto de vista racional es donde la doctrina disidente levanta, según el citado escritor, objeciones é inconvenientes en absoluto insuperables. En verdad, el argumento falaz sobre que se apoya dicha doctrina, cuando requiere el consentimiento del poseedor de las cosas hipotecadas para hacer eficaz la reserva, consiste en equiparar la reserva de la hipoteca existente á la constitución de una nueva hipoteca. Lo que por lógica consecuencia conduce á afirmar que tampoco el primer deudor puede consentir útilmente la reserva si los bienes hipotecados están en manos de tercer poseedor, ó, nótese bien, si han sido gravados por otras hipotecas. Ahora bien, esta igualación entre la reserva de la hipoteca antigua y la constitución de la nueva, es un error garrafal; el pretender el consentimiento de aquellos á quienes pertenezcan los bienes hipotecados, ó de los acreedores intermedios, es lo mismo que hacer imposible la reserva, explícitamente autorizada por la ley.

431. Pero no basta: porque los inconvenientes prácticos gravísimos se añadirían á los errores, y harían intolerable la doctrina de Pothier. ¿Dónde estaría ya la ventaja de la subrogación del deudor? ¿Dónde la posibilidad de prestar un servicio al pariente, al amigo ausente, apartándolo de las amenazas y del peso de un acreedor intolerante? Debéis 100.000 liras á Primo con una hipoteca sobre vuestro fundo: este acreedor impaciente ha comen-

---

(1) Véanse Murlon, *Rép. écrites, etc.*, II, pág. 742; Delvincourt, *ob. cit.*, II, página 783; Marcadé, 1279, III.

zado ya en vuestro daño la ejecución y está próximo á expropiaros. Pero vos, mientras tanto, estáis lejos y no habéis dejado un mandatario que se cuide de vuestros negocios. Por tanto, he aquí que yo, vuestro amigo, ó pariente, me acerco á Primo y no teniendo preparado el dinero para pagarle, le ofrezco aceptar ser deudor suyo en lugar vuestro. Primo consiente, pero bajo reserva de la hipoteca de vuestro fundo, para garantía de su crédito. Ahora bien: este acuerdo ventajoso no será posible, porque no estando vos presente, no podéis prestar el consentimiento para que se mantenga la hipoteca; y en tanto vuestros bienes serán subastados y expropiados. ¿Es esta una consecuencia racional? Si en lugar de ofrecer á Primo mi obligación personal le hubiese ofrecido la suma de que sois deudor, habríamos sin duda conservado la hipoteca mediante la subrogación, sin necesidad de vuestro consentimiento. ¿En nombre, pues, de qué principio estará prohibido conservarla en la subrogación del deudor? Sea un tercero que se subroga, sea uno que paga en dinero contante, el móvil que le anima es el mismo: el deseo de favorecer al tercero. Y si la hipoteca que grava al inmueble del deudor puede ser conservada en el pago con subrogación, no se comprende porqué no pueda conservarse en la subrogación del deudor. No siempre se tiene el dinero preparado, mientras la obligación personal, sino siempre, ciertamente con mayor facilidad puede hacer sus veces. ¿Porqué, pues, encontraremos un obstáculo? La tradición y el Derecho romano no se oponen. Queda por ver si el obstáculo nace de las disposiciones del Código.

Pero aquí no menos que en los argumentos históricos, habla siempre Demolombe, la ventaja pertenece á nuestra doctrina. El artículo 1278 del Código Napoleón (1274, Cod. civ. it.), reconoce en términos generalísimos la eficacia de la reserva. Sus palabras son absolutas, y no envuelven limitación: abrazan toda manera de novación, objetiva ó subjetiva, y están en perfecto acuerdo con el art. 1274 (1270 Cod. civ. it.), por el que la subrogación del deudor puede perfeccionarse sin el consentimiento del primer deudor. La subrogación del deudor plena y entera; es decir, con todas las cláusulas toleradas por la ley, entre la que precisamente es capital la reserva de las hipotecas: esta reserva puede ser hecha también sin el consentimiento del primer deudor, ó de quien posee los bienes hipotecados.

432. No se objete con el art. 1279 (1275, Cod. civ. it.), porque no toca á nuestra cuestión, sino que solamente impide la transmisión de las hipotecas de los bienes del deudor primitivo á los del que se subroga. Y es racional, porque no se concebiría dicha transmisión sin contradecir los principios más elementales del sistema hipot-

tecario y sin daño de terceros. Pero el artículo no prohíbe en lo más mínimo la reserva de la hipoteca ya existente sobre los bienes del primer deudor. Al contrario, más bien suministra un argumento en apoyo de nuestra tesis, porque supone tácitamente la posibilidad de la reserva. Ciertamente, al estar puesto después del art. 1278 (1274, Cod. civ. it.), se enlaza con el mismo para hacernos saber que las hipotecas del acreedor antiguo, mientras pueden reservarse sobre los bienes del primer deudor, no pueden transmitirse sobre los del segundo. Por lo que se refiere al artículo 1280 (1276, Cod. civ. it.) es más fácil la respuesta. Siendo éste una disposición principal para caso determinado, esto es, para la novación que se ultime entre el acreedor y uno de los varios deudores *in solidum*, es claro que únicamente para este caso el citado artículo prohíbe la reserva de las hipotecas sobre los bienes de los otros codeudores, que no estando presentes en el acto no puede estimarse que asienten á él.

No se venga á decir que este artículo repite por completo la teoría de Póthier. Nada de esto en realidad: el artículo antes citado repite la doctrina de Pothier solo para un caso: que es el de los deudores solidarios, pero nada dice para todas las otras novaciones que quedan bajo el régimen de los principios generales. Acaso fué una equivocación del legislador el haber repetido la doctrina de Pothier referente á las reservas con los codeudores solidarios, cuando valía más no apartarse tampoco para éstas de las reglas enunciadas; pero, ¿por esto qué? Si el legislador fué poco hábil y se desvió de los rectos principios en un caso especial, no es ésta una buena razón para desviarse también en los otros.

433. Así Demolombe. Y nosotros, si, prescindiendo del derecho constituido, debiéramos resolver la cuestión simplemente á la luz de la razón natural y de los principios generales del derecho, no encontraríamos verdaderamente motivo para tachar de inexacta la conclusión á la que llega el citado escritor. Diremos con él que para la validez de la reserva encaminada á mantener las hipotecas ya constituidas é inscritas, no es necesaria la anuencia de quien posee los bienes en que tales vínculos hipotecarios se hallan inscritos. Mas, los precedentes del Código Napoleón, y el conjunto mismo de las tres disposiciones sancionadas en esta materia, nos impulsan á estimar, á pesar nuestro, que el legislador moderno quiere para la eficacia de la reserva el consentimiento del deudor primitivo, ó del poseedor de los bienes. Tal era incontrovertiblemente la teoría de Pothier, de cuya fuente se derivan las disposiciones del Código. Tal la disposición de dicho Código en materia de codeudores solidarios y de fiadores; de manera que hay lo suficiente para creer que el legislador ha querido

seguir fielmente este concepto y aplicarlo también en el caso de subrogación del deudor (1).

434. Las mismas observaciones recaen en materia de privilegios, entre los que es principalísimo el derivado de la prenda. La prenda puede por reserva ser conservada en la nueva obligación; pero á tal efecto es necesario que el propietario de la prenda, sea este el antiguo deudor sea un tercero, preste consentimiento á esta traslación. Hecho esto, el privilegio se conservará con su grado, precisamente como la hipoteca. Era esta también la doctrina prevalente en el derecho común (2); y está seguida ciertamente por el Código que nos rige, ya que el art. 1274 autoriza con locución indistinta la reserva de los privilegios y de las hipotecas. No decimos nada de los otros privilegios, por haber disminuído mucho en nuestro Código, donde han cedido en gran parte el sitio á las hipotecas legales.

435. Queda por último la novación efectuada en las obligaciones solidarias entre el acreedor y uno de los deudores. Caso muy excepcional regido exclusivamente por el art. 1276 de nuestro Código, correspondiente al art. 1280 del Código Napoleón. Pero ya hemos dicho algo incidentalmente sobre la importancia de esta disposición; por la cual, realizándose la novación entre el acreedor y uno de los deudores *in solidum*, los privilegios y las hipotecas del crédito anterior pueden ser reservados únicamente sobre los bienes del que contrae la nueva deuda. Es una consecuencia de la doctrina de Pothier, adoptada por los redactores del Código Napoleón; á la que es forzoso sucumbir aunque no sea persuasiva. Con todo esto no es necesario creer que las hipotecas que gravan los bienes de los otros deudores *in solidum* no puedan reservarse, si éstos, aunque liberados, lo consienten; porque el precepto legal prohíbe únicamente la reserva sin el consentimiento de aquéllos. La cosa es clara y entendida por todos los escritores (3). Y dígase lo mismo de la novación hecha con el deudor principal en las relaciones con el fiador. Aquí también las hipotecas sobre los bienes de éste no podrán reservarse sin su con-

(1) En este sentido opina también Chiesi, *Sistema hipotecario*, IV, 1142.

(2) Voet, XX, 4, 32: «Quamvis autem novatione debiti principalis interposita, etiam pignoris vinculum ipse iure evanescat... tamen si novationis tempore pignus repetitum fuerit, superioris temporis ordo creditorum manet, perinde ac si in suum ipse locum successisset, idque ratione eiusdem quantitatis ac rerum earundem, quae priori obligatione comprehensae erant: non item in quantum debitum auctum, aut alia prioribus pignora adiecta sunt».

(3) Pothier, *Obl.*, 599; Duranton, IV, 3.3; XII, 305; Larombière, 1279, 2; Colmet de Santerre, V, 228 bis, II y III; Aubry et Rau, § 324, nota 56; Demolombe, V, 360; Laurent, XVIII, 332.

sentimiento. Lo mismo con respecto á aquel que haya obligado hipotecariamente sus bienes en garantía del crédito sin haberse obligado personalmente. Conviene en ello todos los escritores, sin excluir aquellos que siguen la doctrina de Toullier, cuando se trata de la subrogación del deudor en los efectos de la reserva hipotecaria con respecto al primitivo deudor (2).

436. Cerraremos nuestras observaciones sobre el asunto de las reservas con una máxima general; que si bien pasada en silencio por los escritores, es en nuestra opinión de indiscutible evidencia. Queremos decir que toda figura jurídica en que se adicione ó se sustituya una obligación á otra, ó se modifique su esencia, puede estar acompañada de la reserva de cualquier derecho inherente á la obligación extinguida, sin excluir las excepciones; siempre que en ello no haya perjuicio de los derechos adquiridos por terceros, ni incompatibilidad con la nueva obligación. El acreedor acumulará los beneficios de una y otra obligación, como el deudor gozará de las excepciones propias de cada una de ellas, para oponerlas á la acción que sea ejercitada por el acreedor.

Esta máxima es fecunda en consecuencias importantísimas, y se enlaza con la antigua teoría de las novaciones acumulativas, de las que si condenamos el nombre no por ello condenamos la esencia; no existiendo principio de orden público que prohiba á las partes pactar en su interés privado todas las reservas convenientes á la garantía de su derecho, y de acumular todos los beneficios de dos obligaciones que no sean lógicamente incompatibles entre sí. Condenamos el nombre, porque en estos términos de hecho, no hay novación, por no poderse considerar extinguida absolutamente la obligación anterior: hay más bien una transmisión de obligaciones ó la adición de una obligación á otra.

---

(2) Demolombe, V, 362 y 363.

# RELACION

DE LOS

ARTÍCULOS DE LEYES CITADOS EN ESTE VOLUMEN

## CÓDIGO CIVIL

| Artículos. | Números. | Artículos. | Números. | Artículos. | Números.    |
|------------|----------|------------|----------|------------|-------------|
| 21         | 68       | 871        | 12       | 1199       | 251         |
| 46         | »        | 933        | 95       | 1201       | 252         |
| 47         | »        | 968        | 239      | 1204       | 30          |
| 134        | 71       | 976        | 44       | »          | 34          |
| 224        | »        | 981 á 983  | 86       | 1220       | 13          |
| »          | 86       | 1027       | 34       | »          | 295         |
| »          | 406      | 1029       | »        | 1234       | 177         |
| 225        | 86       | 1030       | 251      | 1236       | 2 á 4       |
| 236        | »        | 1033       | 188      | »          | 131         |
| 240        | 71       | »          | 234      | »          | 415         |
| 246        | 86       | 1058       | 41       | 1237       | 8 y sigs.   |
| 247        | »        | »          | 309      | 1238       | 101         |
| 296        | »        | 1097       | 70       | »          | 120 y sigs. |
| »          | 43       | 1098       | »        | »          | 162         |
| »          | 406      | »          | 288      | 1239       | 123         |
| 314        | 86       | »          | 330      | 1240       | 102 y sigs  |
| 318        | 71       | 1107       | 104      | »          | 131         |
| »          | 86       | 1123       | 328      | »          | 135         |
| 324        | 71       | 1125       | 102      | »          | 169         |
| 327        | 86       | 1126       | 114      | »          | 172         |
| 339        | 71       | 1128       | 233      | »          | 177         |
| »          | 86       | 1131       | 328      | »          | 179         |
| 707        | 114      | 1173       | 40       | »          | 181         |
| 708        | »        | »          | 41       | »          | 182         |
| 710        | 102      | 1174       | 140      | »          | 186         |
| 844        | 307      | »          | 152      | »          | 187         |
| 862        | 102      | 1185       | 314      | »          | 304         |
| 870        | 12       | 1199       | 254      | 1241       | 72          |

| Artículos. | Números.    | Artículos.   | Números.    | Artículos. | Números.    |
|------------|-------------|--------------|-------------|------------|-------------|
| 1241       | 85          | 1254         | 177         | 1266       | 286 á 289   |
| »          | 90          | »            | 193         | 1267       | 344 y sigs. |
| »          | 91          | »            | 209         | »          | 360         |
| 1242       | 94          | »            | 242         | 1268       | 358 y sigs. |
| »          | 95          | »            | 245         | »          | 380         |
| »          | 100         | »            | 262         | »          | 405         |
| 1243       | 70          | 1256         | 136 y sigs. | »          | 407         |
| »          | 91          | »            | 149 á 151   | 1269       | 161 y sigs. |
| 1244       | 55          | 1257, 1258   | 136 y sigs. | »          | 373         |
| »          | 56          | »            | 141 á 146   | »          | 377         |
| »          | 57          | »            | 152         | »          | 387 y sigs. |
| »          | 58          | »            | 263         | 1270       | 372         |
| »          | 44          | »            | 267         | 1271       | 346         |
| »          | 45          | 1259 y sigs. | 263 y sigs. | »          | 377         |
| »          | 46          | »            | 278         | »          | 386         |
| 1245       | 11          | »            | 279         | »          | 415         |
| 1246       | 30 á 39     | »            | 281         | 1272       | 382 y sigs. |
| 1247       | 11          | 1260         | 30          | 1273       | 356         |
| 1248       | 12          | »            | 31          | »          | 360         |
| 1249       | 59 á 63     | »            | 63          | »          | 386         |
| 1250       | 25          | »            | 267         | 1274       | 399         |
| »          | 279         | »            | 269         | »          | 415         |
| 1251       | 245         | »            | 272         | »          | 423 y sigs. |
| »          | 156 y sigs. | »            | 291         | »          | 429         |
| »          | 215         | 1261         | 275 y sigs. | »          | 431         |
| »          | 220         | »            | 283         | »          | 432         |
| 1252       | 209         | »            | 285         | 1275       | 415         |
| »          | 245         | 1262         | 276         | »          | 428         |
| »          | 248         | »            | 279         | »          | 429         |
| 1252 n. 1  | 161 á 173   | »            | 233         | 1276       | 428         |
| 1252 n. 2  | 174 á 187   | »            | 285         | »          | 429         |
| 1253       | 188, 209    | 1263         | 282         | »          | 432         |
| 1253 n. 1  | 189 á 198   | »            | 283         | »          | 435         |
| 1253 n. 2  | 210 á 223   | 1264         | 131         | 1277       | 415         |
| 1253 n. 3  | 229 á 237   | »            | 284         | »          | 419         |
| »          | 242, 260    | 1265         | 131         | »          | 422         |
| 1253 n. 4  | 238 á 241   | »            | 284         | »          | 231         |
| 1254       | 156 y sigs. | 1266         | 263         | 1278       | 364         |

| Artículos. | Números.    | Artículos.  | Números. | Artículos.   | Números.  |
|------------|-------------|-------------|----------|--------------|-----------|
| 1278       | 366 y sigs. | 1507        | 59       | 1897         | 191       |
| »          | 380         | 1508        | 62       | 1907         | 34        |
| »          | 3-6         | »           | 63       | 1911         | »         |
| 1279       | 314         | »           | 59       | 1912         | »         |
| »          | 315         | 1538        | 97       | 1916, 1917   | 188       |
| »          | 377         | 1541        | 161      | »            | 232       |
| »          | 432         | 1552        | 304      | 1916         | 251       |
| »          | 327         | »           | 305      | 1920         | 254       |
| »          | 316 y sigs. | 1589        | 242      | »            | 328       |
| »          | 318         | 1590        | »        | »            | 257       |
| »          | 330         | 1712        | 141      | 1928         | 232       |
| 1280       | 320         | 1741        | 73       | »            | 298       |
| »          | 321         | »           | 75       | 1929         | 303       |
| 1281       | 231         | 1743        | 73       | »            | 235       |
| »          | 323         | 1753        | 26       | 1933         | »         |
| 1282       | 320         | 1758        | 75       | 1942         | 234       |
| »          | 328         | 1759        | 99       | 1958         | 219       |
| 1283       | »           | »           | 85       | 1962         | 253       |
| 1284       | 329         | 1762        | 99       | 1964         | 135       |
| 1286       | 37          | 1780 á 1785 | 305      | 2087         | 206       |
| 1287       | 231         | 1800        | 45       | 2090 y sigs. | 38        |
| 1298       | 110         | 1821        | 24       | 2011         | 188       |
| 1305       | 98          | »           | 18       | »            | 192       |
| 1307       | 358         | 1822        | 21       | »            | 193       |
| »          | 407         | »           | 24       | »            | 195       |
| 1309       | 90          | 1828        | 15       | »            | 196       |
| 1314       | 169         | »           | 62       | »            | 199 á 209 |
| »          | 331         | 1848        | 23       | »            | 259       |
| 1319       | 171         | »           | 24       | »            | 260       |
| 1327       | 172         | 1856        | 98       | 2012         | 109       |
| 1341       | 169         | »           | 71       | 2013         | 245       |
| 1399       | 171         | 1858        | 28       | 2017         | 220       |
| 1438       | 71          | 1859        | 62       | 2022         | 188       |
| 1452       | 15          | 1875        | 288      | »            | 205       |
| 1459       | 111         | »           | 294      | »            | 211       |
| 1464       | 62          | 1876        | 56       | »            | 221       |
| 1467       | 27          | 1882        | 191      | »            | 222       |
| 1468       | 62          | 1889        | 135      | »            | 224 á 228 |



| Artículos.                           | Números. | Artículos. | Números. | Artículos. | Números. |
|--------------------------------------|----------|------------|----------|------------|----------|
| 2022                                 | 245      | 2022       | 260      | 2031       | 304      |
| »                                    | 259      | 2026       | 135      | 2133       | 42       |
| <b>CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL</b> |          |            |          |            |          |
| 403 y sigs.                          | 42       | 902        | 268      | 909        | 285      |
| 553                                  | 284      | »          | 272      | 910        | 283      |
| 561                                  | 87       | 903        | 271      | »          | 284      |
| 564                                  | 267      | »          | 273      | 911        | »        |
| 580                                  | 76       | »          | 274      | 912        | 287      |
| 591                                  | »        | »          | 291      | »          | 263      |
| 592                                  | 45       | 904        | 267      | 924        | 45       |
| 603                                  | 56       | »          | 274      | »          | 284      |
| »                                    | 58       | »          | 276      | 925        | 45       |
| 611                                  | 45       | 906        | »        | 926        | »        |
| 612                                  | 56       | 907        | »        | 927        | »        |
| »                                    | 58       | 908        | 278      | 930        | »        |
| 623                                  | 76       | 909        | 276      | 932        | »        |
| 654                                  | 88       | »          | 278      | 937        | »        |
| 708                                  | 287      | »          | 279      |            |          |
| 717                                  | 88       | »          | 281      |            |          |
| <b>CÓDIGO DE COMERCIO</b>            |          |            |          |            |          |
| 30                                   | 82       | 288        | 43       | 299        | 129      |
| 36                                   | 308      | 289        | »        | 300        | 188      |
| 39                                   | 22       | 290        | »        | 300, 301   | 129      |
| 44                                   | 169      | 292        | 39       | »          | 243      |
| 67                                   | 271      | »          | 135      | 301        | 131      |
| 68                                   | 290      | 293        | 22       | 302        | 243      |
| 253                                  | 67       | 294        | 43       | 303        | 37       |
| 259                                  | 401      | 295        | 39       | 318        | 188, 243 |
| 272                                  | 129      | »          | 71       | 319        | »        |
| 283                                  | 43       | 296        | 47       | 320        | »        |
| 284                                  | »        | »          | 43       | 322        | »        |
| 285                                  | »        | 297        | 39       | 323        | »        |
| 287                                  | 85       | 298        | 275      | »          | 39       |
| »                                    | 97       | »          | 39       | 324        | »        |

| Artículos. | Números. | Artículos. | Números. | Artículos. | Números.    |
|------------|----------|------------|----------|------------|-------------|
| 332        | 97       | 362        | 233      | 709        | 298         |
| 333        | 47       | 379        | 82       | 714        | 86          |
| »          | 39       | 380        | 233      | 718        | »           |
| 334        | 43       | 408        | 53       | 792        | 333         |
| 335        | »        | 413        | »        | 820        | 337         |
| 341        | 39       | 438        | 188      | 822        | »           |
| »          | 43       | »          | 242      | 827        | »           |
| »          | 47       | 455        | 401      | 828        | »           |
| »          | 53       | 557        | 53       | 830        | 333 y sigs. |
| 342        | 43       | 683        | 8        | 840        | »           |
| 345        | 403      | 699        | 71       | 842        | »           |
| 360        | 26       | 707        | 298      | 843        | »           |

*Ley de 24 de Agosto, sobre unificación monetaria.*

Art. 2 Núm. 20  
» 28 » »

*Otra de 21 de Julio de 1866.*

Art. 3 Núm. 20

*Ley de 7 de Abril de 1881, sobre la abolición del curso forzoso.*

Art. 6 Núm. 19  
» 8 » »  
» 15 » »  
» 16 » »  
» 14 » 20

*Real decreto de 17 de Junio de 1881, para la ejecución de la antedicha ley.*

Arts. 43 á 46 Núm. 19

*Ley de 22 de Julio de 1894, número 339, sobre providencias de Hacienda.*

Arts. 3 y 6 Núm. 19 bis

*Real decreto de 21 de Febrero de 1894 para la ejecución de dicha ley.*

Art. 7 Núm. 20

*Ley de Obras públicas de 20 de Marzo de 1865.*

Art. 339 Núm. 45  
» 351 » 51  
» 355 » »

*Ley de 17 de Mayo de 1863, sobre la Caja de depósitos y préstamos.*

Art. 7 Núm. 288  
» » » 292  
» 8 » 277

*Real decreto de 9 de Diciembre de 1875 que contiene el reglamento para la ejecución de dicha ley.*

Art. 34 Núm. 277  
» 35 » »  
» 36 » 283

*Ley de 17 de Febrero de 1884 sobre la Contabilidad del Estado.*

Art. 60 Núm. 48  
» 61 » 51

*Real decreto de 4 de Mayo de 1885 que contiene el reglamento para la ejecución de la misma.*

Art. 516 Núm. 51  
» 599 y sig. » 48  
» 515 » »

*Ley de 10 de Julio de 1861 que estableció el Gran Libro de la deuda pública.*

Art. 30, 32 Núm. 49  
» 35 » 44

*Ley de 29 de Abril de 1877 sobre certificados mixtos.*

Art. 4 Núm. 45  
» » » 53

*Ley de 24 de Diciembre 1908, número 750, sobre la transferencia y conversión de las rentas nominativas.*

Arts. 1 á 3 Núm. 49

*Ley sobre la recaudación de los impuestos directos en el texto único de 29 de Junio de 1902, núm. 281.*

Art. 29 Núm. 39  
» 57 y 71 » 188, 244

*Reglamento aprobado por Real decreto de 10 de Julio de 1902, número 296.*

Art. 54 Núm. 76

*Ley de 6 de Diciembre de 1876 sobre la abolición del apremio personal.*

Art 2 Núm. 144  
» 3 » »

# RELACION

DE LOS

## ARTÍCULOS DEL CÓDIGO ESPAÑOL Y DE LOS HISPANO-AMERICANOS

CITADOS EN LAS NOTAS DEL PRESENTE VOLUMEN



| CÓDIGO ESPAÑOL   |       | Arts.          | Págs.   |
|------------------|-------|----------------|---------|
| Arts.            | Págs. |                |         |
| 1089.....        | 394   | 758.....       | 12      |
| 1156.....        | 11    | 760.....       | 125     |
| 1157.....        | 50    | 762 á 764..... | 125     |
| 1158 á 1161..... | 123   | 765.....       | 96      |
| 1162 á 1165..... | 94    | 773.....       | 97      |
| 1166 á 1168..... | 23    | 774 y 775..... | 24 y 55 |
| 1169.....        | 50    | 778.....       | 24 y 55 |
| 1170.....        | 23    | 780.....       | 24 y 55 |
| 1171.....        | 50    | 781 á 783..... | 56      |
| 1172 á 1174..... | 157   | 784 á 789..... | 56      |
| 1175.....        | 405   | 790 á 792..... | 292     |
| 1176 á 1178..... | 291   | 793 y 794..... | 313     |
| 1179 á 1181..... | 313   | 795 á 797..... | 314     |
| 1187 á 1189..... | 362   | 802.....       | 215     |
| 1190 y 1191..... | 385   | 801 á 804..... | 181     |
| 1203 á 1205..... | 421   | 805 y 806..... | 270     |
| 1206 á 1208..... | 486   | 807 á 811..... | 157     |
| 1209 y 1210..... | 180   | 812.....       | 158     |
| 1211.....        | 181   | 813 á 815..... | 406     |
| 1212 y 1213..... | 270   | 816 y 817..... | 407     |
| 1254 y 1255..... | 394   | 835 y 836..... | 425     |
| 1262.....        | 394   | 837 y 838..... | 487     |
| 1911 á 1913..... | 405   | 839 á 842..... | 425     |
|                  |       | 843 á 845..... | 487     |
|                  |       | 846 á 851..... | 425     |
|                  |       | 850.....       | 487     |
|                  |       | 902 á 905..... | 363     |
|                  |       | 911.....       | 363     |
|                  |       | 913 y 914..... | 363     |
|                  |       | 914 á 917..... | 385     |
|                  |       | 918 á 921..... | 386     |
|                  |       | 1234.....      | 394     |
| <b>ARGENTINA</b> |       |                |         |
| 54 y 55.....     | 125   |                |         |
| 652.....         | 56    |                |         |
| 654.....         | 56    |                |         |

| <u>Arts.</u>      | <u>Págs.</u> | <u>Arts.</u>      | <u>Págs.</u> |
|-------------------|--------------|-------------------|--------------|
|                   |              | 1696 á 1698.....  | 488          |
|                   |              | 1699 á 1702.....  | 488          |
|                   |              | 1704 á 1706.....  | 488          |
|                   |              | 1711 .....        | 363          |
|                   |              | 1712 y 1713.....  | 364          |
| <b>BOLIVIA</b>    |              |                   |              |
| 725.....          | 394          |                   |              |
| 766 y 767.....    | 97           |                   |              |
| 768 á 772.....    | 97           |                   |              |
| 825 .....         | 12           |                   |              |
| 826.....          | 24           |                   |              |
| 827.....          | 125          |                   |              |
| 828.....          | 24 y 125     |                   |              |
| 830 y 831.....    | 97           |                   |              |
| 832 y 833.....    | 97           |                   |              |
| 834 á 836.....    | 24           |                   |              |
| 837 y 838.....    | 24 y 56      |                   |              |
| 840 y 841.....    | 182          |                   |              |
| 842.....          | 215          |                   |              |
| 843.....          | 270          |                   |              |
| 844 á 847.....    | 158          |                   |              |
| 848 á 850.....    | 293          |                   |              |
| 851 á 854.....    | 314          |                   |              |
| 856 á 861.....    | 407          |                   |              |
| 862.....          | 425          |                   |              |
| 863 á 876.....    | 426          |                   |              |
| 868 á 873.....    | 487          |                   |              |
| 874 á 876.....    | 363          |                   |              |
| 878 á 881.....    | 386          |                   |              |
| <b>COSTA RICA</b> |              |                   |              |
|                   |              | 632.....          | 395          |
|                   |              | 633.....          | 12           |
|                   |              | 765.....          | 126          |
|                   |              | 766 y 767.....    | 98           |
|                   |              | 770 y 771.....    | 25           |
|                   |              | 790 .....         | 183          |
|                   |              | 797 .....         | 294          |
|                   |              | 802.....          | 315          |
|                   |              | 814 y 815.....    | 183 y 427    |
|                   |              | 821 y 822.....    | 364          |
|                   |              | 823.....          | 386          |
|                   |              | 1007.....         | 395          |
| <b>CHILE</b>      |              |                   |              |
|                   |              | 1567.....         | 12 y 95      |
|                   |              | 1568 y 1569.....  | 34 y 356     |
|                   |              | 1572.....         | 125          |
|                   |              | 1573 y 1574.....  | 126          |
|                   |              | 1576 y 1577.....  | 97           |
|                   |              | 1578 á 1586.....  | 98           |
|                   |              | 1587 á 1589.....  | 57           |
|                   |              | 1591 .....        | 56           |
|                   |              | 1593 y 1594.....  | 56           |
|                   |              | 1595 á 1597... .. | 158          |
|                   |              | 1598 y 1599 ..... | 293          |
|                   |              | 1600 á 1603.....  | 294          |
|                   |              | 1604 á 1607.....  | 314          |
|                   |              | 1608 y 1609.....  | 182          |
|                   |              | 1610.....         | 215          |
|                   |              | 1611.....         | 182          |
|                   |              | 1612 y 1613.....  | 270          |
|                   |              | 1614 á 1617.....  | 407          |
|                   |              | 1618 á 1623.....  | 408          |
|                   |              | 1628 á 1631 ..... | 426          |
|                   |              | 1632 á 1636.....  | 427          |
|                   |              | 1637 á 1639.....  | 488          |
|                   |              | 1640 á 1643.....  | 488          |
|                   |              | 1645 á 1647.....  | 488          |
|                   |              | 1652.....         | 363          |
|                   |              | 1653 y 1654.....  | 364          |
| <b>COLOMBIA</b>   |              |                   |              |
| 1267.....         | 56           |                   |              |
| 1626 á 1629.....  | 24           |                   |              |
| 1625.....         | 12 y 395     |                   |              |
| 1630.....         | 125          |                   |              |
| 1631 y 1632.....  | 126          |                   |              |
| 1634 y 1635.....  | 97           |                   |              |
| 1636 á 1644.....  | 98           |                   |              |
| 1645 á 1647.....  | 57           |                   |              |
| 1649 .....        | 56           |                   |              |
| 1651 y 1652.....  | 56           |                   |              |
| 1653 á 1655.....  | 158          |                   |              |
| 1656 y 1657.....  | 293          |                   |              |
| 1658 á 1661.....  | 294          |                   |              |
| 1662 á 1665.....  | 314          |                   |              |
| 1666 y 1667.....  | 182          |                   |              |
| 1668 .....        | 215          |                   |              |
| 1669 .....        | 182          |                   |              |
| 1670 y 1671... .. | 270          |                   |              |
| 1672 á 1675.....  | 407          |                   |              |
| 1677 á 1682.....  | 408          |                   |              |
| 1687 á 1690.....  | 426          |                   |              |
| 1691 á 1695.....  | 427          |                   |              |

| <u>Arts.</u>     | <u>Págs.</u> | <u>Arts.</u>     | <u>Págs.</u> |
|------------------|--------------|------------------|--------------|
| <b>ECUADOR</b>   |              |                  |              |
| 1557. ....       | 12 y 395     | 2342 á 2343..... | 489          |
| 1558 y 1559..... | 24 y 56      | 2344 y 2345..... | 215 y 271    |
| 1562.....        | 125          | 2346 á 2348..... | 427          |
| 1563 y 1564..... | 126          | 2349 y 2350..... | 395          |
| 1561.....        | 24           | 2351 á 2353..... | 294 y 314    |
| 1566 y 1567..... | 97           | 2354.....        | 314          |
| 1585 á 1587..... | 158          | 2370.....        | 408          |
| 1577 á 1579..... | 57           | 2374.....        | 408          |
| 1580.....        | 24           | 2375.....        | 409          |
| 1581.....        | 56           | 2381 y 2382..... | 409          |
| 1583 y 1584..... | 56           | <b>HONDURAS</b>  |              |
| 1588 y 1589..... | 293          | 1196 á 1198..... | 395          |
| 1590 á 1593..... | 294          | 1263.....        | 12           |
| 1594 á 1597..... | 314          | 1264.....        | 57           |
| 1598 y 1599..... | 182          | 1265 á 266.....  | 126          |
| 1600.....        | 215          | 1268.....        | 25 y 126     |
| 1601.....        | 182          | 1269 á 1272..... | 98           |
| 1602 y 1603..... | 270          | 1274.....        | 25           |
| 1604 á 1607..... | 407          | 1275.....        | 25           |
| 1608 á 1613..... | 408          | 1276.....        | 57           |
| 1618 á 1621..... | 426          | 1277.....        | 25           |
| 1622 á 1626..... | 427          | 1278.....        | 57           |
| 1627 á 1629..... | 488          | 1279 á 1281..... | 159          |
| 1630 á 1633..... | 488          | 1282.....        | 409          |
| 1635 á 1637..... | 488          | 1283 á 1285..... | 294          |
| 1642.....        | 363          | 1286 á 1288..... | 315          |
| 1643 y 1644..... | 364          | 1294 á 1296..... | 463          |
| 1658 á 1676..... | 98           | 1297 á 1298..... | 386          |
| <b>GUATEMALA</b> |              |                  |              |
| 1881.....        | 25           | 1310.....        | 183          |
| 1905.....        | 25           | 1311.....        | 427          |
| 22 9.....        | 25           | 1313 á 1315 ..   | 489          |
| 2298.....        | 395          | 1316.....        | 183          |
| 2299.....        | 12           | 1317 y 1318..... | 183 y 215    |
| 2305 y 2306..... | 98           | 1319 y 1320..... | 271          |
| 2307 y 2308..... | 98           | 1369.....        | 395          |
| 2314.....        | 158          | <b>MÉJICO</b>    |              |
| 2300.....        | 24 y 126     | 1272.....        | 395          |
| 2301 y 2302..... | 24 y 126     | 1286.....        | 395          |
| 2310.....        | 57           | 1407.....        | 489          |
| 2311 á 2313..... | 25 y 57      | 1454 á 1456..... | 159          |
| 2315.....        | 182 y 215    | 1514 y 1515..... | 25           |
| 2316 y 2317..... | 364          | 1516 á 1518..... | 57           |
| 2318 á 2320..... | 386          | 1520 y 1521..... | 57           |
| 2321.....        | 364          | 1524 y 1525..... | 25 y 57      |
| 2337 á 2340..... | 427          | 1526.....        | 57           |
|                  |              | 1529 á 1532..... | 126          |
|                  |              | 1533 á 1535..... | 126          |



| <u>Arts.</u>     | <u>Págs.</u> | <u>Arts.</u>     | <u>Págs.</u> |
|------------------|--------------|------------------|--------------|
| 1441.....        | 26           | 1205.....        | 13           |
| 1442.....        | 183          | 1207.....        | 26           |
| 1443 á 1445..... | 184          | 1208.....        | 127          |
| 1446.....        | 216 y        | 1209.....        | 26 y 127     |
| 1447 y 1448..... | 272          | 1211 á 1213..... | 99           |
| 1449 á 1454..... | 160          | 1214.....        | 100          |
| 1455.....        | 295 y        | 1215.....        | 26 y 59      |
| 1456 á 1458..... | 296          | 1216 á 1219..... | 59           |
| 1460.....        | 315          | 1220.....        | 59           |
| 1461 á 1463..... | 316          | 1223.....        | 26           |
| 1464 á 1467..... | 410          | 1224 y 1225..... | 184          |
| 1489 á 1494..... | 365          | 1226.....        | 216          |
| 1495 á 1498..... | 387          | 1227.....        | 272          |
| 1499 á 1500..... | 428          | 1228 á 1231..... | 160          |
| 1501 á 1505..... | 429          | 1232.....        | 296 y 316    |
| 1504.....        | 428          | 1233 y 1234..... | 296          |
| 1507 á 1513..... | 490          | 1235.....        | 316          |
| 1514 á 1515..... | 491          | 1237 á 1239..... | 316          |
| 1516 y 1517..... | 429          | 1240 á 1246..... | 429          |
| 1524.....        | 127          | 1247 á 1251..... | 491          |
|                  |              | 1252 á 1254..... | 365          |
|                  |              | 1253 á 1257..... | 387          |
|                  |              | 1479.....        | 59           |
|                  |              | 1919 á 1923..... | 410          |
|                  |              | 1926 á 1930..... | 411          |
|                  |              | 1934 y 1935..... | 411          |
| <b>VENEZUELA</b> |              |                  |              |
| 1077.....        | 396          |                  |              |
| 1103.....        | 396          |                  |              |
| 1108.....        | 396          |                  |              |



# INDICE

---

Páginas.

|                                                                                                                                        |   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| INDICACIÓN DE LOS AUTORES Y DE LAS OBRAS DE JURISPRUDENCIA CITADOS EN EL VOLUMEN Y OBSERVACIONES ACERCA DEL MODO COMO SE LES CITA..... | 5 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|

## LIBRO IV

### *Extinción de las obligaciones.*

---

#### INTRODUCCIÓN

##### I

1. Todos los modos de extinguir las obligaciones se reducen científicamente á tres categorías de hechos jurídicos: *a*), al cumplimiento; *b*), al acuerdo liberatorio; *c*), á un suceso que destruye el derecho del acreedor ..... 11
2. Clasificaciones adoptadas sobre el asunto por el derecho romano..... 13

##### II

3. Clasificaciones adoptadas por el Código italiano... 14
4. Se confronta esta clasificación con la sujerida por la ciencia ..... 15
5. Observaciones sobre la abolida cesión de los bienes. 16

##### III

6. Enumeración de los diferentes modos de extinguir las obligaciones según las clases y el orden como debemos examinarlos..... 17

#### PARTE I

##### *Modos de extinción consistentes en el cumplimiento.*

7. Se comprende en ellos el pago y la oferta real. .. 19

## TITULO I

## Del pago.

## CAPITULO I

## CARACTERES DEL PAGO

|                                                                                                                                                | <u>Páginas.</u> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| 8. Diferentes significados de la palabra pago.....                                                                                             | 19              |
| 9. Cinco requisitos esenciales del pago. Breves observaciones sobre el primero: es decir, sobre la existencia de la obligación precedente..... | 20              |
| 10. Breves observaciones sobre el segundo: es decir, sobre la intención de extinguir la obligación preexistente.....                           | 21              |

## § 1.

*Del objeto del pago considerado en la esencia  
y en las modalidades.*

## ARTICULO I

*En qué debe consistir el pago.*

## I

|                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 11. REGLAS GENERALES.—a) <i>Objeto del pago en las obligaciones de dar cosas diferentes al dinero.</i> —El deudor debe dar el cuerpo cierto y determinado, que está en <i>obligación</i> , y no puede sustituirlo por otro aunque sea mejor..... | 22 |
| 12. Si la obligación es de especie ( <i>genus</i> ), no puede dar la cosa peor, pero tampoco está obligado á dar la mejor de la especie designada.....                                                                                           | 27 |
| 13. b) <i>Objeto del pago en las obligaciones de hacer ó de no hacer.</i> —El deudor debe prestar el hecho prometido; de otro modo el acreedor puede hacerse autorizar para procurárselo á expensas del deudor.....                              | 28 |

## II

|                                                                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 14. EXCEPCIONES. — a) <i>Obligaciones facultativas.</i> — El deudor puede ofrecer la cosa que está en <i>facultate solutionis</i> ..... | 28 |
| 15. b) <i>Mutuo: venta á prueba.</i> —Observaciones especiales sobre el cumplimiento de dichas convenciones                             | 28 |

## III

Páginas.

- |                                                                                                                                                                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 16. c) <i>Pagos pecuniarios.</i> — Importancia de estos pagos; su desarrollo histórico, y noticias fundamentales sobre el valor de la moneda.....                                                                                         | 29 |
| 17. ¿En qué especie de moneda debe hacerse el pago pecuniario? Se responde distinguiendo ante todo tres clases de obligaciones pecuniarias: de cantidad ó suma; de especies amonedadas; de cuerpos ciertos y determinados de monedas..... | 31 |
| 18. Se demuestra que en las obligaciones de la primera clase puede hacerse el pago con cualquier especie de moneda de curso legal.....                                                                                                    | 32 |
| 19. Cuáles son las monedas que tienen curso legal en Italia, según la ley sobre la unificación monetaria y los convenios internacionales de la liga latina..                                                                              | 33 |
| 19bis. Continúa con el exámen de las providencias financieras más recientes y protocolos adicionales á las convenciones antedichas.....                                                                                                   | 34 |
| 20. Disposiciones excepcionales sobre el uso de la moneda menuda ó fraccionaria.....                                                                                                                                                      | 38 |
| 21. En las obligaciones de la segunda clase el pago debe hacerse con las mismas especies de monedas indicadas en el título.....                                                                                                           | 40 |
| 22. Reglas especiales para la letra de cambio y para las obligaciones mercantiles.....                                                                                                                                                    | 41 |
| 23. En las obligaciones de la tercera clase el pago debe hacerse con las piezas amonedadas exigidas por el título.....                                                                                                                    | 41 |
| 24. Se examina qué influencia tiene sobre el pago la alteración del sistema monetario ó del valor de las monedas entre el día de la obligación y el del pago, en cada una de las tres clases de obligaciones que hemos mencionado.....    | 42 |

## IV

- |                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 25. ACCESORIOS DEL PAGO. <i>Gastos.</i> —El pago se hace á costa del deudor; desarrollo de esta regla..... | 46 |
| 26. Su aplicación á las obligaciones de hacer. Mandato. Arrendamientos de obras.....                       | 47 |
| 27. Su aplicación á las obligaciones de dar, y especialmente á los gastos de entrega en la venta.....      | 47 |

|                                                                                     | <u>Páginas.</u> |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| 28. Su aplicación en el depósito y en los pagos de sumas pecuniarias.....           | 49              |
| 29. Los gastos de finiquito están á cargo del deudor. Desarrollo de esta regla..... | 49              |

## ARTICULO II.

*Modo del pago.*

## I

|                                                                                                                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 30. a) <i>El pago debe ser completo.</i> —Razones por las cuales ni el deudor puede hacer ni el acreedor pretender el pago parcial sin el consentimiento del otro interesado..... | 30 |
| 31. Se enuncia el concepto jurídico del pago completo y se demuestra que debe comprender los intereses.....                                                                       | 60 |
| 32. Cuando existen varias deudas separadas, aunque unidas aparentemente, es lícito pagar una sola de ellas.....                                                                   | 60 |
| 33. Dígase lo mismo en el caso de rentas ó intereses con vencimientos sucesivos; aunque no es lícito comenzar por las últimas dejando sin satisfacer las anteriores.....          | 61 |
| 34. ¿Puede aplicarse esta regla al pago hecho por el fiador, por el heredero, por el tercer poseedor?.....                                                                        | 61 |

## II

|                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----|
| 35. Excepciones á la prohibición del pago parcial: 1.º, en la deuda ilíquida..... | 62 |
| 36. 2.º, en el pacto permisivo.....                                               | 63 |
| 37. 3.º, en la compensación parcial.....                                          | 63 |
| 38. 4.º, en la quiebra.....                                                       | 63 |
| 39. 5.º, en la letra de cambio.....                                               | 63 |

## ARTICULO III.

*Tiempo del pago.*

## I

|                                                                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 40. <i>Obligación pura.</i> —El pago se hace enseguida, concediéndose por otra parte las atenciones impuestas por la necesidad ó sugeridas por la equidad.. | 65 |
| 41. <i>Obligación condicional ó á término.</i> — Vence si se                                                                                                |    |

|                                                                                         | <u>Páginas.</u> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| realiza la condición suspensiva ó cuando llega el término.....                          | 66              |
| 42. Se exponen algunas reglas sobre el modo de computar el tiempo.....                  | 66              |
| 43. Se enuncian otras relativas al comercio y particularmente á la letra de cambio..... | 67              |

## II

|                                                                                                                                                                                                                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 44. a) <i>Oposición al pago: Sus formas.</i> — Aunque la obligación haya vencido, no puede pagarse si existe embargo ú oposición de tercero.....                                                                                                                | 69 |
| 45. Concepto jurídico del embargo preventivo ó del embargo de créditos en poder de terceros.....                                                                                                                                                                | 69 |
| 46. Concepto jurídico de la oposición legal. Se demuestra que es muy limitado el sentido atribuído por la jurisprudencia á las palabras <i>acto de oposición</i>                                                                                                | 70 |
| 47. Cuáles son los créditos en que se puede impedir el pago por el acto de oposición. Letras de cambio..                                                                                                                                                        | 72 |
| 48. Bonos del Tesoro.....                                                                                                                                                                                                                                       | 73 |
| 49. Certificados nominativos de renta pública.....                                                                                                                                                                                                              | 73 |
| 50. Certificados de depósito en la Caja pública de depósitos y préstamos.....                                                                                                                                                                                   | 73 |
| 51. Créditos por suministros, aprovisionamientos y contratos con respecto á las administraciones públicas                                                                                                                                                       | 73 |
| 52. Certificados de crédito de los Bancos de Nápoles y de Sicilia. Títulos de crédito territorial.....                                                                                                                                                          | 74 |
| 53. Observaciones sobre los títulos al portador, y principalmente sobre los modos de aplicarles la oposición y en su caso el secuestro judicial.....                                                                                                            | 74 |
| 54. La oposición después de la notificación del acto de cesión del crédito es ineficaz.....                                                                                                                                                                     | 76 |
| 55. b) <i>Efectos del secuestro, del embargo y de la oposición al pago.</i> — El pago no es válido con respecto á los acreedores secuestrantes, embargantes ú opositores; ni hace nulo el pago para los acreedores que pagaron después del acto de oposición... | 76 |
| 56. Se demuestra que la imposibilidad de disponer del crédito contra el que se hizo la oposición, es total y no limitada á la cuantía del crédito del que se opone.....                                                                                         | 79 |
| 57. A qué atemperaciones queda sujeta la regla en interés de las partes.....                                                                                                                                                                                    | 80 |

58. La consecuencia de la nulidad del pago hecho á pesar de la oposición, es que el deudor puede encontrarse obligado á pagar por segunda vez en manos del que se opone..... 81

## ARTICULO IV

*Lugar del pago.*

## I

59. OBSERVACIONES PRELIMINARES. — La investigación acerca del lugar del pago debe hacerse tanto para fijar los derechos del acreedor como para precisar las obligaciones del deudor, ora cuando el lugar está determinado en el título, ora cuando es indeterminado..... 82

## II

60. a) *Lugar determinado por el título.*—El pago debe hacerse en el lugar designado expresa ó tácitamente..... 83
61. Si el lugar designado es el domicilio del acreedor, éste no puede variarlo en daño del deudor..... 84
62. Determinación tácita en las obligaciones que deben ejecutarse en lugar determinado necesariamente por la naturaleza de la prestación; y en los pagos que han de hacerse á las Administraciones públicas..... 85

## III

63. b) *Lugar no determinado por el título.*—En estas obligaciones el pago debe hacerse en el domicilio del deudor..... 88
64. Por domicilio del deudor se entiende el de la época en que debe hacerse el pago; no el del día en que nació la obligación..... 90
65. Se examina si el acreedor puede pretender la elección de un lugar diverso, cuando el cambio del domicilio del deudor le haga imposible ó dañosa la exacción en el domicilio de aquél..... 91
66. El deudor puede renunciar al derecho de pagar en su domicilio, si no hay daño para el acreedor. ¿Cuándo se puede decir que existe renuncia?..... 93

|     |                                                                        |    |
|-----|------------------------------------------------------------------------|----|
| 67. | Reglas especiales acerca del lugar del pago de la letra de cambio..... | 93 |
|-----|------------------------------------------------------------------------|----|

§ 2.

*A quién debe hacerse el pago.*

|     |                                                                                                                                                                                                           |    |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 68. | Grande importancia de esta investigación, que se compendia en tres proposiciones: que el pago debe ser hecho ó al acreedor ó á su representante, y puede ser á veces convalidado si estaba mal hecho..... | 93 |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

ARTÍCULO PRIMERO

*Del pago hecho al acreedor en persona.*

I

|     |                                                                                                                                                                                                              |     |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 69. | El pago está bien hecho al acreedor actual.....                                                                                                                                                              | 94  |
| 70. | Se requiere para ello por otra parte la capacidad del acreedor para recibirlo, ó sea para enajenar, porque el cobro envuelve la enajenación del crédito.....                                                 | 100 |
| 71. | Existen pagos que, si bien actos de enajenación, pueden sin embargo recibirse por quien tenga capacidad para administrar. Existen otros que exigen capacidad plena y entera para obligarse por contrato..... | 100 |

ARTICULO II.

*Del pago hecho al representante del acreedor.*

I

|     |                                                                                                                                                                                           |     |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 72. | Se conocen tres especies de representantes.....                                                                                                                                           | 101 |
| 73. | a) <i>Representantes convencionales.</i> —El mandatario especial <i>ad exigendum</i> , y el mandatario general <i>ad negotia</i> tienen facultad de exigir.....                           | 102 |
| 74. | También el <i>adiectus solutionis causa</i> .....                                                                                                                                         | 103 |
| 75. | Igual facultad tiene también el mandatario tácito <i>ad exigendum</i> . De qué indicios surge la calidad de mandatario tácito: si de la posesión del recibo ó del título finiquitado..... | 104 |
| 76. | El ujier encargado de citar no tiene mandato para exigir, pero lo tiene el ujier encargado de la ejecución.....                                                                           | 105 |

|                                                                                                                                                                                     | <u>Páginas.</u> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| 77. Lo tienen igualmente el ujier y el notario encargados de protestar las letras, siempre que entreguen al deudor el título finiquitado por el poseedor...                         | 107             |
| 78. La simple posesión del título de crédito atribuye facultad de exigir en los títulos al portador.....                                                                            | 107             |
| 79. ¿Qué decir del mandato de vender ó de arrendar? ¿Atribuye facultad de exigir el precio ó el arrendamiento?.....                                                                 | 108             |
| 80. La indicación de un lugar de pago no confiere mandato para exigir á quien reside en dicho lugar...                                                                              | 108             |
| 81. Si el mandatario del mandatario tiene facultad de cobrar.....                                                                                                                   | 108             |
| 82. Salvo pacto especial ó uso contrario, el corredor no tiene mandato <i>ad exigendum</i> ; mientras lo tiene el encargado del negocio en los lugares del ejercicio comercial..... | 109             |
| 83. Cuando está bien hecho el pago al acreedor del acreedor.....                                                                                                                    | 110             |
| 84. Está siempre mal hecho el pago al gestor si el acreedor no lo ratifica ó no se aprovecha de él.....                                                                             | 110             |
| 85. Está igualmente mal hecho al <i>falsus procurator</i> : excepciones y referencias para el mandatario putativo y para los títulos á la orden y al portador....                   | 111             |

## II

|                                                                                                                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 86. <i>b) Representantes judiciales ó legales.</i> —La regla que rige los pagos hechos á los representantes legales ó judiciales <i>ad exigendum</i> , es la misma que sirve en los pagos hechos al representante convencional..... | 112 |
| 87. Calidad de los adjudicatarios judiciales de cantidades embargadas; más que mandatarios son verdaderos acreedores.....                                                                                                           | 113 |
| 88. Bajo qué condiciones son válidos los pagos hechos al tercero por orden del juez.....                                                                                                                                            | 114 |

## ARTICULO III.

*Cómo puede confirmarse el pago mal hecho.*

## I

89. El pago mal hecho se convalida por la ratificación ó confirmación: por el provecho ó inversión; por la sucesión del acreedor al tercero ó viceversa: por



|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| la buena fe del deudor ó del tercero que paga con relación al acreedor putativo..... | 115 |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## II

|                                                                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 90. a) <i>Ratificación ó confirmación del acreedor.</i> —Está sujeta á las reglas generales sobre los actos de esta naturaleza y por lo tanto debe ser hecha por el acreedor capaz..... | 115 |
| 91. b) <i>Provecho del acreedor.</i> —Consiste en la inversión útil, y promueve cuestiones más de hecho que jurídicas respecto á la subsistencia del provecho..                         | 115 |
| 92. El deudor que se da cuenta de haber pagado mal puede repetir.....                                                                                                                   | 116 |
| 93. c) <i>Sucesión de quien recibe el pago al acreedor, ó de este á aquel.</i> —La confusión de las dos personas basta para convalidar el pago mal hecho.....                           | 116 |

## III

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 94. d) <i>Pago hecho de buena fe al acreedor ó al mandatario putativo.</i> —No basta la buena fe subjetiva, esto es, la simple credulidad..... | 117 |
| 95. Requíerese un error excusable y justificado por las apariencias: por ello son válidos los pagos hechos al heredero aparente.....           | 117 |
| 96. Dígase lo mismo de los hechos al legatario aparente.                                                                                       | 118 |
| 97. No así al falso cesionario en los títulos nominativos; pero debe decirse lo contrario del endosado aparente en los títulos á la orden..... | 119 |
| 98. ¿Qué decir del pago hecho al acreedor incapaz que se dió por capaz?.....                                                                   | 119 |
| 99. Del mandatario putativo. La ignorancia de la cesación ó de la revocación del mandato salva el pago hecho á aquel.....                      | 120 |
| 100. Se examina si las subsanaciones se aplican al pago hecho por un tercero y á tal fin se distingue el pago voluntario del necesario.....    | 121 |

## § 1.

*Por quién puede hacerse el pago.*

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| 101. Proposición y división del asunto..... | 122 |
|---------------------------------------------|-----|

## ARTICULO PRIMERO

*Del pago hecho por el deudor.*

## I

Páginas.

202. Si el pago tiene por objeto la transmisión de la propiedad, el deudor debe ser propietario y capaz de enajenar..... 128
103. Faltando esta condición, el acreedor puede abstenerse de aceptar el pago..... 130

## II

104. a) *Pago hecho por el incapaz.*—El pago no es válido cuando tenga por objeto la transmisión de la propiedad; ¿pero la nulidad está acaso decretada solo en interés del incapaz?..... 130
105. Si el pago es válido cuando no resulta lesivo al incapaz que lo efectuó..... 132
106. Si el incapaz reclama lo que pagó, debe ofrecer otra cosa en cumplimiento de la obligación .... 133
107. El pago que no produce transmisión de propiedad, puede ser hecho válidamente también por el incapaz; así como por quien tenga limitada la administración de sus bienes, siempre que constituya el cumplimiento de una obligación válida y perfecta..... 133

## III

108. b) *Pago hecho a NON DOMINO (reglas).*—El acreedor tiene derecho de rechazar la cosa que se le ofrece por quien no es su propietario si el pago ha de ser transmisor de propiedad..... 134
109. Pero también el pago hecho *a non domino* queda subsanado si desaparece el peligro de la evicción. 134
110. Por otro lado el acreedor debe restituir la cosa recibida *in solutum*, siempre que no haya perecido sin su culpa..... 136
111. Se examina si el mismo deudor que hizo el pago con cosa ajena puede pedir su nulidad, y se contesta con una distinción..... 136
112. De todos modos el deudor debe probar un error excusable..... 138
113. Y ofrecer otra cosa en sustitución de la que pide.. 138

114. Se expone la grave controversia que se encuentra al determinar los derechos del tercero propietario; y se pregunta si puede reivindicar, no obstante que en los muebles la posesión de buena fe equivale al título. Conciliación de los artículos 707 y 1240 del Código civil. . . . . 138

IV

115. *c) Excepciones á las reglas. Subsanación.*—La consumación de buena fe convalida el pago; pero la buena fe debe por regla ser contemporánea al pago y á la consumación. . . . . 140
116. Qué debe entenderse por consumación; y cómo equivale á cualquier hecho que haga imposible la reivindicación. . . . . 141
117. También equivale á consumación la conmixción de las monedas recibidas por el acreedor con las propias. . . . . 142
118. Efectos de la consumación parcial. . . . . 142
119. La regla expuesta se aplica también por analogía á los pagos de cosas que no se consumen por el uso, cuando la reivindicación resulte imposible. . . . . 142

ARTICULO II.

*Del pago hecho por un tercero.*

I

120. Distinción fundamental entre tercero interesado y tercero no interesado: *a) Tercero interesado.* El pago hecho por el tercero interesado equivale al pago hecho por el deudor, salvo en la subrogación legal. . . . . 143

II

121. *b) Tercero no interesado: 1.º que paga en nombre y para la liberación del deudor.*—Dudas que presenta racionalmente la facultad concedida al tercero no interesado de pagar la deuda ajena. . . . . 143
122. Quien paga por otro *donandi animo* extingue la obligación ¿Qué derechos quedan al deudor? . . . . . 144
123. Cuáles al acreedor, y ¿cuándo puede éste rechazar el pago? . . . . . 145

|      |                                                                                                                                                                                                                    |     |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 124. | Si el deudor y el acreedor rechazan el pago ofrecido por el tercero, éste no podrá vencer la resistencia de ambos interesados.....                                                                                 | 147 |
| 125. | El tercero paga en nombre del deudor y para la liberación de éste, cuando es su mandatario; á veces cuando es su gestor; y también cuando paga <i>donandi animo</i> .....                                          | 147 |
| 126. | c) <i>Tercero no interesado; 2.º que paga en nombre propio</i> .—Cualquiera, aunque no sea interesado, puede pagar la deuda ajena, pero no puede pretender la subrogación si el acreedor no quiere concederla..... | 148 |
| 127. | Se pregunta si el tercero que sea acreedor del acreedor puede intervenir pagando por compensación.....                                                                                                             | 149 |
| 128. | Exámen de las relaciones jurídicas entre el tercero que paga y el deudor liberado.....                                                                                                                             | 150 |
| 129. | Observaciones especiales sobre el pago por intervención en la letra de cambio.....                                                                                                                                 | 150 |

## CAPÍTULO II

### EFFECTOS DEL PAGO

#### *Observaciones generales.*

|      |                                                                                                                                                                                                                         |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 130. | Se distinguen los efectos normales del pago, esto es, la extinción de la deuda y la liberación, así como en ciertos casos la imputación de los efectos excepcionales consistentes principalmente en la subrogación..... | 151 |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

#### SECCIÓN I

##### EFFECTOS NORMALES DEL PAGO

###### § 1.

#### *Extinción de la obligación y liberación que de ello se sigue.*

##### I

|                      |                                                                                                                                                      |     |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 131.                 | PAGO TOTAL.—Hecho por el deudor extingue la obligación con relación á todos los coobligados, y en todos los accesorios. No así el pago no válido.... | 152 |
| 132.                 | Un solo pago puede extinguir varias obligaciones.                                                                                                    | 153 |
| 132 <sup>bis</sup> . | Si y cuándo el deudor tiene derecho á exigir la restitución del título de crédito.....                                                               | 153 |

133. Hecho por un tercero el pago no siempre extingue absolutamente la obligación con relación al deudor; sino que puede abrir camino á la subrogación ..... 155

## II

134. PAGO PARCIAL.—Extingue *pro parte* la obligación.. 155  
135. También si ésta es alternativa ó de especie..... 155

## § 2.

*Imputación del pago.*

## I

136. División de la materia..... 156

## ARTICULO PRIMERO

*De la imputación en la pluralidad de deudas.*

137. *Observaciones generales.*—¿En qué pagos resultan oportunas las reglas sobre la imputación?..... 161  
138. No se aplican nunca en los pagos coactivos..... 162

## II

139. a) *Imputación del deudor.*—Debe ser hecha enseguida, y de qué modo..... 162  
140. Es libre con tal de que no viole derechos ya adquiridos por el acreedor..... 163

## III

141. b) *Imputación del acreedor.*—También ésta es libre y debe ser hecha enseguida, sin dolo ni sorpresa. 164  
142. El deudor no puede impugnarla, después de haberla aceptado, sólo por que le resulte dañosa..... 165

## IV

143. c) *Imputación legal.*—Las normas que rigen hoy esta imputación concuerdan con las del derecho antiguo. Del concurso de las deudas parte vencidas y parte no..... 166  
144. Del concurso de deudas todas vencidas..... 167  
145. Del concurso de varias deudas de diferente fecha. ¿Es más antigua la deuda nacida primero, ó la que vence antes?..... 168

|      |                                                                                                              |     |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 146. | ¿Cuándo tiene lugar la imputación proporcional á varias deudas?.....                                         | 168 |
| 147. | De la imputación en el concurso de varias deudas no vencidas.....                                            | 169 |
| 148. | La imputación legal cede á la hecha por una de las partes y aceptada por la otra aunque sea tácitamente..... | 170 |

## ARTICULO II.

*De la imputación en el pago parcial.*

|          |                                                                                                                                         |     |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 149.     | Por regla general corresponde al acreedor el dirigirla; pero en el silencio de éste se hace primero á los intereses que al capital..... | 170 |
| 150.     | También se hace sobre los intereses de demora....                                                                                       | 171 |
| 151.     | Pero esta regla no se aplica al concurso de varias deudas distintas.....                                                                | 172 |
| 152.     | El acreedor puede renunciarla: reglas para deducir dicha voluntad.....                                                                  | 172 |
| 152 bis. | ¿Qué decir de los pagos parciales en la gradación de créditos?.....                                                                     | 173 |

## ARTICULO III

*Efectos de la imputación.*

|      |                                                                                                                    |     |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 153. | Son los mismos que los del pago: es decir, extingue el crédito sin que éste pueda revivir en daño de terceros..... | 175 |
| 154. | Si la imputación es anulada por dolo ó por sorpresa no se verifican ya los efectos extintivos.....                 | 175 |
| 155. | La imputación del pago parcial impide la prescripción quinquenal de los intereses.....                             | 175 |

## SECCIÓN II

EFECTOS EXCEPCIONALES DEL PAGO, Ó SEA PAGO  
CON SUBROGACIÓN*Observaciones generales.*

|      |                                                                                                          |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 156. | Indole anormal del pago con subrogación y opiniones doctrinales sobre esta figura jurídica.....          | 176 |
| 157. | El pago con subrogación es una ficción jurídica por la que se extingue el crédito con relación al acree- |     |

|      |                                                                                                                           |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|      | dor, pero no con relación al deudor; y el tercero que paga se considera como una sola persona con el acreedor pagado..... | 178 |
| 158. | Se indica una diferencia sustancial entre el Código francés y el italiano sobre los efectos de la subrogación.....        | 179 |
| 159. | En qué casos y bajo que condiciones puede verificarse el pago con subrogación.....                                        | 180 |

## § 1.

*Subrogación convencional.*

|      |                                                                                       |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 160. | Indole de esta subrogación, llamada también por recibo, y división de la materia..... | 180 |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## ARTICULO PRIMERO.

*De la subrogación convencional consentida por el acreedor.*

## I

|      |                                                                                              |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 161. | Orígenes de esta especie de subrogación en el derecho romano.....                            | 183 |
| 162. | Requisitos extrínsecos que supone; y ante todo, consentimiento y capacidad del acreedor..... | 185 |
| 163. | Continúa.....                                                                                | 188 |
| 164. | Requiere además un pago hecho con dinero del tercero no obligado.....                        | 188 |
| 165. | ¿Es válida la subrogación si el pago se hace por el deudor como mandatario del tercero?..... | 189 |
| 166. | Si el pago se hiciera con dinero de un obligado, sólo podría haber subrogación legal.....    | 190 |
| 167. | Esta especie de subrogación no requiere el consentimiento del deudor.....                    | 190 |

## III

|          |                                                                                                                                  |     |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 168.     | La primera condición extrínseca de la subrogación es que sea expresada en el recibo: pero no se necesitan palabras solemnes..... | 191 |
| 169.     | Se examina si es indispensable el documento escrito.....                                                                         | 192 |
| 169 bis. | Si es necesaria la entrega de los títulos ó documentos del crédito.....                                                          | 193 |

## IV

|                                                                                                                              | <u>Páginas.</u> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| 170. La subrogación debe ser contemporánea del pago.                                                                         | 193.            |
| 171. La subrogación hecha en documento separado del recibo es válida pero puede impugnarse por los terceros interesados..... | 195             |
| 172. Se examina si puede ser impugnada la fecha del documento de subrogación.....                                            | 195             |
| 173. Analogías y diferencias entre la subrogación por recibo y la cesión.....                                                | 196             |

## ARTICULO II

*De la subrogación convencional consentida  
por el deudor.*

## I

|                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 174. RAZONES Y ORIGENES de esta especie de subrogación en el derecho romano y en el antiguo derecho francés..... | 197 |
| 175. Saludables efectos que produce.....                                                                         | 199 |

## II

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 176. REQUISITOS INTRÍNSECOS.—Son tres. El primero es: <i>a) préstamo hecho por el tercero.</i> —Sentido de la palabra préstamo.....                                                                                                                                                                                                              | 200 |
| 177. El segundo es: <i>b) inversión del dinero en la extinción de la deuda.</i> —Se examina cómo debe hacerse este empleo por el deudor y qué se entiende por deudor. Principalmente si el comprador de un inmueble que paga el precio á los acreedores inscritos sobre los bienes del vendedor queda subrogado en los derechos de aquellos..... | 201 |
| 178. El tercero es: <i>c) consentimiento y declaración de las partes de prestar y respectivamente de recibir con el objeto de extinguir la deuda.</i> —No importa el consentimiento del deudor; ni se requiere que la voluntad de subrogar sea expresa.....                                                                                      | 205 |

## III

|                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 179. REQUISITOS EXTRÍNSECOS. <i>a) Actos de préstamo y de recibo.</i> —Deben contener la declaración de la procedencia y del destino del dinero..... | 206 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|



|         |                                                                                                                                                      |     |
|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 180.    | Estas declaraciones pueden hacerse por uno y por otro contratante siempre que figuren en el contenido del documento.....                             | 206 |
| 181.    | En caso de negativa del acreedor, la oferta real y el depósito con el recibo del cajero público hacen las veces del consentimiento del acreedor..... | 207 |
| 182.    | Cómo deben resolverse las controversias doctrinales que se agitan acerca de que las dos actas han de ser contemporáneas.....                         | 207 |
| 183.    | Un acta de subrogación estipulada después del préstamo pero antes del pago, puede ser válida en ciertos casos..                                      | 209 |
| 184.    | Se determinan los efectos de la subrogación cuando existan varios préstamos sucesivos.....                                                           | 209 |
| 184bis. | Y cuando existan varias hipotecas si los respectivos créditos no quedan todos pagados.....                                                           | 210 |
| 185.    | b) <i>Fecha cierta.</i> —Reglas que la rigen en esta materia.....                                                                                    | 211 |

## IV

|      |                                                                                                  |     |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 186. | COROLARIOS.—Las formalidades expuestas son las únicas necesarias para la validez del recibo..... | 212 |
| 187. | Pero deben concurrir todas ellas.....                                                            | 212 |

## § 2.

*Subrogación legal.*

|      |                                                                                                                         |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 188. | Observaciones preliminares y cuadro general de las diferentes subrogaciones legales en el derecho moderno italiano..... | 212 |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## ARTICULO PRIMERO

*Subrogación á favor del acreedor posterior.*

## I

|      |                                                                                                                                   |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 189. | SUBROGACIÓN POR PAGO.—Orígenes, índole y objeto de esta especie de subrogación.....                                               | 218 |
| 190. | Quien paga debe ser ante todo <i>acreedor</i> . Sentido de esta palabra.....                                                      | 219 |
| 191. | Quien recibe el pago debe tener causas de preferencia en razón de hipotecas ó de privilegios por el crédito que le es pagado..... | 219 |

|                                                                                                                                                     | <u>Páginas.</u> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| 192. ¿Es necesario que las hipotecas graven bienes del deudor común á quien recibe y á quien paga? Referencia.....                                  | 221             |
| 193. Qué debe entenderse por <i>pago</i> ; y si basta el pago parcial.....                                                                          | 221             |
| 194. Si el acreedor rechaza sin causa legítima el pago, el acreedor posterior puede recurrir á la oferta real.....                                  | 223             |
| 195. Se propone la duda de si el acreedor anterior puede pretender también el pago de otros créditos que tenga, aunque no merezcan preferencia..... | 223             |
| 196. Se resuelve la duda con varias distinciones.....                                                                                               | 225             |
| 197. Continúa.....                                                                                                                                  | 227             |
| 198. La subrogación debe ejercitarse á costa del subrogante.....                                                                                    | 228             |

## II

|                                                                                                                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 199. SUBROGACIÓN HIPOTECARIA POR EVICCIÓN.—Razones y orígenes de esta subrogación.....                                                                                                                                       | 228 |
| 200. Sentido jurídico del artículo 2011 del Código civil, que sanciona la subrogación hipotecaria.....                                                                                                                       | 230 |
| 201. Qué requisitos exige: y en primer lugar, la <i>evicción</i> .                                                                                                                                                           | 230 |
| 202. Si hay evicción cuando el acreedor anterior en lugar de hacerse colocar por entero sobre el fundo gravado por la hipoteca posterior se hace colocar proporcionalmente sobre todos los bienes expropiados al deudor..... | 232 |
| 203. En segundo lugar se requiere la existencia de otras hipotecas en favor del acreedor que realiza la evicción sobre los fundos en que el posterior quiere ser subrogado.....                                              | 235 |
| 204. Se demuestra que la subrogación se extiende también á los bienes salidos del patrimonio del deudor ó que no le hayan pertenecido nunca.....                                                                             | 235 |
| 205. Continúa.....                                                                                                                                                                                                           | 239 |
| 206. Por último, es necesario que la hipoteca, en que quiere ejercitarse la subrogación, no haya sido cancelada.....                                                                                                         | 239 |
| 207. El acreedor posterior puede renunciar á la subrogación.....                                                                                                                                                             | 240 |
| 208. Es efecto de la subrogación el hacer entrar al que ha sufrido la evicción en los derechos hipoteca-                                                                                                                     |     |

|      |                                                                                                    |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|      | rios del que ha realizado la evicción; y abrir paso á subrogaciones semejantes como consecuencia.. | 240 |
| 209. | ¿Cómo se regula el concurso del crédito subrogado con el subrogante?.....                          | 241 |

## ARTICULO II

*Subrogación á favor del adquirente ó poseedor de un inmueble, que paga á los acreedores hipotecarios.*

## I

|      |                                                                                                                                                                                                                         |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 210. | SUBROGACIÓN EN FAVOR DEL ADQUIRENTE. — Orígenes romanos de esta subrogación; y su desarrollo en el derecho moderno en que aparece como una especie del más vasto género de las subrogaciones concedidas al coobligado.. | 241 |
| 211. | Requiere ante todo la persona del comprador de un inmueble que hace el pago al mismo tiempo que la compraventa.....                                                                                                     | 244 |
| 212. | Si el comprador revende enseguida, ¿la subrogación corresponde al primero ó al segundo comprador?...                                                                                                                    | 245 |
| 213. | Qué decir si el comprador ha adquirido <i>a non domino</i> .....                                                                                                                                                        | 245 |
| 214. | En segundo lugar debe ser objeto de la venta un inmueble ó un derecho real. ....                                                                                                                                        | 246 |
| 215. | En tercero se requiere que se haga el pago á uno ó varios acreedores hipotecarios inscritos sobre el fundo vendido....                                                                                                  | 246 |
| 216. | La subrogación no se excluye en la adjudicación de la deuda hecha por el vendedor al comprador..                                                                                                                        | 247 |
| 217. | El comprador puede pagar por mandatario; pero puede ser mandatario el vendedor.....                                                                                                                                     | 247 |
| 218. | No importa que el pago resulte de un recibo contemporáneo al acto de venta.....                                                                                                                                         | 248 |
| 219. | No hay subrogación si el pago no se hace á los acreedores hipotecarios. ¿Qué decir si á los acreedores privilegiados?.....                                                                                              | 248 |
| 220. | Hay subrogación en el pago hecho por el comprador á si mismo por compensación de su crédito hipotecario.....                                                                                                            | 249 |
| 221. | La subrogación se extiende también á los bienes de los deudores convertidos en terceros poseedores.                                                                                                                     | 250 |

|                                                                          | <u>Páginas.</u> |
|--------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| 222. Continúa.....                                                       | 252             |
| 223. La subrogación no puede ser ejercitada después del saneamiento..... | 252             |

## II

|                                                                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 224. SUBROGACIÓN HIPOTECARIA DEL TERCER POSEEDOR QUE HA SUFRIDO EVICCIÓN.—Orígenes y objeto de esta subrogación, análoga á la concedida al adquirente y al coobligado..... | 253 |
| 225. Requisitos necesarios para ejercitarla: y en primer lugar, ¿qué se entiende por <i>tercer poseedor</i> ?... ..                                                        | 254 |
| 226. En segundo lugar se necesita el pago, la dejación ó la expropiación por efecto de la acción hipotecaria.....                                                          | 255 |
| 227. Se examina si la subrogación puede corresponder al tercer poseedor que paga los créditos hipotecarios después de haber pagado imprudentemente al vendedor.....        | 255 |
| 228. En tercer lugar es necesario que aquellos contra quienes quiere ejercitarse la subrogación tengan inscritos sus derechos después de los del tercer poseedor.....      | 257 |

## ARTICULO III

*Subrogación á favor de quien, estando obligado con otros ó por otros al pago de la deuda, tenga interés en satisfacerla.*

## I

|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 229. Orígenes, vicisitudes y razones de esta especie de subrogación.....                                                   | 258 |
| 230. La cual requiere <i>a</i> , el pago, y <i>b</i> ) la calidad de coobligado en el que paga.....                        | 259 |
| 231. Pueden equipararse al pago la compensación, la novación, y la remisión, siempre que sean hechas á título oneroso..... | 260 |

## II

|                                                                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 232. Quiénes están obligados <i>con</i> otros ó <i>por</i> otros.....                                                                           | 260 |
| 233. ¿Corresponde la subrogación legal al mandatario, al gestor que paga las deudas del mandante ó del administrado, con el dinero propio?..... | 262 |

|      |                                                                                                                                   |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 234. | ¿La subrogación corresponde también á los obligados <i>hipotecariamente</i> , esto es, á los terceros poseedores? Referencia..... | 263 |
| 235  | Si corresponde también al tercero que paga para liberarse de las acciones de resolución ó de revocación .....                     | 264 |
| 236. | Referencia por lo que se refiere á la subrogación del asegurador.....                                                             | 265 |
| 237. | El objeto de la subrogación es hacer ejercitar el regreso con las acciones del acreedor pagado.....                               | 265 |

## ARTICULO IV

*Subrogación á favor del heredero á beneficio.*

|      |                                                    |     |
|------|----------------------------------------------------|-----|
| 238. | Orígenes y razones de esta especie de subrogación. | 265 |
| 239. | No puede nunca corresponder al simple heredero.    | 266 |
| 240. | Ni al curador de la herencia yacente.....          | 266 |
| 241. | Condiciones indispensables para poderla ejercitar. | 266 |

## ARTICULO V

*Otras especies de subrogaciones legales no tratadas por el Código civil.*

## I

|      |                                                                                                        |     |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 242. | Subrogación concedida al asegurador contra los autores del daño por el vigente Código de comercio..... | 267 |
| 243. | Subrogaciones en favor de los que pagan la letra de cambio.....                                        | 258 |

## II

|      |                                                                                         |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 244. | Subrogaciones concedidas por la ley sobre la recaudación de los impuestos directos..... | 269 |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## § 3.

*Efectos de la subrogación.*

|      |                                                                                                    |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 245. | REGLAS GENERALES. Son dos: a) <i>El subrogado ejercita todos los derechos del subrogante</i> ..... | 270 |
| 246. | Se examina si ejercita también los derechos no cedibles.....                                       | 273 |
| 247. | El subrogado puede renunciar á la subrogación y ceder sus derechos.....                            | 274 |

248. Pero la subrogación no puede empeorar la condición de los terceros..... 274

## II

249. *b) El subrogado sólo puede recuperar su crédito.—* Sentido de esta regla.. ..... 275
250. Si el subrogado tiene derecho al reembolso completo, se sirve de los derechos del subrogante hasta donde alcance la suma desembolsada; si al reembolso parcial, sólo se sirve de ellos hasta su límite..... 275
251. Se examina si habiendo varios coobligados puede el subrogado, deducida su parte, obrar en regreso por todo el resto contra uno solo de los coobligados. Y en primer lugar entre coherederos, y se responde que no..... 276
252. Dígase lo mismo de los codeudores solidarios..... 277
253. Dígase lo contrario entre un fiador y varios codeudores solidarios, por los que haya prestado fianza; pero no así cuando haya garantizado á uno solo de ellos..... 279
254. El fiador no puede repetir de los cofiadores más que la cuota viril..... 280
255. Debe decirse lo mismo del codeudor con relación á los coobligados en la obligación indivisible..... 281
256. Así como de los terceros poseedores entre sí..... 281
257. Y por último, en las relaciones entre fiador y tercer poseedor puede el fiador obrar en regreso contra el tercero poseedor, pero no éste contra el fiador. 283
258. Continúa ..... 285

## III

259. EXCEPCIONES.—Los efectos de la subrogación pueden restringirse por pacto, pero no está permitido obtener con la subrogación convencional efectos más pingües que los de la legal..... 285
260. La subrogación meramente hipotecaria está limitada á las hipotecas..... 286
261. Las subrogaciones en materias de letras de cambio siguen reglas del todo propias y especiales á la materia..... 286

|      |                                                                                                                                   |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 262. | Según nuestro Código, después del pago parcial, subrogante y subrogado vienen á contribución. Importancia de esta innovación..... | 286 |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**TITULO II**

DE LA OFERTA DE PAGO Y DEL DEPÓSITO

*Observaciones generales.*

|      |                                                                                                                                                                                                                                               |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 263. | Es el procedimiento por medio del cual puede el deudor liberarse cuando el acreedor no quiere recibir el pago; pero es un procedimiento excepcional que no se aplica á todas las especies de obligaciones.....                                | 289 |
| 264. | No es necesaria la oferta real para constituir al acreedor <i>in mora accipiendi</i> ; ó para evitar las consecuencias de la <i>mora solvendi</i> , que son diferentes de la prestación del riesgo y peligro y del pago de los intereses..... | 289 |
| 265. | División de la materia.....                                                                                                                                                                                                                   | 290 |

**CAPÍTULO PRIMERO**

DE LA OFERTA REAL Y DEL DEPÓSITO, SEGÚN LAS DISPOSICIONES PARTICULARES DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

§ 1.

*En las deudas pecuniarias.*

ARTICULO PRIMERO

*Forma del procedimiento.*

I

|      |                                                                                                                                                                                                      |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 266. | OFERTA REAL. a) <i>Formalidades intrínsecas.</i> —La oferta requiere todas las condiciones sustanciales del pago, y debe por lo tanto hacerse por quien, á quien pueda pagar y en tiempo debido..... | 290 |
| 267. | En el lugar convenido para el pago ó á la persona del acreedor ó en su domicilio ó en el lugar elegido para la ejecución del contrato.....                                                           | 297 |
| 268. | ¿Puede hacerse la oferta en el juzgado?.....                                                                                                                                                         | 302 |
| 269. | Debe ser completa, libre y real. ¿Cuándo es completa?.....                                                                                                                                           | 302 |

|      |                        |     |
|------|------------------------|-----|
| 270. | ¿Cuándo es libre?..... | 305 |
| 271. | ¿Cuándo es real?.....  | 305 |

## II

|      |                                                                                                          |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 272. | <i>Formalidades extrínsecas.</i> —Del oficial encargado de redactar el acta en que conste la oferta..... | 306 |
| 273. | Contenido de las diligencias.....                                                                        | 307 |
| 274. | Notificación del acta.....                                                                               | 307 |

## III

|      |                                                                                                                                                                                         |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 275. | DEPÓSITO.—La oferta comienza y el depósito realiza el procedimiento de liberación, cuando no se trate de uno de los pocos casos en que puede dejar de hacerse la oferta preliminar..... | 308 |
| 276. | Cómo debe hacerse el depósito; formalidades que le preceden, le acompañan y le siguen.....                                                                                              | 310 |
| 277. | Lugar donde se efectúan los depósitos de dinero. Caja de depósitos y préstamos.....                                                                                                     | 312 |

## ARTICULO II

*Efectos de este procedimiento.*

## I

|      |                                                                                                                                                                                                                                              |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 278. | a) <i>Efectos de la oferta no seguida aún del depósito.</i> Constituye al acreedor en <i>mora accipiendi</i> ; pero no hace cesar el curso de los intereses ni libra al deudor del riesgo y peligro de las sumas ofrecidas. Referencias..... | 313 |
| 279. | ¿Puede el deudor ser á su vez constituido en morosidad por el acreedor si no efectúa el depósito?..                                                                                                                                          | 318 |
| 280. | Los gastos de la oferta válida y regular están á cargo del acreedor.....                                                                                                                                                                     | 319 |

## II

|      |                                                                                                                                                |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 281. | b) <i>Efectos del depósito.</i> — Produce la liberación del deudor y la extinción de la deuda con relación á él.....                           | 320 |
| 282. | Esta liberación difiere de la derivada del pago; porque no es irrevocable ni hace pasar la posesión y la propiedad del dinero al acreedor..... | 321 |
| 283. | Teoría de la revocabilidad del depósito.....                                                                                                   | 322 |
| 284. | Continúa.....                                                                                                                                  | 324 |



285. Los gastos del depósito válido y regular están á cargo del acreedor..... 325

## § 2.

*En la deuda de cosa mueble, sea un cuerpo cierto y determinado (especies), sea una especie (genus).*

## I

286. CUERPO CIERTO Y DETERMINADO.—Para la liberación coactiva en las obligaciones civiles de cuerpo cierto y determinado, el deudor, si debe entregar la cosa donde se encuentra, no tiene necesidad de hacer oferta: bastan el requerimiento y el depósito autorizado por el juez..... 325
287. Razones por las que el depósito debe estar precedido de la autorización; y cuándo puede prescindirse de ella..... 327
288. Aplicaciones de este procedimiento á las obligaciones por las que el deudor debe entregar la cosa en lugar diferente de aquel en que se encuentra. 328
289. Aplicaciones de dichas reglas á la obligación alternativa..... 329
290. Observaciones relativas á las obligaciones mercantiles..... 330

## II

291. ESPECIE (*genus*).—Grave cuestión respecto al procedimiento de liberación coactiva, aplicable á dichas obligaciones en materia civil..... 330
292. Se afirma que la oferta no es necesaria en ella por regla general, como en las de cuerpo cierto y determinado, salvo ciertas excepciones..... 332
293. Observaciones respecto á las obligaciones mercantiles..... 332

## CAPITULO II

DE LA OFERTA REAL Y DEL DEPÓSITO EN LOS CASOS  
NO INDICADOS POR LOS CÓDIGOS

## § 1.

*En las obligaciones de entregar inmuebles.*

294. Para obtener la liberación coactiva en estas obligaciones es preciso recurrir al secuestro judicial: y

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| no creemos necesaria la citación en procedimiento judicial contencioso ..... | 333 |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|

## § 2.

*En las obligaciones de hacer ó de no hacer.*

|                                                                                                                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 295. En las obligaciones <i>de hacer</i> es preciso distinguir la prestación que requiere la intervención del acreedor de la que no lo requiere. Para la segunda bastará el requerimiento judicial para realizar la prestación; para la otra se necesitará la autorización judicial..... | 334 |
| 296. En las obligaciones <i>de no hacer</i> , el deudor, cuando lo estime preciso, debe requerir á día cierto al acreedor, para que comparezca á determinar el lugar y el modo de la prestación negativa, cuando sea necesario determinarlos.....                                        | 335 |

**PARTE II**MODOS DE EXTINCIÓN CONSISTENTES EN UN ACUERDO  
LIBERATORIO

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| 297. Observaciones generales ..... | 337 |
|------------------------------------|-----|

**TÍTULO PRIMERO**

## DE LA DATIO IN SOLUTUM

## CAPITULO ÚNICO

## CARACTERES Y EFECTOS

## I

|                                                                                                                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 298. La <i>datio in solutum</i> está reconocida en el Código civil, aun cuando en él no se encuentre enumerada entre los modos de extinguir las obligaciones.                                                                       | 339 |
| 298bis Se puede dividir en necesaria y voluntaria; pero nosotros hablamos únicamente de la voluntaria..                                                                                                                             | 340 |
| 299. Requisitos de la <i>datio in solutum</i> : son, una prestación <i>animo solvendi</i> : una diferencia entre la prestación debida y la efectuada: el consentimiento y la capacidad de las partes. Explicación del primero ..... | 340 |
| 299bis. Explicación del segundo.....                                                                                                                                                                                                | 341 |

|                    |                                                                                                                                                           |     |
|--------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 299 <sup>ter</sup> | Explicación del tercero y cuestiones de interés fiscal que se enlazan con ella.....                                                                       | 342 |
| 300.               | En sentido estrictísimo, la <i>datio in solutum</i> es la prestación de una cosa material en lugar del dinero y requiere la transmisión de la propiedad.. | 345 |
| 300 <sup>bis</sup> | Carácter jurídico de la <i>datio in solutum</i> que no debe confundirse ni con la novación, ni con la venta, ni con la permuta.....                       | 345 |

II

|                            |                                                                                                                                                                          |     |
|----------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 301.                       | Se examina si la evicción de la cosa dada <i>in solutum</i> hace renacer la obligación primitiva.....                                                                    | 348 |
| 302.                       | Continúa.....                                                                                                                                                            | 349 |
| 303.                       | Se distingue la evicción que ocurre por reivindicación y la que depende de acción hipotecaria: en este último caso la obligación revive, excepto para el fiador.....     | 350 |
| 304.                       | Se demuestra particularmente que solo en el caso de reivindicación resurgen las hipotecas del primer crédito.....                                                        | 352 |
| 304 <sup>bis</sup> .       | Continúa con la refutación de la opinión contraria que no tiene en cuenta la distinción entre evicción por causa de reivindicación y evicción por causa hipotecaria..... | 354 |
| 305                        | En qué casos puede corresponder al acreedor que ha sufrido evicción la acción en resarcimiento de daños..                                                                | 358 |
| 305 y 305 <sup>bis</sup> . | Disposiciones del Proyecto y del Código alemanes.....                                                                                                                    | 358 |

TÍTULO II

DE LA REMISIÓN DE LA DEUDA: Ó SEA DE LA REMISIÓN EN PARTICULAR, DEL MUTUO DISENSO Y DEL CONVENIO

|      |                                                    |     |
|------|----------------------------------------------------|-----|
| 306. | Observaciones generales y división de la materia.. | 360 |
|------|----------------------------------------------------|-----|

CAPITULO PRIMERO

DE LA REMISIÓN DE LA DEUDA EN PARTICULAR

I

|      |                                                                                                             |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 307. | <i>Caracteres y requisitos.</i> —Es una renuncia gratuita del crédito, hecha por testamento ó por contrato. | 361 |
| 308. | Si por contrato, requiere la aceptación del deudor..                                                        | 365 |

|      |                                                                                                                                                                       |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 309. | No requiere solemnidades de forma, pero en la esencia obedece á las reglas de las donaciones .                                                                        | 367 |
| 310. | Todos los créditos de cualquier naturaleza pueden ser objeto de remisión; aun los que se derivan de contrato bilateral ó de fuente no contractual ....                | 368 |
| 311. | La remisión puede ser total ó parcial: ejemplos de esta última en las condonas de las penales pactadas en los contratos á favor de las Administraciones públicas..... | 369 |

## II

|      |                                                                                                                                                                                           |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 312. | <i>Presunciones de remisión.</i> —Restitución voluntaria del original del documento privado, hecha por el acreedor al deudor.....                                                         | 369 |
| 313. | Disposiciones del Código Napoleón y del Código italiano y su diferencia.....                                                                                                              | 371 |
| 314. | Se examinan las cuatro condiciones necesarias para la presunción. Primera, que la restitución haya sido hecha por el acreedor.....                                                        | 372 |
| 315. | Segunda, la tradición del documento privado debe hacerse al deudor.....                                                                                                                   | 373 |
| 316. | Tercera, esta tradición debe ser voluntaria.....                                                                                                                                          | 374 |
| 317. | ¿Qué pruebas serán admisibles para demostrar que la posesión del documento en manos del deudor tiene por causa la restitución voluntaria por el acreedor?.....                            | 376 |
| 318. | Cuarta, debe tratarse del original del documento privado; y aquí se encuentran las cuestiones derivadas de la existencia de varios originales, ó de la naturaleza de ciertos títulos..... | 377 |
| 319. | La presunción de remisión nacida de la restitución voluntaria del documento no admite prueba en contrario.....                                                                            | 379 |
| 320. | Y es la sola presunción legal; sin que por otra parte excluya las presunciones abandonadas á la prudencia del juez.....                                                                   | 380 |
| 321. | Se pregunta si el borrar ó destruir el documento puede constituir presunción de remisión.....                                                                                             | 381 |
| 322. | La presunción establecida por el artículo 1279 ¿es á título de pago ó de remisión?.....                                                                                                   | 381 |
| 323. | Continúa en las relaciones entre acreedor y deudor.                                                                                                                                       | 383 |
| 324. | Continúa en las relaciones entre deudor y terceros.                                                                                                                                       | 384 |
| 325. | Conclusión y resúmen.....                                                                                                                                                                 | 384 |

## III

Páginas.

|         |                                                                                                                                                                                                                             |     |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 326.    | <i>Efectos de la remisión.</i> —Y en primer lugar de la remisión <i>real</i> , que extingue el crédito con relación á todos los coobligados; mientras la <i>personal</i> libera sólo al contratante al que se concedió..... | 385 |
| 327.    | Se examina cuándo la remisión puede considerarse real; y cuando personal.....                                                                                                                                               | 388 |
| 328.    | Efectos de la remisión sobre la prenda, sobre los coobligados y sobre el fiador.....                                                                                                                                        | 389 |
| 329.    | Interpretación y crítica del artículo 1254, según el cual lo que el acreedor recibe de un fiador para liberarlo, debe imputarse á la deuda.....                                                                             | 392 |
| 329 bis | Observaciones sobre la remisión impropia.....                                                                                                                                                                               | 394 |

## CAPÍTULO II

## DEL MUTUO DISENSO

## I

|      |                                                                                                                           |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 330. | Cuál es el concepto jurídico de este modo de extinguir las obligaciones: y cómo difiere de la remisión en particular..... | 394 |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## II

|      |                                                                                                     |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 331. | ¿Cuáles son las formas como debe manifestarse el mútuo disenso?.....                                | 398 |
| 332. | ¿Cuáles son los contratos en que puede aplicarse? son los reales y los que transmiten la propiedad. | 398 |

## CAPÍTULO III

DEL CONVENIO Y DE LAS RELATIVAS INSTITUCIONES  
MORATORIAS EN LA QUIEBRA

## I

|      |                                                                                                           |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 333  | CONVENIO.—Es una remisión parcial concedida al quebrado por la mayoría de los acreedores.....             | 400 |
| 334  | Difiere de la remisión ordinaria en que no libera á los fiadores.....                                     | 401 |
| 335. | No puede decirse lo mismo del convenio extrajudicial y de las renunciaciones á la prenda ó á la hipoteca. | 402 |

## II

Páginas.

|      |                                                                                                                                                                                 |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 336. | ESPERA ( <i>Moratoria</i> ) Y CONVENIO PREVENTIVO.—Orígenes y vicisitudes de la moratoria, resucitada por el Código de comercio y abolida por la Ley de 23 de Mayo de 1903..... | 404 |
| 337. | Era una especie de remisión temporal que podía convertirse en remisión sustancial á semejanza del convenio.....                                                                 | 411 |
| 338. | Dudas sobre la oportunidad y sobre la utilidad de esta institución, sustituida hoy por el convenio preventivo y observaciones sobre dicha institución.....                      | 412 |

## TITULO III

## DE LA NOVACIÓN

*Observaciones generales.*

## I

|          |                                                                                                                                                |     |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 339.     | Diferencias entre la novación moderna y la romana; porque modernamente la novación no es nunca una mutación puramente formal de la obligación. | 414 |
| 340.     | La novación acumulativa ó modificativa no es hoy propiamente hablando una verdadera novación..                                                 | 415 |
| 341.     | Dígase lo mismo de la novación judicial.....                                                                                                   | 415 |
| 341 bis  | Desaparición de la novación del proyecto y del Código alemán, y razones que la han sugerido.....                                               | 416 |
| 341 ter. | Su permanencia en el Código italiano.....                                                                                                      | 418 |

## II

|      |                                                                                                                                  |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 342. | Sentido de la palabra novación y de sus derivadas: dificultad de la materia frente á la ciencia.....                             | 418 |
| 343. | Se enuncian cuatro requisitos esenciales de la novación.....                                                                     | 419 |
| 344. | Se distinguen tres especies de novación: objetiva ó real, subjetiva con cambio de acreedor y subjetiva con cambio de deudor..... | 419 |
| 345. | División de la materia.....                                                                                                      | 420 |



## IV

Páginas.

358. c) *Capacidad de las partes contratantes.*—Poco importa la capacidad del delegado si éste era ya deudor: mientras en el caso opuesto puede deducir la incapacidad aun después de haber aceptado la delegación..... 436
359. Al contrario, por parte del acreedor delegante es necesaria la capacidad de enajenar... .. 436

## V

360. d) *Consentimiento de las partes contratantes (animus novandi).*—Es indispensable el consentimiento de los tres interesados..... 437
361. Si el deudor no interviene no puede haber delegación, sino cesión. ¿Qué decir si acepta con posterioridad y reconoce como acreedor al cesionario?. 437
362. Continúa..... 438
363. Continúa... .. 439
364. Se distingue el pago con subrogación y la delegación..... 440
365. Se distingue la cesión y la delegación..... 441
366. En la delegación ó asignación simple ¿puede el legatario después de haberla aceptado oponer las excepciones que tenía contra el delegante?... .. 442
367. Continúa..... 443
368. Continúa: exámen del art. 1278 del Código civil... 444
369. Se concluye por la negativa, aplicando el indicado artículo también á la asignación simple... .. 445
370. Importancia y efecto de la asignación simple, esto es, sin novación..... 446

## § 2.

*Novación subjetiva por la intervención  
de un nuevo deudor.*

## I

371. SUBROGACIÓN DEL DEUDOR (*Expromissione*).—Noción jurídica de esta novación..... 447
372. No requiere el consentimiento del deudor: pero bajo todos los otros respectos está regida por las reglas de la novación..... 448



|      |                                                                                                                                                            |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 373. | El <i>animus novandi</i> puede manifestarse también tácitamente, aunque de manera inequívoca; y consiste en la voluntad de liberar al deudor.....          | 449 |
| 374. | Ejemplos sacados de la jurisprudencia.....                                                                                                                 | 449 |
| 375. | Reunidos los consentimientos del que se subroga y del acreedor, la novación es perfecta; y el deudor queda irrevocablemente liberado, aun ignorándolo..... | 451 |

## II

|      |                                                                                                                                                                                   |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 376. | DELEGACIÓN.—Noción jurídica de la delegación <i>mutato debitore</i> ; la cual requiere ante todo una deuda entre delegante y delegatario; pero no entre delegante y delegado..... | 451 |
| 377. | Por parte del delegado no se requieren palabras explícitas de aceptación; por parte del delegatario la voluntad de liberar al delegante debe ser <i>explicita</i> .....           | 452 |
| 378. | El delegante debe á su vez aceptar la liberación, pero puede manifestar también tácitamente su voluntad.....                                                                      | 455 |
| 379. | La reunión de los consentimientos puede no ser contemporánea.....                                                                                                                 | 455 |
| 380. | De la capacidad de los contratantes; y de la obligación preexistente entre delegante y delegatario..                                                                              | 455 |
| 381. | De la nueva obligación que se sustituye á la anterior.....                                                                                                                        | 456 |
| 382. | La liberación del delegante es definitiva, no obstante la insolvencia del delegado; excepto reservas del delegatario.....                                                         | 457 |
| 383. | Se examina si el regreso ejercitado por el delegatario es una simple acción de garantía ó una vuelta á los derechos primitivos de crédito.....                                    | 458 |
| 384. | Continúa.....                                                                                                                                                                     | 459 |
| 385. | Si la obligación asumida por el delegado queda anulada, debe revivir el crédito primitivo.....                                                                                    | 459 |
| 386. | Confrontación de la delegación perfecta y la imperfecta.....                                                                                                                      | 460 |

## § 3.

*Novación objetiva.*

## ARTICULO PRIMERO

*Del «animus novandi», primer requisito esencial de la novación objetiva.*

## I

Páginas.

- |      |                                                                                                                                      |     |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 387. | La novación objetiva puede ser expresa ó tácita...                                                                                   | 461 |
| 388. | Expresa no requiere palabras solemnes: y produce efecto aun cuando la modificación producida en la obligación no sea sustancial..... | 462 |

## II

- |      |                                                                                                                                             |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 389. | Es tácita la novación cuando resulta de la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación..                                        | 463 |
| 390. | Debe ante todo excluirse la acumulación de las dos obligaciones.....                                                                        | 464 |
| 391. | Debe luego excluirse la permanencia de la nueva obligación modificada. Gravísimas dificultades que se encuentran en tales distinciones..... | 464 |
| 392. | Se enuncian varias distinciones que no producen novación.....                                                                               | 464 |
| 393. | Se enuncian otras modificaciones que producen novación.....                                                                                 | 465 |

## III

- |         |                                                                                                                            |     |
|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 394.    | Cuestiones respecto á las modificaciones sustanciales del objeto, cuando la <i>datio in solutum</i> produzca novación..... | 466 |
| 395.    | Conversión de los precios ó capitales en rentas perpétuas ó vitalicias.....                                                | 466 |
| 396.    | De rentas en dinero en rentas en mercancías ó viceversa, ó en prestaciones alimenticias .....                              | 467 |
| 396 bis | De rentas patrimoniales en rentas inscritas en el Gran Libro de la deuda pública.....                                      | 468 |

## IV

- |      |                                                                                                                                                 |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 397. | Cambio de la <i>causa debendi</i> .—Se propone la grave cuestión de si la emisión de letras de cambio en saldo del precio produce novación..... | 469 |
| 398. | Continúa.....                                                                                                                                   | 471 |

|      |                                                                                                             |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 399. | Continúa; las reservas que acompañan á la regulación de las letras de cambio excluyen la novación.....      | 472 |
| 400. | Continúa: La simultaneidad de la regulación de las letras con la primera obligación excluye la novación.... | 473 |
| 401. | Continúa: el endoso <i>por procura ó en garantía</i> excluye la novación....                                | 475 |
| 402. | La imple renovación del título cambiario no produce novación.....                                           | 475 |
| 403  | La anotación de una deuda en cuenta corriente produce novación....                                          | 475 |

## V

|      |                                                                                                                                          |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 404. | Recopilación y conclusión sobre la dificultad de establecer un criterio de la novación objetiva diferente del <i>animus novandi</i> .... | 476 |
| 405. | Valor de la máxima de jurisprudencia según la cual el establecer el criterio de la novación sería una investigación de derecho.....      | 477 |

## ARTICULO II

*De los otros requisitos esenciales de la novación objetiva.*

## I

|      |                                                                                                                                                |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 406  | Capacidad de las partes contratantes, é interpretación del art 1268 del Código civil. Y en primer lugar, capacidad por parte del acreedor..... | 478 |
| 407. | Capacidad por parte del deudor.....                                                                                                            | 479 |

## II

|      |                                                                                          |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 408. | Obligación precedente; si puede ser natural ó de juego; referencias. ....                | 480 |
| 409. | Si una obligación no válida, esto es suceptible de anulación; ó nula absolutamente.. ... | 481 |
| 410. | Si una obligación condicional ó á tiempo determinado... ..                               | 482 |
| 411. | Si una obligación futura .. ..                                                           | 482 |

## III

|      |                                                                                                                                          |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 412. | Obligación nueva. No puede ser una obligación natural, pero puede bien ser una obligación civil sujeta á anulación, ó sea no válida..... | 483 |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|      |                                                                                  |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 413. | Puede ser también condicional ó á tiempo determinado.....                        | 484 |
| 414. | Si, y en que sentido la nueva obligación debe ser posterior á la precedente..... | 484 |

## CAPITULO II

## EFECTOS DE LA NOVACIÓN

## I

|      |                                                                                                                                                                                                                                                       |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 415. | REGLAS.—El efecto de la novación es liberatorio y obligatorio. Como liberatoria la novación libera al deudor de la antigua deuda, extinguiendo ésta con todas sus consecuencias y accesorios; y liberando también á los coobligados y á los fiadores. | 486 |
| 416. | Como obligatoria, la novación hace nacer una obligación separada y diferente de la antigua.....                                                                                                                                                       | 491 |
| 417. | La extinción de la primera obligación es independiente de la satisfacción de la segunda.....                                                                                                                                                          | 491 |
| 418. | La novación libra de la morosidad en que ya se ha incurrido y quita sus efectos.....                                                                                                                                                                  | 492 |
| 419. | La liberación aprovecha también á los codeudores y á los fiadores, si la novación se ultimó con el deudor principal ó con uno de los codeudores principales.....                                                                                      | 492 |
| 420. | La novación ultimada con el fiador no libera al deudor principal.....                                                                                                                                                                                 | 492 |

## II

|      |                                                                                                                                                                                                       |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 421. | EXCEPCIONES.—a) <i>Novación del acreedor «in solidum»</i> .—Sólo produce efecto para el acreedor que la ultimó.....                                                                                   | 493 |
| 422. | b) <i>Reserva por los codeudores solidarios y los fiadores</i> . Si el acreedor exige la adhesión de los codeudores y de los fiadores, la novación no es perfecta sin el consentimiento de estos..... | 493 |

## III

|      |                                                                                                                                        |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 423. | c) <i>Reserva de las hipotecas, de la prenda y de otros derechos en general</i> .—La hipoteca puede ser reservada por el acreedor..... | 495 |
| 424. | La reserva debe ser expresa y contemporánea á la novación.....                                                                         | 495 |

|      |                                                                                                                                                                                                                         |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 425. | Se examina si para la eficacia de la reserva es necesario el consentimiento del tercer poseedor de los bienes hipotecados.....                                                                                          | 496 |
| 426. | Continúa.....                                                                                                                                                                                                           | 497 |
| 427. | Se distingue sobre el asunto la novación subjetiva de la objetiva; y primero se habla de la objetiva.                                                                                                                   | 498 |
| 428. | Reserva de la hipoteca en la novación subjetiva; se examina la doctrina de Demolombe según la cual no sería eficaz la reserva sin el consentimiento del deudor cuyos bienes quedan hipotecados.....                     | 499 |
| 429. | Continúa.....                                                                                                                                                                                                           | 500 |
| 430. | Continúa.....                                                                                                                                                                                                           | 501 |
| 431. | Continúa.....                                                                                                                                                                                                           | 501 |
| 432. | Continúa.....                                                                                                                                                                                                           | 502 |
| 433. | Se demuestran los peligros de la doctrina de Demolombe que no rige frente á los precedentes' del Código y al espíritu de que aparece informado..                                                                        | 503 |
| 434. | Se hacen las mismas observaciones para las reservas de la prenda.....                                                                                                                                                   | 504 |
| 435. | En la novación entre el acreedor y uno de los deudores <i>in solidum</i> las hipotecas no pueden reservarse más que sobre los bienes del que hizo la novación cuando no exista la adhesión de los otros codeudores..... | 504 |
| 436. | Es lícito á las partes reservar en la novación cualquier derecho que no sea incompatible con la nueva obligación y para el que no haya prohibición legal.....                                                           | 505 |
|      | RELACIÓN DE LOS ARTICULOS LEGALES CITADOS EN ESTE VOLÚMEN.....                                                                                                                                                          | 507 |