BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFÍA É HISTORIA

DERECHO CIVIL

TEÓRICO Y PRÁCTICO

POR

FRANCISCO RICCI

Autor del "Tratado de las pruebas,,

TRADUCCION

POR

EDUARDO OVEJERO

Abogado del Colegio de Madrid.

TOMO XIII

De los contratos.—De los cuasi-contratos.—De los delitos y cuasi-delitos.—Diversas clases de obligaciones.

MADRID
LA ESPAÑA MODERNA
LÓPEZ DE HOYOS, 6
(esquina á Serrano, 114)

ES PROPIEDAD

8987—Imp. de Gabriel L. Hernández, San Bernardo, 92.—Teléfono 1922.

INTRODUCCION

SUMARIO: 1. La obligación como vínculo se resuelve en una limitación de la libertad natural.—2. En qué consiste dicha limitación.—3. La obligación está constituída por un vínculo jurídico.—Valor de esta expresión.—Si existen en derecho patrio obligaciones naturales.—4. Aspecto subjetivo y aspecto objetivo de la obligación.—Cuál es el sujeto de la obligación y cuál su objeto.—Acreedor y deudor.—5. División del tratado de las obligaciones.

1. La obligación es para nuestro legislador lo que era para los jurisconsultos romanos, esto es, un *juris vinculum*. La obligación liga, vincula al hombre; pero ¿en qué consiste realmente dicho vínculo ó ligadura?

Todo vínculo se resuelve necesariamente en una limitación de nuestra libertad. Si yo debo darte una cosa ó estoy obligado con respecto á ti á hacer ó no hacer una cosa, no disfruto de completa libertad; porque si fuese completamente libre, podría no dar ó no hacer lo que de mí exiges, ó bien hacer lo que tú pretendes que no haga. ¿Y por qué mi libertad puede ser limitada en favor de un semejante mío?

Si cada uno de nosotros no necesitásemos de los demás ni de las cosas que nos rodean, esta limitación de la libertad, en cuanto constituye un vínculo jurídico, no tendría razón de ser; pero el hombre no halla en sí cuanto necesita para mantener y desarrollar su

existencia, y le es preciso emplear las cosas que tiene á su alcance como medios para la consecución de dicho fin. Y precisamente, en razón del patrimonio que necesitamos, es por lo que nuestra libertad individual puede ser sometida á ciertas limitaciones. Los objetos que yo quiero emplear para mis fines particulares, pueden servir asimismo para los de otra persona; por tanto, si yo quiero que el dueño de dichos objetos renuncie á ellos para que yo pueda emplearlos en la satisfacción de mis necesidades, se comprende que yo no puedo conseguir esta ventaja sino á cambio de un sacrificio que redunde en beneficio de otro. Pues bien; este sacrificio consiste precisamente en una limitación de mi libertad; luego tal limitación es consecuencia de la necesidad que todos sentimos de poseer un patrimonio.

Pero ¿en qué consiste esta limitación de la libertad individual?

Si cada uno limita su libertad natural, en vista de un provecho, utilidad ó bien que consigue y para compensar á aquel que en su favor renuncia á esta utilidad, es preciso que esta renuncia represente un provecho para aquel que se impuso la limitación, sin lo cual no hay, en sentir de la ley civil, limitación de la libertad, constitutiva de vínculo. En efecto; siendo la obligación inconcebible independientemente de la idea de patrimonio, en cuanto tiene por objeto adquirir los medios de conservación de nuestra existencia, debe, por necesidad lógica, ejercer una influencia sobre el patrimonio, por efecto de la cual éste aumente. Por lo que una prestación ó hecho cualquiera que no aumente el patrimonio ni represente, en consecuencia, ninguna utilidad ó valor, no puede dar lugar á una limitación de la libertad constitutiva de vínculo jurídico.

Lo que venga á aumentar el patrimonio, puede ser la prestación de una cosa ó hecho, ó también la omisión de un acto, en cuanto el no hacer una persona lo que está en su mano realizar, constituye para mí una ventaja valuable; por consiguiente, la limitación de la libertad puede consistir en *dar*, *hacer* ó no *hacer* alguna cosa.

3. La obligación no es solamente un vínculo, sino un vínculo de derecho; lo que demuestra que no todo vínculo constituye obligación, sino sólo aquel que está sancionado por la ley civil. Porque si ésta no acude en favor de aquél, respecto del cual el vínculo se ha creado, obligando al que limitó su libertad á respetar los límites impuestos á la misma, la limitación de nuestra libertad no tendría valor jurídico, y no teniendo valor jurídico, no podría constituir una obligación. De aquí que los llamados vínculos ú obligaciones de conciencia, en cuanto encuentran su sanción en la naturaleza y no en la ley civil, no pueden ser confundidas con las obligaciones de que hablamos.

Los romanos reconocían una obligación natural, que era un *quid medium* entre la pura obligación de conciencia y la obligación civil. Se distinguía del vínculo de conciencia, en cuanto tenía los requisitos de las obligaciones, y se distinguía luego de estas últimas, en cuanto tenía su correspondiente acción. ¿Reconoce el legislador patrio las obligaciones naturales?

Así se ha afirmado, fundándose en el art. 1.237, en que se dice que la reclamación del pago no se admitirá respecto de las obligaciones naturales que se hayan satisfecho voluntariamente; pero juzgamos errónea esta opinión, porque el espíritu que informa demuestra que la obligación natural de que habla el art. 1.237 no es la misma obligación natural de los romanos. En

efecto; ¿por qué introdujeron los romanos la obligación natural? Para templar el rigor del derecho, que exigía la forma solemne de la estipulación. Era la equidad que abría una brecha en un edificio de donde el sentimiento faltaba. Ahora el derecho moderno está fundado, no sólo en la razón, sino también en la equidad; es más: el concepto de la equidad prevalece á menudo sobre el concepto del derecho puro y absoluto; ¿qué necesidad, pues, tenemos nosotros de abrir una brecha en nuestro derecho para introducir en él la equidad, cuando ésta ejerce allí tan gran dominio? Para los romanos, la obligación natural no era sino un remedio contra los males que de la rigidez é inflexibilidad de su derecho se originaban; pero ¿es lógico que nosotros, que no tenemos que lamentar este mal en nuestro derecho, debamos recurrir á los remedios de que otros se sirvieron?

Nuestro legislador distingue el vínculo de conciencia, de la obligación civil en cuanto no toda obligación de conciencia produce una obligación civil. Y ¿por qué la limitación de la libertad impuesta por la propia conciencia no encuentra siempre su sanción en las leyes civiles? Porque el legislador, al conceder ó no conceder dicha sanción, debe tener en cuenta, no sólo los principios absolutos de razón, sino los intereses sociales, cuya tutela le está confiada; y estos intereses exigen ciertas solemnidades y condiciones, sin las cuales la obligación no puede tener eficacia jurídica. Recurramos, para mayor claridad, á algunos ejemplos. Un padre encarga á su hijo y heredero que pague á Ticio después de su muerte y á título de legado, mil liras; muerto el padre, el hijo, en posesión de la herencia, tiene la obligación de conciencia de pagar el legado en virtud de la voluntad de su autor. Pero

este vínculo de conciencia no se traduce en un vínculo jurídico constitutivo de obligación, porque la voluntad del difunto no se ha manifestado en las formas prescritas por la ley, cuya observancia se impone para conocer con certeza la voluntad espontánea del testador y evitar el fraude y las falsificaciones de dicha voluntad. Del mismo modo aquel que de palabra ó por escritura privada da á un tercero la suma de mil liras, que promete pagar en determinado plazo, contrae la obligación de conciencia de pagar dicha suma, de la cual se constituye un deudor para con el donatario; pero este vínculo de conciencia no constituye para él obligación civil, porque su donación carece de las formalidades prescritas por la ley para cerciorarse de la espontánea voluntad del donante. En estos y parecidos casos el legislador no concede su sanción á la obligación de conciencia ni obliga al que la contrajo, á mantenerla, porque de lo contrario los intereses generales de la sociedad se verían gravemente comprometidos. Pero si el legislador no obliga en esta hipótesis al heredero á satisfacer el legado, no prohibe que se satisfaga, puesto que el interés social queda garantido cuando no se emplea la coacción para el cumplimiento de esta clase de obligaciones; y el legislador debe detenerse allí donde termina el peligro para la sociedad. No estando vedado el cumplimiento de esta obligación de conciencia, de aquí que no pueda repetirse lo que en virtud de ella se pagó, pues sería inmoral que el legislador concediese, en este caso, al deudor, el derecho de revocar su propio acto, destruyéndole en sus efectos y en sus consecuencias.

Siendo este, y no otro, el motivo de la disposición contenida en el art. 1.237, es claro que el legislador

patrio, al hablar en dicho artículo de obligaciones naturales, ha querido hablar de cualquier obligación de conciencia, no ya de las obligaciones naturales de los romanos que estaban clasificados entre el mero vínculo de conciencia y las obligaciones civiles; porque la inmoralidad que supondría el derecho de repetir lo que se pagó en virtud de una obligación existiría siempre, tanto en el caso en que se trate de lo que cada cual entiende por vínculo de conciencia, como en el de una obligación natural; por lo que el legislador no tenía motivos para distinguir entre una y otra, reproduciendo la *obligatio naturalis* que la equidad introdujo en el derecho romano. Resumiendo, pues, diremos que nuestro Código no reconoce obligaciones naturales y que no menciona las obligaciones de conciencia sino para prohibir que pueda reclamarse lo que se pagó en virtud de las mismas.

4. La obligación, al mismo tiempo que crea un vínculo, crea también un derecho; porque no puede existir deudor si no existe un acreedor, con el cual éste obliga á aquél; podría de aquí deducirse que no es exacto definir la obligación como un vínculo de derecho en cuanto esta definición no nos da el concepto íntegro de las obligaciones, sino sólo una fase de las mismas. Responderemos que en el concepto de vínculo jurídico se contienen ambos conceptos de crédito y deuda, porque el vínculo jurídico es inconcebible sin suponer, simultáneamente, la existencia de dos personas, esto es, de la obligada y de la otra, que pudiendo invocar la sanción de la ley para mantener y hacer respetar el vínculo, hace que éste pueda revestir el carácter de vínculo jurídico. Si la obligación, por lo tanto, origina un crédito y una deuda, y si el crédito y la deuda presuponen una cosa que constituye

el objetivo de ambos, la obligación viene á ser considerada bajo un doble punto de vista, esto es, en relación con el objeto y el sujeto de la misma. Subjetivamente considerada, es una verdadera relación entre deudor y acreedor, relación que se concreta en el derecho del uno y en la limitación á la libertad del otro, y considerada objetivamente, representa la cosa ó el acto á cuya prestación ú omisión está el deudor obligado. En el lenguaje jurídico, pues, acreedor será el que deba una cosa ó la prestación de un hecho, ó bien aquél respecto del cual alguno se ha obligado á no hacer determinada cosa; deudor, por el contrario, es aquel que está obligado á dar, á hacer ó á no hacer (1).

5. Al tratar de las obligaciones, no tenemos necesidad de separarnos del orden seguido por el legislador patrio, por lo que dividiremos este volumen en cinco títulos: en el primero, trataremos de los orígenes y causas de las obligaciones; en el segundo, de sus distintas clases; en el tercero, de sus efectos; en el cuarto, de los modos de extinguirse las obligaciones, y en el quinto, de las pruebas de las obligaciones y de su extinción.

(1) Ap. Lucca, 30 Abril 1873 y 5 Junio 1880.

TÍTULO PRIMERO

Causas de las obligaciones.

SUMARIO: 6. Diversas causas ó fuentes de las obligaciones. División de este primer título.

6. Las obligaciones, según declara el art. 1.037, nacen de la ley de los contratos ó cuasi contratos, de los delitos y cuasi delitos. Esta división de los orígenes ó causas de las obligaciones, puede á primera vista aparecer inexacta, porque no pudiendo la obligación ser tal si no cuando encuentra su sanción en la ley, es necesario lógicamente que nazca de la ley misma. Pero el legislador, al proponer la división mencionada en el artículo citado, no se ha referido á la causa remota y última de las obligaciones, sino á su causa próxima é inmediata, por lo que si todas las obligaciones tienen su fundamento en la ley, en cuanto sin su sanción no tendrían valor jurídico, no todas nacen inmediatamente de ella, pues algunas necesitan un acto especial del hombre para existir, y otras pueden existir sin necesidad de dicho acto. Cuando no hay necesidad de un hecho del hombre para que nazca la obligación, esta pertenece á la categoría de aquéllas que, según el mencionado artículo, nacen de la ley. Por ejemplo, la obligación de prestar alimentos entre pa-

rientes, de un cónyuge al otro, del padre al hijo, constituyen otras tantas obligaciones que existen por la sola virtud de la ley, y no tienen necesidad de un hecho especial del cual deriven. De esta especie de obligaciones no debemos hacer aquí un tratado especial, porque el legislador no se ocupa de ellas en un capítulo aparte, y nosotros, siguiendo su método, ya las hemos estudiado en el volumen referente á los derechos de las personas, por lo que nos ocuparemos aquí de las demás fuentes, á saber: de los contratos y cuasi contratos, de los delitos y cuasi delitos, dividiendo en tres partes este primer título.

PARTE PRIMERA

De los contratos.

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES DEL CONTRATO

SUMARIO: 7. Definición del contrato.—Sus elementos.—Estipulación.—Vínculo jurídico.—8. Contratos unilaterales y contratos bilaterales.—Carácter de unos y otros.—9. Contratos á título oneroso y á título gratuito.—Criterio para distinguir unos de otros.—El Código no reconoce contratos de índole mixta.—10. Contratos aleatorios.—Su índole.—Qué motivos los justifican.—11. Contratos solemnes y no solemnes.—Inexistencia y nulidad del contrato.—Si las partes pueden establecer formas solemnes para los contratos.—12. Contratos nominados é innominados.—Por qué el legislador no reproduce esta distinción.

7. El art. 1.058 define el contrato como el acuerdo de dos ó más personas, para constituir, regular ó disolver entre las mismas un vínculo jurídico. Por tanto, la convención, ó sea el acuerdo de una ó varias voluntades sobre un mismo objeto, es el primer elemento constitutivo del contrato, pero no es el único. Supongamos, por ejemplo, que dos amigos se ponen de acuerdo para hacer una jira de recreo juntos: ¿hay contrato en este caso, y, por lo tanto, acción en jui-

cio? No; porque ninguno de los contratantes ha querido limitar su libertad en favor del otro, contrayendo un vínculo jurídico. Para que haya, por tanto, contrato, es necesario que del acuerdo nazca una obligación; lo que sucederá, según dice el artículo citado, siempre que se realice el acuerdo de dos ó más personas para crear, regular ó disolver un vínculo jurídico. Es verdad que cuando la convención trata de regular ó disolver un vínculo jurídico, éste preexiste á la misma, por lo que podría deducirse que en tal caso la convención no genera el vínculo ú obligación. Pero nótese al regular ó disolver un vínculo preexistente que las partes contratantes se imponen una nueva obligación, por efecto de la cual la primera debe regularse de otro modo distinto, ó bien debe considerarse como no existente; por consiguiente, ya tenga la convención por objeto crear un vínculo ó modificar ó destruir otro ya existente, en uno y en otro caso genera obligación; y atendiendo á la obligación que crea, toma el nombre de contrato. Por tanto, cuando hay duda acerca de si determinada convención constituye ó no contrato, es preciso examinar si alguna de las partes quiso, por efecto de la misma, imponerse una obligación.

Supongamos que yo, en el momento de emprender un viaje, cediendo á los ruegos de un amigo, le prometo adquirir por su cuenta un objeto y entregárselo á la vuelta; ahora bien, si se pregunta si una convención de este género constituye contrato, no se puede responder sino averiguando la intención de las partes. Al prometer la adquisión del objeto por cuenta de mi amigo, ¿he querido asumir una verdadera obligación dándole el derecho de exigirme su cumplimiento? Es indiscutible que entonces hay contrato, puesto que la convención ha creado entre las partes un vínculo ju-

rídico. Y si al hacer tal promesa yo no he tratado de limitar mi libertad personal, asumiendo una obligación, sino que he querido mantenerme en los límites de la cortesía entre amigos; en tal caso, no produciendo la convención un vínculo ú obligación, no reviste el carácter de contrato.

8. Los contratos se dividen en bilaterales y unilaterales. Es bilateral un contrato, según el art. 1.099, cuando los contratantes se obligan recíprocamente el uno para con el otro. Por el contrario, es unilateral, dice el art. 1.100, cuando una ó varias personas se obligan con otra ú otras sin que estas últimas contraigan ninguna obligación.

De las definiciones dadas por el legislador aparece claro que no se debe confundir en los contratos la bilateralidad del consentimiento con la bilateralidad de la obligación. No puede existir contrato si no hay acuerdo de dos voluntades por lo menos; por lo que, considerados desde este punto de vista, los contratos son siempre y esencialmente bilaterales en cuanto exigen el acuerdo de las voluntades ó del consentimiento de todos los contratantes. La diferencia, pues, entre los contratos bilaterales y los unilaterales, no puede depender sino de la obligación que engendran. Si cada una de las partes queda obligada con la otra, limitando su propia libertad en favor de la misma, de suerte que cada una sea á la vez acreedor y deudor; acreedor en cuanto tiene derecho á exigir de la otra parte el cumplimiento de la obligación contraída, y deudor en cuanto está obligado á satisfacer su prestación, el contrato es bilateral; y si la limitación de la libertad se realiza respecto de alguno sólo de los contratantes, de modo que uno ó todos sean deudores sin ser acreedores, el contrato se llama unilateral. Ejem-

plos de contratos bilaterales son la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, etc., y de unilaterales, el depósito, el mandato, la prenda, el préstamo. Creemos conveniente advertir que para determinar si un contrato es bilateral ó unilateral, no conviene considerar su índole en abstracto, sino las modalidades ó condiciones impuestas por las partes. El depósito, por ejemplo, el mandato, etc., los hemos presentado como tipos de contratos unilaterales, porque de ordinario en estos contratos la limitación de libertad se concreta á una sola de las partes; pero supongamos que se estipula que el depositario ó mandatario reciban del mandante ó depositante cierta merced; en este caso, aunque se trate de depósito ó mandato, el contrato es bilateral en cuanto cada una de las partes está obligada á la otra y es á la vez acreedor y deudor.

La parte no obligada en el momento en que el contrato se celebra puede serlo después. El mandatario, por ejemplo, al satisfacer el encargo recibido se ha expuesto á gastos, de los cuales debe ser reembolsado por el mandante y, por consiguiente, este último queda obligado con el primero; y en este caso ¿habrá de considerarse que el contrato ha dejado de ser unilateral para convertirse en bilateral?

La unilateralidad ó bilateralidad del contrato depende del vínculo que nace del mismo; de aquí que deba establecerse en el momento en que el contrato se celebra, porque entonces es cuando la obligación adquiere eficacia jurídica. Si, pues, la obligación existe en este momento por una sola parte, el contrato será, por su índole, unilateral, y no puede cambiar su naturaleza con el progreso del tiempo; porque si por un hecho posterior al contrato, cual es el de los gastos hechos por el mandatario, surge una obligación á cargo de la

parte no obligada primeramente, en tal caso, la parte inmediata de la nueva obligación es el hecho posterior, no el contrato, por lo que la naturaleza de éste no sufre alteración.

9. Dividense también los contratos en contratos á título gratuito y contratos á título oneroso. Según el art. 1.101, es contrato á título oneroso aquel en que cada una de las partes contratantes espera, mediante una cosa equivalente, procurarse un beneficio; á título gratuito ó de beneficencia, aquel en el cual uno de los contrayentes cree hacer, sin equivalente, un beneficio al otro.

El contrato, como fuente de obligaciones, implica necesariamente una limitación de la libertad, y, por tanto, un sacrificio de parte de quien sufre tal limitación. Ahora bien; esta limitación se acepta en vista de un equivalente ó de una utilidad que compense el sacrificio, ó bien sin compensación de ninguna clase. En el primer caso, el contrato es oneroso en cuanto una de las partes no se impone el gravamen sin imponer á la otra un correlativo; en el segundo, el contrato es gratuito en cuanto una de las partes acepta el gravamen, sin que la otra quede obligada en modo alguno. La donación, por ejemplo, el depósito, la fianza, etc., son contratos á título gratuito; mientras la compra y venta, el arrendamiento, etc., lo son á título oneroso.

Todos los contratos bilaterales son á título oneroso, porque siendo recíproca la obligación de los contratantes, cada uno de ellos trata de conseguir una ventaja de la carga que se impone, y en esta ventaja, que constituye la compensación de la obligación contraída, está precisamente el concepto del contrato á título oneroso.

Pero si todos los contratos bilaterales son onerosos, no todos los onerosos son bilaterales necesariamente. Si, por ejemplo, te presto una suma, obligándote á pagarme los intereses, te proporciono un beneficio, dándote facultad de disponer de mi dinero; pero te la proporciono mediante un correlativo, que consiste en el pago de los intereses; luego el contrato es á título oneroso, y, sin embargo, es unilateral, porque la obligación es de una sola parte, del prestatario, que se constituye en deudor del mutuante, mientras que éste no contrae ninguna deuda con respecto á aquél.

El correlativo de la obligación contraída, que hace que el contrato se repute oneroso, debe ser un correlativo valuable en cuanto venga á aumentar el patrimonio de quien lo recibe. Por tanto, los beneficios de orden puramente moral, que algunos tratan de obtener con las obligaciones, no hacen el contrato oneroso. Si una mujer promete á un hombre una determinada suma para que abandone su profesión y se case con ella, ¿se tendrá una verdadera donación ó un contrato oneroso en cuanto la mujer, al pagar la suma convenida, trata de conseguir un correlativo?

«El beneficio, dice el Tribunal de Apelación de Florencia (1), que en esta hipótesis quiere procurarse la mujer, no puede ser otro que el hacer posible ó fácil su matrimonio, quitando uno de los obstáculos que se oponen á éste. Pero dicha utilidad no es valuable en dinero y está muy lejos de constituir un correlativo de la promesa. En efecto; en caso de contravenir el esposo á la obligación de abandonar su profesión, la esposa no tendría derecho de daños contra aquél; único derecho, además, que, por la regla *nemo ad*

(1) Decis. 30 Abril 1875.

factum cogi potest, corresponde al acreedor cuando la obligación consiste en no hacer una cosa que, hecha, es imposible deshacer. Un caso análogo se encuentra en las leyes romanas. Un cónyuge da al otro una cantidad para que construya una finca ó siembre un campo; se preguntó si esto constituía donación, y el jurisconsulto Nerazio respondió afirmativamente: *Datum ad villam extruendam vel agrum serendum quod alioquin facturus non erat is qui accepit in speciem donationis cadere ergo inter virum et uxorem hae erunt interdictae.* (Leg. 11 Dig., *De don. inter vir. et uxor.)* En este caso, el otro cónyuge consigue una ventaja con la construcción de la finca ó la siembra del campo; pero como no es un correlativo verdadero de lo que él daba, no se vaciló en considerar el contrato como una donación prohibida entre cónyuges» (1).

La definición dada por el legislador patrio del contrato á título oneroso puede parecer inexacta en cuanto al exigir que el equivalente de la obligación ceda en beneficio del otro contratante, parece excluída de la categoría de los contratos á título oneroso aquellos en los cuales el equivalente de la obligación contraída sea en beneficio de un tercero. Si yo, por ejemplo, te dejo habitar mi casa, con la obligación de prestar habitación y alimento á Ticio, el correlativo, en este caso, de mi obligación, es á favor de un tercero. Pues bien; ¿podrá decirse que, por la definición dada por el legislador de los contratos onerosos, no se puede incluir entre éstos el contrato de alquiler mencionado? Sin vacilar respondemos negativamente. En efecto; el beneficio ó utilidad estipulado como correlativo de la obligación corresponde indudablemente á quien en

(1) Véase en sent. cont. ap. Perugia 1.° Junio 1881.

su favor lo ha estipulado y en tanto éste se lo transmite á un tercero en cuanto es cosa suya. Ahora, si la utilidad estipulada como correlativo de la obligación pertenece al contratante, aun cuando ceda en beneficio de un tercero, no puede menos de corresponder exactamente á este caso la definición dada por el legislador patrio del contrato á título oneroso.

El título oneroso ó gratuito del contrato no depende de la índole del mismo en cuanto contrato, sino que es preciso, para determinarle, ver lo que las partes quisieron estipular. Y como un contrato unilateral por su naturaleza puede ser comprendido entre los bilaterales cuando los contratantes se hayan impuesto obligaciones recíprocas, así el contrato á título gratuito puede convertirse en oneroso cuando cada una de las partes hayan tratado de conseguir un beneficio. Si, por ejemplo, el depositante ó el mandante se obliga á pagar un correlativo al depositario ó al mandatario, el contrato se hace bilateral y es también oneroso, puesto que todo contrato bilateral como ya se ha dicho es en esencia oneroso. No sería exacto sostener que, en tal caso, el contrato en vez de oneroso es mixto; porque aparte de que esta tercera clase de contratos, que ocupan un puesto entre los onerosos y los gratuitos, no está reconocida por el legislador, no puede ni debe vacilarse en comprender absolutamente entre los contratos onerosos aquellos en que cada contrato percibe un correlativo por la obligación contraída.

10. El contrato, según dispone el art. 1.102, es aleatorio ó de suerte cuando por parte de ambas partes ó de una sola de ellas el beneficio depende de un suceso incierto. Tales son los contratos de seguros, el préstamo á la gruesa, el juego, la apuesta y la renta vitalicia.

El contrato aleatorio entra en la categoría de los contratos bilaterales y á título oneroso, pero difiere de los demás contratos comprendidos en la misma categoría, en que mientras en los no aleatorios la medida de lo que se da depende de la medida de lo que se recibe, de suerte, que hay proporción y equilibrio entre la obligación contraída y el beneficio estipulado en los contratos de azar, por el contrario, hay desproporción entre la obligación y el beneficio. Pero, ¿qué motivos justifican esta desproporción que, considerada en sí misma, se presenta contraria al principio de equidad que predomina en los contratos?

En los contratos que no son aleatorios el beneficio nos corresponde desde que contraemos la obligación, pero en los de azar se tiene, por un lado, una obligación cierta, pero no se sabe si se conseguirá el beneficio estipulado. Yo, por ejemplo, pago un premio fijo á una compañía de seguros, y ésta contrae la obligación de pagarme una suma muy superior á la desembolsada por mí, al verificarse un determinado suceso; pero siendo éste incierto, yo no sé, en el momento en que firmo el contrato, si conseguiré ó no el beneficio que me prometo, y precisamente esta incertidumbre es lo que justifica la desproporción entre lo que se da y se recibe.

11. El legislador patrio no habla de la distinción entre contratos solemnes y no solemnes; pero esto no excluye que existan en nuestro Código contratos solemnes, y ya los estudiaremos cuando tratemos de los contratos en especie. Es preciso, entretanto, notar que por contrato solemne se entiende aquel para cuya existencia exige la ley formas especiales de que los contratantes no pueden prescindir; y cuya inobservancia no produce la nulidad, sino la inexistencia del

contrato haciéndole improductivo de todo efecto jurídico. La inexistencia del contrato puede depender, no sólo de la inobservancia de las formas solemnes prescritas, sino de falta de alguno de los elementos intrínsecos exigidos esencialmente para su vigor. El consentimiento vicioso, por ejemplo, produce la nulidad del contrato, pero la falta absoluta de consentimiento hace que no exista.

Conviene anotar la notable diferencia entre los contratos nulos ó anulables y los inexistentes. Los primeros existen jurídicamente y producen su efecto mientras no se obtiene una sentencia que declare su nulidad; los segundos, por el contrario, se tienen por no celebrados como no existentes, é independientemente de toda sentencia, no tienen valor ni producen efecto alguno. De aquí que la acción de nulidad de un contrato puede constituir el objetivo de un juicio, mientras que ninguna acción existe para hacer declarar la inexistencia de un contrato. El contrato inexistente, en efecto, equivale á la nada; ¿puede acaso ser la nada objeto de una acción y constituir materia de juicio? Pero si la inexistencia de un contrato no puede pedirse por medio de una acción puede deducirse como excepción contra el actor; porque en esta hipótesis el objeto del juicio lo constituye la demanda del actor y se conoce de la inexistencia del contrato, no para fallar sobre ella principalmente, sino para juzgar de su procedencia como medio de rechazar la pretensión de la parte contraria.

Cuando la ley no establece una forma solemne para determinado contrato, ¿pueden las partes establecerla y considerarla inexistente si dicha forma no se observa? La respuesta afirmativa es indudable. En efecto; los contratantes pueden estipular todo lo que no sea

contrario al orden público, á la moral ó la ley. Y una cláusula de este género, ¿repugna á la moral, á la ley ó al orden público? Nada de esto; luego las partes podrán convertir un contrato no solemne, con arreglo á la ley, en contrato solemne por su voluntad, y estipulada dicha solemnidad, el contrato no existirá si falta aquélla. Se ha hecho en la práctica aplicación de este principio al caso siguiente: un Municipio nombra á un médico á condición de que éste firme el contrato; si no lo firma, aunque haya prestado sus servicios, se tiene por no celebrado el contrato (1).

Pero nótese que si se trata de solemnidades impuestas por las partes, es preciso determinar bien cuál fué la voluntad de éstas antes de declarar la inexistencia del contrato. Porque las solemnidades pueden ser exigidas por las partes con dos fines: si consideran las formalidades como condiciones indispensables á la existencia del contrato, y esta su intención resulta manifiesta, en tal caso, la inobservancia de las formalidades establecidas en ellas, autoriza al juez para considerar como no existente el contrato; y si aparece que las partes, al establecer determinadas formalidades, tuvieron la intención de procurarse una prueba más cierta y fácil del contrato celebrado y no la de subordinar á esta formalidad la existencia del contrato, en tal caso, siendo un mero accidente su inobservancia, no puede hacer que no exista el contrato celebrado.

12. Los antiguos distinguían los contratos en *nominados* é *innominados*, y la distinción tenía su origen en la índole de la acción que producían. Nuestro legislador no reproduce esta distinción; pero con esto no

(1) Consult. Cas. Turín, 25 Febrero 1875.

pretende afirmar que los únicos contratos que se pueden celebrar y que dan derecho á ejercitar una acción en juicio son los que enumera el Código, dictando para cada uno reglas especiales; así lo prueba el artículo 1.103, en que se declara que los contratos mercantiles estarán sujetos á las reglas establecidas en el Código de Comercio, que los contratos especiales de que se ocupa el Código civil se regirán por las disposiciones especiales contenidas en los títulos relativos á cada uno de ellos, y que todo contrato, tenga ó no tenga una denominación propia, está sujeto á las reglas generales que constituyen la materia del presente título. Está fuera de duda que, dada esta clarísima disposición legal, las partes pueden válidamente celebrar un contrato para el cual el Código no contiene ninguna disposición especial, siempre que no vaya contra el orden público, la moral ó un precepto legal taxativo (1).

Si, además de aquellos contratos de que se ocupa el Código, pueden ser contraídos por las partes otros, ¿por qué el legislador no habla de ellos? Y si los contratos no mencionados por la ley producen efecto, ¿por qué no se reproduce la distinción de contratos *nominados* é *innominados?* Fácil es la respuesta á la primera pregunta. El legislador, no pudiendo prever todas las convenciones que la mente humana puede inventar, en vez de callar del todo, ha preferido ocuparse de aquellas que ya han entrado en nuestras costumbres, y en las cuales puede decirse que se compendia nuestra actividad, dejando á los principios generales de razón y á la voluntad misma de las partes el regular las demás especies de contratos para los

(1) Consult. Cas. Turín, 6 Dic. 1867.

cuales no dicta disposición ninguna. A la segunda pregunta responderemos que la distinción de los jurisconsultos romanos no se ha reproducido porque no había razón para ello. Los romanos fundaron, como ya hemos notado, la distinción entre contratos *nominados* é *innominados,* en la diversa clase de acción que producían; hoy, el contrato da siempre lugar á una acción personal independiente de toda fórmula; no hay, pues, razón para distinguir unos contratos de otros desde el punto de vista de la acción que producen.

CAPITULO II

REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

SUMARIO: 13. Primer requisito de los contratos.—Capacidad.—14. Segundo: consentimiento válido.—15-16. Cuándo se da el acuerdo de dos consentimientos.—17. Primera causa que invalida el consentimiento.—18. El error que anula el contrato es el que cae sobre la esencia de la cosa.—19. Error sobre la persona.—20. Error de derecho.—21. El error como causa de nulidad puede existir en uno solo de los contratantes.—22. Si el error produce la nulidad del contrato sólo en el caso en que origine perjuicio.—23. Si quien contrata por error está obligado al resarcimiento de daños al otro contratante.—24. Segunda causa que vicia el consentimiento.—Dolo: su afinidad con el error.—Sus diferencias.—25. Concepto del dolo según el Código.—26. Cuándo es causa de nulidad.—27. Tercera causa.—Violencia.—Su concepto.—28. Si el temor que no procede de violencia vicia el consentimiento.—29. De cualquier persona que proceda es causa de nulidad.—30. A qué personas debe ser dirigida la violencia para que sea causa de nulidad.—31. La violencia no es causa de nulidad si no obró sobre la voluntad de aquel contra quien iba dirigida.—32. Tercer requisito.—Objeto.—Que se entiende por tal.—33. Qué cosas pueden ser objeto del contrato.—Cosas futuras.—34. El objeto del contrato debe ser determinado por lo menos en especie.—35. Prohibición de los pactos sucesorios.—36. Si es aplicable á la herencia de personas ausentes.—37. La buena ó mala fe de los contratantes es extraña á la aplicación del concepto prohibitivo.—38. Cuarto requisito.—Causa lícita.—39. Para la validez del contrato no se exige que la causa sea expresa.—40. La obligación sin causa ó fundada en

causa falsa ó ilícita no tiene existencia.—41. Inexistencia de la causa.—42. Causa falsa.—43. Causa ilícita.—43 bis. Si tiene causa ilícita la convención en que se promete una retribución al que concierta un matrimonio.

13. Según el art. 1.105 puede contratar toda persona que no está declarada incapaz por la ley. De esta disposición ¿se deduce que el legislador patrio no reconoce otra especie de incapacidad que la que él mismo declara? El art. 1.104 enumera entre los requisitos esenciales para la validez de los contratos el consentimiento válido de los contratantes; luego todos aquellos que no pueden consentir deben considerarse incapaces para contratar. Por tanto, la incapacidad para contratar no es sólo legal, sino natural, y si el legislador patrio no se ocupa de esta última es por ser una consecuencia lógica de los principios de razón y de derecho, por lo que se rige por éstos y no necesita una disposición especial que la regule.

Son incapaces de contratar en los casos expresados por la ley: los menores, interdictos, inhabilitados, las mujeres casadas, y en general todos aquellos á los cuales la ley prohibe determinados contratos (artículo 1.106). De la incapacidad de estas personas ya hemos tratado en el primer volumen de esta obra y lo que queda por decir hallará su lugar cuando hablemos de las acciones de nulidad y rescisión, por lo que no repetiremos aquí cosas ya dichas ó que habremos de decir luego; nos limitamos, por tanto, á algunas observaciones generales que no encontrarían en otra parte lugar oportuno.

Entre la incapacidad natural y la legal hay la siguiente diferencia: la primera deriva de la falta absoluta de la facultad de consentir con conocimiento de causa; la segunda, por el contrario, se funda en la

prohibición de la ley, la cual puede referirse á una persona que según su estado natural es capaz de prestar un consentimiento eficaz, esto es, con conocimiento de lo que hace. El menor, por ejemplo, que es todavía infante, el borracho, el loco, y todo el que haya perdido el uso de la razón por cualquier causa, aun momentáneamente, no saben lo que hacen, no comprenden la importancia de sus actos, y por consiguiente, son incapaces de consentir. Por el contrario, el menor, que está en el uso perfecto de su razón; el interdicto, que se encuentra en un intervalo lúcido que le permita comprender el alcance de sus actos, están en situación de consentir eficazmente, y, sin embargo, la ley le niega al primero por su inexperiencia y al segundo por respeto á la sentencia pronunciada contra él, la capacidad para contratar.

Respecto á los actos realizados, son distintos los efectos de la incapacidad natural que los de la legal. El contrato en que uno de los contratantes es incapaz de consentir es inexistente, porque le falta uno de sus principales elementos, es decir, el consentimiento; mientras que los contratos de los incapaces legalmente, pero que naturalmente pueden consentir con conocimiento de causa no son inexistentes sino anulables. Cuando el contrato es inexistente su inexistencia puede ser deducida por quien tenga interés en ello, y aun por la parte que consintió eficazmente, porque lo que no existe no puede producir efectos jurídicos respecto de nadie; mientras que si el contrato es nulo por causa de incapacidad legal, no puede ser anulado más que por el incapaz ó sus herederos, no por el capaz, á no ser que se trate de incapacidad derivada de interdicción por causa de pena, la cual puede ser opuesta por quien tenga interés en ello (ar-

tículo 1.107). Pero este artículo declara que la incapacidad del menor y del interdicto por enfermedad mental no puede ser opuesta por la parte que con uno ú otro contrató; ahora bien, esta disposición ¿es aplicable sólo en el caso en que el menor y el interdicto se encuentren en un estado de incapacidad natural para contratar? No se puede interpretar de este modo la disposición legal sin atentar con el principio racional de que la inexistencia del contrato es deducible por cualquiera, no pudiendo producir el contrato inexistente ningún efecto. Cuando el legislador dice que la incapacidad del menor ó del interdicto no puede deducirse por la otra parte contratante, quiere referirse exclusivamente á la incapacidad legal de dichas personas, puesto que ocupándose sólo de la incapacidad legal las disposiciones relativas al derecho de deducir la nulidad del contrato por defecto de capacidad, no puede menos de referirse á la incapacidad legal y no á otra. Ahora, cuando el menor es todavía infante, ó el interdicto se encuentra en tal estado, que no goza del uso de la razón, son incapaces de contratar, en cuanto son incapaces para consentir con conocimiento de causa; por consiguiente, derivando de la naturaleza su incapacidad en la supuesta hipótesis, debe ser regulada por los principios de derecho común, no por las disposiciones del art. 1.107.

14. El segundo requisito para contratar es el consentimiento válido de las partes (art. 1.104). El consentimiento, cuando se trata de personas capaces, es siempre válido cuando en el contratante no obre una causa que lo vicie, ya limitando su libre arbitrio, ya representándole las cosas distintas de como son. La violencia, el error y el dolo son las tres causas que, según el art. 1.108, invalidan el consentimiento. La

primera obra sobre la voluntad, haciéndola menos libre; las otras dos sobre la inteligencia. Ocupémonos, en primer lugar, del consentimiento válido, y veamos de qué modo obra.

Nuestro legislador exige un consentimiento válido por parte de ambos contratantes, á diferencia del legislador francés, que se limita á exigir el consentimiento del que se obliga (art. 1.108. Cod. Napoleón). El legislador patrio ha vuelto á la buena doctrina de que se había separado el francés. Y en efecto, la obligación no puede surgir si al mismo tiempo no surge el derecho correlativo, siendo absurdo que exista un deudor sin que alguno sea acreedor. Ahora, para que el acreedor adquiera tal condición es necesario que quiera adquirirlo, y manifieste en tal sentido su voluntad; luego si no ha consentido no ha surgido para él el derecho de crédito, y el deudor no puede haber contraído la obligación de pagar. Con razón, pues, exige el consentimiento válido de todos los contratantes para que el contrato exista. Por otra parte, si el contrato consiste en el acuerdo de dos voluntades, ¿cómo es posible que haya acuerdo cuando sólo una parte ha prestado el consentimiento?

15. El acuerdo de dos consentimientos consiste en la aceptación por parte de uno de los contratantes de la proposición hecha por el otro; pero para que esta aceptación produzca su efecto, cual es hacer que nazca la convención, requiere el concurso de dos elementos: uno, que la aceptación se haya manifestado con signos exteriores suficientes para acreditarla; otro, que el que propone persevere en su proposición en el momento en que es aceptada. Si falta el signo exterior de la aceptación puede decirse que falta la aceptación, porque nuestras intenciones, mientras perma-

necen en el fuero interno, no existen en el mundo jurídico, y no pueden producir efectos legales. Si el que propone revoca su oferta en el momento de la aceptación, falta el concurso de las dos voluntades, y por tanto, el elemento esencial del contrato.

La palabra es de ordinario el medio por el cual los contratantes manifiestan su voluntad, pero puede recurrirse á otros signos equivalentes cuando por una causa cualquiera está impedido de la palabra. El que ante la oferta que se le hace, calla, ¿manifiesta su aceptación? El que calla ni acepta ni rechaza, por lo que el silencio no puede equivaler á la aceptación. Pero ¿qué diremos en el caso en que aquél á quien se dirige la oferta está obligado á manifestar su voluntad y sin embargo calla? Se supone, generalmente, que el silencio equivale en este caso á la aceptación. Esta respuesta tan absoluta no nos parece racional, porque el silencio inerte de por sí no puede suministrar la prueba de la aceptación ni de la negativa. La cuestión, por tanto, debe resolverse según los usos generales, de los cuales, salvo prueba en contrario, se supone que las partes no quisieron separarse ó según las precedentes estipulaciones expresas ó tácitas establecidas por las partes contratantes. Supongamos que dos comerciantes tienen negocios entre sí de modo que hay cambio de proposiciones; ahora bien, si aquel á cuyo conocimiento llega la oferta no responde, ¿supondremos que ha aceptado? Es claro que propuesta así la cuestión no puede darse una contestación satisfactoria, pues faltan los elementos necesarios para resolverla. Ahora bien; estos elementos habrán de deducirse de los usos ó precedentes, que equivalen entre los comerciantes en materia de negocios á una convención tácita, porque atendiendo á éstos no es el silencio lo que

decide, sino la convención tácita que le da un determinado sentido.

La expresión de la voluntad de aquel á quien se dirige la proposición, en tanto tiene valor jurídico en cuanto por efecto de esa manifestación, la voluntad de una parte llega á noticia de la otra. Si las voluntades de dos personas se encuentran de acuerdo, pero la de la una no es conocida por la otra, no puede decirse que haya concurso de dos consentimientos, puesto que las voluntades no pueden encontrarse sobre lo desconocido. De aquí que si el contrato tuviera lugar entre ausentes, no es perfecto desde el momento en que quien ha recibido la propuesta expide carta ó telegrama aceptando, sino desde el momento en que los recibe el proponente, porque sólo entonces hay acuerdo en virtud del conocimiento adquirido por cada una de las partes de la intención de la otra (1).

16. Si en el momento en que se hace la aceptación ó en el momento en que llega á noticia del proponente, éste retirase su oferta, no hay contrato por faltar el acuerdo *in idem placitum* de dos consentimientos; y no puede decirse que el que hizo la oferta esté obligado á mantenerla porque no puede surgir ninguna obligación antes de que las dos voluntades se pongan de acuerdo.

Pero si no se revoca la oferta, ¿puede aceptarse en todo tiempo, de suerte que el oferente quede siempre obligado por la aceptación aunque tardía? Podría decirse que no habiéndose revocado la oferta en el momento de aceptar el oferente ha persistido en la misma; por lo que por efecto de la aceptación tiene siempre lugar el concurso de dos consentimientos esenciales

(1) Resuelve la cuestión en este sentido el art. 36 del Código de Comercio.

en el contrato. Esto supone, por otra parte, la no existencia de una convención expresa ó tácita que limite los efectos de la proposición á un determinado tiempo, porque en este caso no puede decirse que la voluntad del proponente haya persistido después de transcurrido el término fijado para la aceptación. Cuando el proponente ha establecido un término para la aceptación no hay duda que si ésta se hace después de vencido, no obliga al proponente que revoca su proposición; pero la duda puede surgir cuando se trate de términos impuestos tácitamente y la controversia puede consistir tanto en ver si el término se impuso tácitamente cuanto en la duración de dicho término. Y esta controversia no puede resolverse *a priori*, porque es preciso atender á los usos si se trata de negocios de comercio que suelen tratarse con la mayor expedición y celeridad á la índole de la oferta, á las circunstancias que la han acompañado y á todo lo que pueda ilustrar al juez. Téngase presente que estas cuestiones se resuelven atendiendo á la interpretación de la voluntad del proponente. Si del conjunto de las circunstancias de la oferta el juez se convence de que el proponente no quiere revocar la proposición, deducirá que la aceptación da vida al contrato, pues existe concurso de voluntades. Si resulta que aunque el oferente no retiró su proposición no quiso sin embargo insistir en la misma en el momento de la aceptación ó de su conocimiento en cuanto se limitó á cierto tiempo el derecho de aceptar, no habrá contrato por faltar el concurso de las dos voluntades.

Si el oferente se obligó á mantener su oferta durante un determinado plazo, ¿puede retirarla antes de transcurrir éste y antes de ser aceptada aquélla? Nótese que la obligación de mantener una oferta no puede nacer

sino en virtud de una convención, por constituirla el concurso *in idem placitum* de dos voluntades. Ahora, si hubo una convención por la cual el oferente esté obligado á mantener su oferta dentro de un determinado plazo, no puede revocarla; pero si no la hubo puede ser retirada la oferta. Si yo, por ejemplo, te ofrezco venderte una finca por mil liras, obligándome á mantener esta proposición durante un mes y tú consientes en darme á conocer tu resolución en el mismo plazo, existe una verdadera estipulación que me obliga á mantener la oferta por dicho tiempo; pero si á esta mi oferta no das respuesta de ninguna clase, no hay convención y yo puedo antes de que tú respondas retirarla.

Muerto ó interdicto el oferente, ó bien aquel á quien se hace la oferta, ¿puede ser aceptada por el tutor ó sus herederos, ó el tutor y los herederos del oferente están obligados á mantener la oferta? Pártase del principio de que los herederos y el tutor del interdicto no están obligados á respetar las convenciones válidamente estipuladas por el difunto ó por la persona que fué más tarde interdicta; si, pues, la oferta no ha dado todavía lugar á ninguna convención, los herederos ó el tutor del oferente interdicto no están obligados á mantenerla, ni el oferente frente á los herederos ó al tutor de la persona á quien se hizo la proposición. Ni los herederos ó el tutor de quien hizo la oferta deben haberla retirado, si no quieren ser obligados por la aceptación de aquel á quien se hizo la oferta; porque no estando aún celebrado el contrato, y faltando las personas entre quienes la propuesta tuvo lugar, sería necesaria una nueva oferta, no pudiendo haber valido la anterior, para que el contrato tuviese efecto. Pero cuanto decimos presupone el caso de que

el oferente no se haya comprometido á mantener su oferta por un tiempo determinado, faltando así una estipulación que obligue á los herederos ó al tutor del interdicto; pero si el oferente se obliga á mantener su proposición por un tiempo determinado, y las otras partes consienten en manifestar su voluntad en dicho término, en tal caso existe una verdadera convención que crea deberes y derechos, y como los deberes pasan á los herederos y subsisten á pesar de la interdicción del obligado, del mismo modo los derechos adquiridos, que forman parte de nuestro patrimonio, se transmiten á los herederos y pueden ejercitarse por el tutor de la persona que los adquirió. Por lo que en dicha hipótesis están obligados los herederos y el tutor del oferente á mantener la oferta, y el derecho ya adquirido de aceptarla puede ser ejercitado por los herederos ó por el tutor de la persona á quien se hace la oferta.

17. Pasemos ahora á examinar las causas que invalidan el consentimiento, ocupándonos en primer lugar del error, el cual es de dos clases: de hecho y de derecho.

El error puede excluir del todo el consentimiento ó bien puede viciarlo; en el primer caso no hay contrato, por faltar uno de los elementos esenciales que le constituyen; en el segundo sí hay contrato, pero anulable siempre que concurran los elementos exigidos por la ley. Es bueno advertir que el legislador no se ocupa del error que excluye totalmente el consentimiento, ni era debido que se ocupara, porque los principios más elementales de derecho enseñan en este caso que no puede existir una cosa que carece de uno de los elementos esenciales á su existencia; pero sí se ocupa, y con razón, del error, que sin excluir el con-

sentimiento lo vicia y establece los casos en que el vicio es causa de nulidad y los casos en que no lo es. Pero lo que el legislador dice en orden al error, que, como sabemos, es el que vicia solamente el consentimiento, no es aplicable, en modo alguno, al error que excluye totalmente el consentimiento, puesto que en este caso no puede hablarse de contrato nulo, sino de contrato inexistente.

¿Pero cuál es el error que excluye el consentimiento y cuál es el que lo vicia? Si el error cae sobre el objeto del contrato de suerte que yo, por ejemplo, he querido vender el fundo *a*, y tú has creído adquirir el fundo *b*, ó bien yo le he querido vender y tú le has creído tomar en arrendamiento, ó bien yo he tenido intención de vender condicionalmente, y tú de adquirir incondicionalmente, falta en tales casos totalmente el consentimiento, precisamente por defecto del *idem placitum* en que deben encontrarse. En efecto; si el objetivo de nuestras voluntades no es el mismo, ¿cómo es posible que puedan encontrarse? Y no pudiendo encontrarse, ¿cómo ha de existir contrato, el cual exige esencialmente dicho encuentro de voluntades? Por el contrario, cuando el objetivo de nuestras voluntades es el mismo, y los contratantes creyeron hacer una misma cosa, pero hubo error sobre las cualidades de ésta, hay consentimiento, pero defectuoso, porque no se habría celebrado el contrato si se hubiese sabido que la cosa carecía de ciertas cualidades supuestas. Yo, por ejemplo, compro un cuadro creyéndole obra de Rafael, siendo de un pintor de los más medianos, en este caso el error no cae sobre el objeto del contrato, sino sobre la cualidad de la cosa contratada; por lo que el contrato existe y sólo falta ver si el consentimiento viciado da ó no derecho á deducir la nulidad.

18. El error de hecho produce, según el art. 1.110, la nulidad del contrato cuando recae sobre la substancia de la cosa; porque si el error cae sobre la cosa misma no hay consentimiento y sin consentimiento no hay contrato. Pero ¿con qué criterio se decidirá si el error cayó sobre una cualidad substancial ó accidental de la cosa?

Hay que buscar el criterio en el fundamento de la acción de nulidad del contrato en caso de error. ¿Por qué se anula en la hipótesis el contrato? Porque éste no se hubiera efectuado á no haber error; y si el contrato se hubiera verificado igualmente si la verdad se hubiera apreciado en toda su exactitud, el error no vicia el contrato. Si, pues, éste se anula por error cuando no se hubiera realizado si la verdad se hubiera conocido en toda su plenitud, debemos deducir que el error cae sobre la cualidad esencial cuando ésta fué la principal mira del contratante. Si yo, por ejemplo, compro un objeto que creo antiguo y lo compro por tal en cuanto la antigüedad le hace subir de precio, el error cae sobre la cualidad substancial si el objeto es moderno. El decidir, por tanto, si el error puede ó no ser causa de nulidad del contrato es más bien cuestión de hecho que de derecho en cuanto se reduce á ver si el que contrató lo hizo por la cualidad de la cosa sobre que hubo error ó por otros motivos. En el primer caso, el error cae, como dice el legislador, sobre la substancia de la cosa, y viciando el consentimiento produce la nulidad del contrato; en el segundo, no ejerce ninguna influencia sobre el contrato y no puede, por tanto, ser causa de nulidad.

19. Si el error cae sobre la persona con quien se contrata, no produce la nulidad, á no ser que la consideración de la persona con quien se contrata sea la

causa principal de la convención (art. 1.110). También, respecto de este error, el juzgar si anula ó no el contrato es cuestión de hecho y de apreciación, porque es necesario, para resolverla, interpretar la intención de quien contrató para ver si se determinó únicamente por consideración á la persona ó por otros motivos. Supongamos que yo creo que Ticio es un excelente pintor, le ajusto un cuadro por determinado precio: en este caso yo he contratado por creer á Ticio un buen artista y no lo hubiera hecho de saber que Ticio era poeta; por consiguiente, aquí el error sobre la persona anula el contrato.

En los contratos á título gratuito en que uno de los contratantes quiere procurar un beneficio sin correlativo, la consideración de la persona es siempre esencial, puesto que yo no estoy dispuesto á proporcionar este beneficio al primero que se presente, sino sólo á aquel con quien estoy ligado por vínculos de amistad ó cariño.

20. El error de derecho, según dispone el artículo 1.109, produce la nulidad del contrato sólo cuando es su causa única ó principal. Despréndese de aquí que en las relaciones privadas es lícito ignorar las disposiciones legales, mientras no lo es en las relaciones entre el individuo y la sociedad, en virtud del principio de utilidad práctica de que los intereses generales deben prevalecer sobre los individuales. El error de derecho será causa única ó principal del contrato cuando determine por sí solo á una persona á contratar de modo que ésta no habría celebrado el contrato si no hubiese interpretado mal la disposición legal. Yo, por ejemplo, ignoro que la ley me concede el derecho de apoyar mi edificio en el de mi vecino, que se encuentra á menos distancia de un metro y

medio de la línea de demarcación, y á causa de esta ignorancia contrato con él pagando un tanto por la facultad de apoyar mi construcción sobre la suya. En este caso, el error de derecho es la causa única del contrato, porque yo no habría contratado si hubiese conocido la ley, luego el contrato puede ser impugnado de nulidad.

La ley, al admitir el error como causa de nulidad, no distingue entre error excusable y error inexcusable; por lo que el intérprete no puede, para hacer inaplicable la disposición de dicho artículo, recurrir á la ignorancia crasa ó supina, de el que se obligó. Ni esta distinción tiene fundamento racional, porque ¿qué resultado práctico puede tener la indagación sobre la mayor ó menor culpa del que ignora la ley cuando se trata de nulidad por vicio en el consentimiento? Ya sea el error de derecho excusable ó no, siempre será verdad que el contrato no hubiera tenido efecto si el derecho no hubiera sido ignorado. Y si esto es así, es lógico que en todo caso produzca el error la nulidad.

21. Para que el error haga inexistente el contrato, ó produzca su nulidad, ¿debe existir en ambos contratantes, ó basta que uno sólo sea el engañado? Nótese que el error, en tanto, hace considerar como inexistente el contrato, ó lo anula, en cuanto hace que falte el consentimiento ó lo vicia; ahora, el consentimiento falta, ó adolece de vicio, tanto si todas las partes están en error, como si lo está una sola de ellas; luego para que el contrato no exista ó sea nulo, basta que haya error en una sola de las partes. Tú, por ejemplo, me vendes tu casa *b*, y al vendérmela sabes que me vendes aquélla y no otra; pero yo que la adquiero creo que es la casa *c*, que es también tuya y

que yo quiero adquirir. En esta hipótesis yo, adquirente, estoy engañado, pero tú, vendedor, no lo estás; pues bien, basta este error mío para considerar inexistente el contrato; porque si tú me quieres vender una cosa y yo creo adquirir otra, nuestros consentimientos no se han encontrado y no hay contrato. Supongamos otro caso: tú me vendes un caballo, que sabes es de tiro, y como tal me lo vendes; yo, por el contrario, creo que el caballo que tú me ofreces es de carrera, árabe, y como tal le compro. Ahora bien; si yo hubiese conocido que el caballo era de tiro, ¿lo hubiera comprado? No por cierto; porque yo no quería adquirir un caballo cualquiera, sino un caballo de carrera. Luego nuestros dos consentimientos no se han encontrado y el contrato es nulo.

Cuando el error en que cae uno de los dos contratantes versa sobre alguna de las cualidades esenciales de la cosa, ¿es necesario que en el contrato se declare que la causa del contrato fué la cualidad que se atribuyó á la cosa, para que haya nulidad? Exigir esta condición para la aplicación de dicho artículo equivale á añadir algo al texto legal; ni el espíritu de la ley autoriza tal cosa. Y, en efecto, ya sea que tú no ignores que yo te compro un objeto en vista de una cualidad que yo creo ver en él, sea que tú lo ignores, mi consentimiento está viciado, porque en ambos casos yo no hubiera comprado de no estar equivocado sobre la cualidad de la cosa. Ahora bien; si en este vicio del consentimiento está la razón de la nulidad, ésta existirá en ambos casos. La dificultad que en la práctica puede ofrecerse se refiere á la prueba de mi error y de haber sido éste la causa exclusiva del contrato; pero presentada ésta, yo tengo derecho á pedir la nulidad, aunque al celebrarlo yo no declarase que me de-

terminaba á adquirirlo en vista de la cualidad que creía existir en la cosa.

22. ¿Es necesario que la parte contratante haya sufrido un daño por efecto del error, para que pueda pedir la nulidad? La ley no subordina á esta condición el precepto contenido en los artículos en examen; luego exigir una condición no exigida por la ley, implica ampliar el texto, lo que no le es lícito al intérprete. Por otra parte, la razón de la nulidad no está en el daño, sino en el defecto de consentimiento; y como éste no desaparece aun cuando no haya daño, la nulidad es independiente del mismo. Compro, por ejemplo, el objeto *b* creyéndole antiguo, por ser esta cualidad lo que le da algún valor; supongamos ahora que no es antiguo, pero que vale lo que yo he pagado. Mi patrimonio no ha sufrido daño, es cierto; pero no se trata de saber si lo adquirido vale lo que me costó, sino de saber si he comprado una cosa que no habría adquirido si no hubiese habido error acerca de su cualidad. Ahora bien; si es cierto que yo no habría adquirido el objeto *b* de no creerle antiguo, ¿qué importa que la adquisición no me haya ocasionado perjuicio? El objeto de mi contrato no fué emplear mi dinero en un objeto que valiese la suma desembolsada, sino adquirir un objeto antiguo, luego la falta del daño no me hace perder el derecho de anular el contrato.

23. Anulado el contrato por efecto del error de uno de los dos contratantes, ¿estará éste obligado con el otro al resarcimiento de daños? Supongamos que yo, tomándote por Antonio, que es un gran pintor, te encargo un cuadro que tú ejecutas; ahora bien, si la consideración de la persona con quien yo contrato ha sido para mí la causa única de la obligación, yo puedo pedir la nulidad del contrato; pero obtenida esta

declaración de nulidad, ¿estaré obligado á dar algo al que pintó el cuadro? Empecemos por distinguir la hipótesis en que el que pintó el cuadro tuviese conocimiento de mi error, de aquella en que el que contrató conmigo no entendió que yo no creía contratar con él, sino con otra persona. En el primer caso, si yo incurro en culpa, también incurre en ella el otro contratante; porque conociendo mi error, no debió aprovecharse de él prestándose á celebrar un contrato que sabía era nulo; luego si él debe responder de su culpa, no puede reprocharme la mía. En el segundo caso, la culpa es mía solamente, puesto que debí informarme de si la persona á quien encargué el cuadro era la que yo creía; y no puede haber culpa ninguna en quien conmigo contrató, si no llegó á conocer las intenciones que yo no manifesté. Ahora, el art. 1.151 establece que todo acto de una persona que acarrea daño á otra, obliga á aquel por culpa del cual se produjo el daño á indemnizar; luego es evidente que si mi acción perjudicó á quien contrató conmigo sin tener culpa, estoy obligado á indemnizarle.

24. La segunda causa que vicia el consentimiento, en cuanto obra sobre la inteligencia representando las cosas de otro modo del que son, es el dolo, el cual, según el art. 1.115, es causa de nulidad del contrato, cuando las maniobras empleadas por uno de los contratantes fuesen de tal índole que sin ellas el otro no hubiera contratado.

Entre el dolo y el error hay un punto de contacto en cuanto el que yerra y el que es víctima del dolo aprecian las cosas de modo distinto del que son; por lo que puede preguntarse: si los resultados ó efectos prácticos del dolo y del error son los mismos, ¿por qué el legislador distingue uno de otro? El motivo

está en que el error espontáneo vicia el consentimiento cuando recae en la esencia de la cosa, mientras que el error que es consecuencia de artes fraudulentas de uno de los contratantes es causa de nulidad aun cuando no recaiga en la esencia de la cosa. Supongamos que yo me resuelvo á hacer una adquisición en vista de una alta ganancia que creo poder obtener; ahora bien: si yo me engañé en cuanto al objeto adquirido no puede producirme la ganancia supuesta no puedo pedir la nulidad del contrato, puesto que la ganancia no pertenece á la substancia de la cosa objeto del contrato; pero supongamos que el otro contratante me hiciera creer con artes fraudulentas en un lucro considerable induciéndome á celebrar un contrato que de otro modo no hubiera celebrado; pues bien: yo puedo pedir la nulidad del contrato, aunque mi error no haya caído sobre la esencia de la cosa.

¿Pero existe un motivo racional que justifique dicha diferencia? Cierto que sí. Si el error, en efecto, procede de mi culpa ó de mi poca previsión, las consecuencias deben pesar sobre mí; y si alguna vez produce este error la nulidad del contrato, sólo es en el caso en que llegue á viciar el consentimiento, haciendo que yo adquiera una cosa que no pensaba adquirir; fuera del caso, pues, de que el error anule el consentimiento respecto á la cosa, en todos los demás casos va á cargo del que haya incurrido en él.

Pero cuando mi error es consecuencia del dolo del otro contratante, en tal caso no debe ser lícito á éste beneficiarse con su propia culpa, por lo que yo podré pedir la nulidad del contrato, aunque no haya sido inducido á error en cuanto á las cualidades esenciales de la cosa objeto del contrato.

25. ¿En qué consiste propiamente lo que la ley

llama dolo? Cuando, por ejemplo, yo, vendedor de un objeto, exagero sus buenas cualidades y oculto ó atenúo los defectos, trato ciertamente de engañar al comprador haciendo que aparezca la cosa distinta de lo que es; pero, ¿será éste el dolo á que alude el legislador y que es causa de la nulidad del contrato?

Nótese que el legislador, al dictar sus leyes no se propuso escribir un tratado de moral, sino de proveer á los intereses generales de la sociedad, poniéndolos, en cuanto es posible, de acuerdo con los principios supremos del derecho. El legislador no aprueba ni aplaude este modo poco leal de proceder en la contratación; pero de no aprobarla ha hacer de ella una causa de nulidad media un abismo, que no puede colmarse sino sacrificando los intereses generales de la sociedad. Si por tal motivo, en efecto, se pudiese pedir la nulidad de un contrato, ¿cuál sería la convención que se sustrajese á una acción de nulidad? Por tanto, la nulidad de las obligaciones sería la regla general y su validez la excepción. Esto sentado, los intereses de la sociedad ¿quedarían protegidos con hacer impugnables todos los contratos? Y la sociedad misma se vería trastornada si cada individuo pudiese ser envuelto en una cuestión litigiosa. El dolo, pues, de que hablamos no puede ser otro que el mencionado en el art. 1.115 de nuestro código.

¿Cuál será, pues, este dolo? Debe consistir en artes ó maniobras que excedan de los límites de la astucia que acostumbran emplear todos los contratantes; cada uno de los cuales procura sacar de la contratación el mayor beneficio posible; artes y maniobras que constituyen una reprobable excepción, teniendo en cuenta el modo con que de ordinario suelen celebrarse los contratos. Los antiguos distinguían el dolo bueno ó

tolerado, que hacían consistir en la habitual astucia de los contratantes, del dolo malo, del cual decían: *dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitum* (1). Esta definición conviene perfectamente con el dolo á que se refiere el legislador, por lo que el concepto romano del dolo es el concepto que todavía prevalece en el derecho patrio.

26. Para que el dolo produzca la nulidad debe ser tal que sin él no se hubiera efectuado el contrato. Este criterio, adoptado por nuestro legislador, ha desterrado del derecho patrio las sutiles distinciones que la escuela hacía entre el dolo *positivo* y *negativo*, entre dolo *principal* é *incidente*. Al juez, llamado á aplicar el art. 1.115 del Código patrio, le debe interesar muy poco si el dolo se ejerció con artes positivas ó negativas, si tuvo lugar antes de iniciar el contrato ó en el curso del mismo, ó si el engaño cayó sobre lo principal ó lo accesorio; sólo debe averiguar una cosa, la cual consiste en ver si en el caso de no haber dolo la parte engañada no hubiera contratado. Si hubiera contratado, no hay razón para declarar la nulidad, por no haber ejercido el fraude ninguna influencia en el consentimiento; en caso contrario, se declarará la nulidad, por haber viciado el dolo el consentimiento.

No basta que el dolo sea tal que sin él no se hubiera contratado: es necesario que haya consistido en asechanzas usadas por uno de los contratantes en daño del otro; por lo que si uno de ellos fué engañado por un tercero, no puede pedir la nulidad. ¿Por qué esta diferencia? Ya hemos dicho que el fraude causa de un contrato, en tanto produce su nulidad en cuan-

(1) Leg. 1 Dig. *De dolo malo.*

to uno de los contratantes, no puede obtener provecho del otro á causa de su culpa. Pues bien; si el fraude es causa de un tercero, podrá procederse contra éste, pero no puede pedirse la nulidad en contra de la otra parte, que fué extraña al fraude. Y si el dolo del tercero fué tal que indujo á una de las partes á error sobre la esencia de la cosa, puede pedirse la nulidad; pero no en razón del dolo ajeno, sino por error que vicia el consentimiento. Igualmente la nulidad de la convención puede pedirse cuando la parte adquiere conocimiento de las maniobras del tercero; porque en este caso se hace partícipe del fraude ajeno, aprovechándose de él, y se coloca en situación de no poder percibir el fruto de la acción culpable de que ha participado.

27. La tercera causa de nulidad es la violencia, la cual no obra como el dolo y el error sobre el entendimiento, sino sobre la voluntad, disminuyendo el libre arbitrio. El consentimiento, dice el art. 1.112, se reputa logrado con violencia, cuando ésta es tal que produzca impresión en una persona sensata, inculcándole el temor de un daño notable. Ha de atenderse en esta materia á la edad, al sexo y á la condición de la persona.

La redacción de este artículo no es muy feliz, porque en su primera parte se establece un principio que la segunda modifica esencialmente, induciendo á confusión. En efecto; al decir la primera parte que la violencia ha de producir su impresión en una persona sensata, atemorizándola, parece que el juez, al resolver si el consentimiento de Ticio ó Sempronio se logró con violencia, debe formarse un tipo del hombre sensato, y, por consiguiente, ver si la violencia empleada habría atemorizado á éste. Y en la segunda parte

dice que no debe atenderse al hombre sensato, sino á la edad, al sexo y á las condiciones de la persona contra quien se usó. Es evidente que la segunda parte del artículo no armoniza con la primera. ¿Qué conceptos, pues, debemos formarnos de la disposición en exámen?

Cierto que si debe atenderse á la edad, al sexo y á la condición de la persona víctima de la violencia, es preciso que la consideremos en su debilidad ó pequeñez, pero no como una persona sensata. Esto sentado, la violencia debe referirse á la persona considerada cual es realmente, no como debiera ser, y ver si los actos mediante los cuales se exteriorizó la violencia pudieron producir en ella aquel temor que es natural dadas sus condiciones. Por lo que para armonizar las dos partes del artículo en examen, se puede creer que en la primera ha querido el legislador fijar el principio de que el temor debe ser racional en atención á la violencia que lo engendra, y en la segunda, que al establecer esta medida racional, se debe atender á las condiciones especiales de la persona que la sufrió.

La violencia, considerada en sí misma, no es otra cosa que la amenaza de un mal. Pero el mal debe ser injusto, porque si hay derecho á producirle, no hay violencia, sino que se ejerce un derecho. «Sería injusto, dice la Apelación de Génova (1), considerar violencia la amenaza que el robado hace al ladrón de procesarle, ó la reconvención del acreedor á su deudor de la cárcel que en caso de no pagar le espera, y que se declarase nulas las obligaciones con las cuales el ladrón restituyera lo robado ó el deudor pagase su deuda.» Pero nótese que la amenaza debe contenerse dentro

(1) Decis. 4 Agosto 1877.

de los límites del derecho que se tiene y no debe tener otro objeto que conseguir lo que se debe. Supongamos que yo en calidad de acreedor de Sempronio por diez mil liras le amenazo con pedir la ejecución de la sentencia que obtuve contra él. Ahora bien; si el deudor me paga lo que me debe, ¿puede decirse que hubo violencia? Yo, es verdad, no hago más que ejercer un derecho cuando amenazo á mi deudor con vender á pública subasta sus bienes; pero también es verdad que con esta amenaza en tanto ejerzo un derecho, en cuanto con la misma tiendo á conseguir lo que me pertenece; pero si quiero conseguir más de lo debido, ya no ejerzo mi derecho, sino que uso de violencia para conseguir más de lo que me corresponde.

No basta la amenaza de un mal cualquiera; es preciso que el mal sea notable. ¿Cuándo se reputa tal? No puede establecerse *a priori*. El único criterio establecido por el legislador es que debe atenderse á la edad, al sexo, etc. De aquí que para juzgar si el daño causado es notable no basta considerar el mal en sí mismo, sino en relación con la persona que lo sufre En efecto; no se puede olvidar que la violencia, en tanto es causa de nulidad en cuanto disminuye el libre arbitrio de una de las partes; y esta disminución depende de la impresión que sobre ella hace la amenaza, por lo que un mal gravísimo en sí no hará mella en persona de gran temple; mientras que un daño menor atemorizará á una persona débil y pusilánime. Luego para la recta aplicación del art. 1.112 es preciso atender al mal anunciado, no tanto en sí mismo como en su relación con la persona que sufre la amenaza.

28. El temor que no procede de la violencia que una persona hace á otra, sino del peligro gravísimo á

que uno de los contratantes se halla expuesto, ¿puede ser causa de nulidad?

No vacilamos en contestar afirmativamente. En efecto; ¿por qué razón es causa de nulidad el mal con que una persona amenaza? Porque la amenaza, disminuyendo el libre arbitrio, vicia el consentimiento. Si pues el motivo de la nulidad está en la disminución del libre arbitrio, y si la nulidad en este caso no deriva de un precepto excepcional de la ley, sino de la aplicación de un principio de derecho común, es evidente que siempre que haya disminución del libre arbitrio, hay motivo de nulidad, cualquiera que sea la causa de que proceda dicha disminución. Suponiendo, por ejemplo, que mi casa se incendia, y yo, presa del terror, prometo todos mis bienes ó una suma fabulosa á quien salve á mi familia, ¿quién podrá sostener que yo era dueño de mi voluntad al hacer esta promesa? ¿Y cómo no ha de considerarse nula la obligación que he contraído? Yo quedo, es verdad, obligado con la persona que salvó á mi familia; pero mi obligación no depende de mi promesa, que es nula, sino de la acción de la persona que, exponiéndose á un grave peligro, me hizo tan grande favor.

Si el temor proviene del respeto que profesamos á una persona, como, por ejemplo, á un padre ó á otro ascendiente, ó á un superior cualquiera, sin que haya mediado violencia, la obligación no es nula, con arreglo al art. 1.114, puesto que la reverencia que debemos á una persona no disminuye nuestro libre arbitrio, ó, por lo menos, su disminución no es tan sensible que invalide el consentimiento.

29. La violencia usada contra el que contrajo la obligación es causa de nulidad, aunque haya sido usada por una persona distinta de aquella á favor de la

cual se ejerció la violencia (art. 1.111). Por tanto, si un tercero, infundiéndome un grave temor, me obliga á celebrar un contrato, puedo pedir su nulidad, aunque la persona con quien contraté haya sido totalmente extraña á la violencia y la haya ignorado.

El fraude empleado por un tercero y al cual fué extraño el otro contratante, no da derecho á pedir la nulidad del contrato; ¿por qué, pues, tratándose de la violencia se da este derecho cuando proviene de un tercero? Hay que distinguir entre el fraude y la violencia. El fraude no vicia por sí mismo el consentimiento, porque no ejerce ninguna coacción sobre nuestra voluntad, ni puede decirse que de ella se deriva un error esencial, pudiéndose anular el contrato por efecto del dolo, aun cuando el engaño verse sobre un accidente de la cosa; si el fraude es causa de nulidad, lo es en virtud del principio de que no es lícito á nadie lucrarse con sus malas artes; por lo que uno de los dos contratantes debe, por lo menos, tener participación en ellas, para que el otro pueda oponer la nulidad. Por el contrario, la violencia, en tanto es causa de nulidad en cuanto vicia el consentimiento, disminuyendo el libre arbitrio; y como esta disminución de la libertad es siempre una consecuencia de los actos de violencia usados, tanto si provienen de uno de los contratantes como si provienen de un extraño, la razón exige que tanto en uno como en otro caso el contrato se anule.

30. La violencia, dice el art. 1.113, es causa de nulidad del contrato, aun cuando el mal conque se amenaza tenga por objeto perjudicar á la persona ó los bienes del cónyuge, de un descendiente ó de un ascendiente del contratante. Tratándose de otras perso-

nas, corresponde al juez dictar ó no la nulidad, según las circunstancias.

Cuando la persona amenazada nos es querida, el temor puede hacernos tal impresión, que nos arrebate la libertad de nuestros actos; por lo que es lógico que la violencia empleada contra una persona que nos interesa produzca, como la que se emplea contra nosotros, la nulidad de la obligación. Entre las personas que nos son queridas, el legislador menciona el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, y dispone que la violencia empleada contra estas personas es causa de nulidad; en cuanto á las otras, deja al arbitrio del magistrado el decidir la nulidad. ¿Cuál es, pues, el concepto que entraña esta disposición?

Si no estamos equivocados, es este: Cuando la amenaza se refiere al cónyuge, á una descendiente ó á un ascendiente de una de las partes y el mal es notable, se supone que la libertad ha sufrido presión y que hay vicio en el consentimiento. Cuando, por el contrario, la amenaza se refiere á otro pariente ó á un amigo, no basta la prueba de la entidad del daño, sino que es necesario probar la íntima afección á la persona amenazada. En otros términos, cuando el mal amenaza á las personas mencionadas en el art. 1.110, el legislador presume que ha producido el efecto de una amenaza directa, pero si se refiere á las otras no hay la misma presunción y es preciso probarlo para que el juez pueda dictar la nulidad.

31. Aunque la ley no lo declara, sin embargo, debemos suponer, en virtud de los principios de razón, que la violencia, por grave que sea, no puede producir la nulidad del contrato sino cuando resulta que determinó á uno de los contratantes á dar su consentimiento, que no habría dado de no existir aquélla; por-

que si yo hubiera contratado igualmente y en las mismas condiciones, si no hubiera habido violencia, ésta no pudo determinar mi voluntad, que ya estaba determinada por otros motivos, y no pudo ejercer aquella influencia perniciosa que invalida el consentimiento. Supongamos, por ejemplo, que yo haya manifestado la intención de adquirir tu fundo por mil, y que me disponga á realizar mi pensamiento; si tú, ignorando mi deseo y suponiéndome reacio á acoger tu proposición me ofreces el fundo por mil, amenazándome de un mal notable sino acepto, y yo contrato, ¿quién podría sostener en este caso que hubo violencia?

32. El tercer requisito esencial para la validez del contrato, exigido por el art. 1.104, es. un objeto determinado que puede ser materia de contratación. ¿Qué entiende la ley por objeto del contrato? Siendo el contrato fuente de la obligación no puede tener otro objeto inmediato y directo que la obligación misma que nace por efecto del contrato. Se contrae para crear una obligación ó vínculo que antes no existía, ó bien para modificar ó disolver la obligación ya existente; luego el objeto del contrato no puede ser otro que la obligación, en cuanto ésta crea, modifica ó destruye entre las partes las relaciones de derecho. Pero el legislador no se refiere á este objeto, sino al objeto de la obligación, derivada del contrato; por lo que el objeto de la obligación es lo que el código designa como objeto del contrato. Pero ¿cuál es el objeto de la obligación? Decimos que la obligación no consiste más que en una limitación de nuestra libertad natural; ahora nuestra libertad es limitada, bien por la prestación de una cosa ó de un servicio ó por la omisión de un hecho, luego las prestaciones y omisiones constituyen el objeto de la obligación y, por lo tanto, el objeto del contrato.

33. Sólo las cosas que están en el comercio, dice el art. 1.116, pueden formar el objeto del contrato. El motivo de tal disposición es fácil de comprender. En efecto, el objeto de la obligación es una prestación; ahora, lo que se presta debe ser cosa capaz de formar parte del patrimonio de aquel que la presta y de aquel á quien se presta; y como las cosas puestas fuera del comercio no pueden formar parte de la fortuna de nadie, de aquí que no puedan formar objeto de la obligación.

El contrato que carece de un objeto capaz de formar materia de convención, es un contrato, no nulo, sino inexistente, porque carece de uno de los requisitos esenciales á su existencia; si, pues, el objeto del contrato no está en el comercio el contrato se reputa inexistente. Supongamos que la cosa puesta fuera del comercio de los hombres en el momento en que se contrata es después objeto del comercio; por ejemplo, yo vendo un área que actualmente forma parte del dominio público, pero que después entra en la categoría de los bienes privados, ¿puede decirse que en este caso el contrato adquiera eficacia desde el momento en que el objeto del mismo se ha hecho comerciable? No, por cierto; porque si el contrato es inexistente no puede ser ni confirmado ni convalido, y lo que no existe es incapaz de producir efectos jurídicos.

Creemos que contradice este principio el art. 1.118, en que se dispone que las cosas futuras pueden formar objeto de contratación. Vendo, por ejemplo, los frutos de mi fundo antes de que la tierra los haya producido, ó bien vendo telas que aún no se han fabricado en mi taller; pues este contrato es válido según dicho artículo, aunque tenga por objeto cosa que aún no existe. Ahora bien; en esta hipótesis sucede que la cosa obje-

to del contrato, comoquiera que no existe en el momento en que tiene lugar el contrato, no pueden comprenderse entre las cosas objeto del comercio, sino entre las que pueden serlo, y, sin embargo, el contrato tiene su eficacia. Esto sentado, ¿por qué motivo el contrato que cae sobre cosa que actualmente existe, pero que está fuera del comercio, no tiene eficacia jurídica si la cosa es comerciable después, mientras que tiene eficacia el contrato que versa sobre cosa que no existe, pero que puede existir más tarde? La razón de la diferencia es clara si se medita que la cosa que actualmente no existe es objeto del contrato en cuanto puede existir más tarde; y como la cosa, desde el momento en que existe, entra inmediatamente en la categoría de los bienes patrimoniales y comerciables, de aquí que el contrato que sobre ella versa tenga eficacia jurídica. Por el contrario, la cosa que actualmente existe, pero que está fuera del comercio, constituye el objeto del contrato en su actualidad, y oponiéndose éste su estado actual, á que forme objeto de convención, es claro que el contrato no puede tener eficacia jurídica.

34. No basta que la cosa sobre que se contrata esté en el comercio; es necesario que sea determinada por lo menos en especie (art. 1.117). Respecto á las cosas, distinguimos el género, la especie, el individuo, ó sea la cosa particular. Ahora, si para la eficacia del contrato no basta que se indique el género de la cosa, tampoco se exige que la cosa haya de ser designada en su individualidad. Si yo te prometo venderte un animal, indico sólo el género á que pertenece el objeto de la prestación, lo cual no basta para que el contrato exista; porque, dada la gran indeterminación de la cosa, la prestación puede reducirse á un objeto que

carezca de valor, y lo que carece de valor no puede crear un verdadero interés ni constituir el objeto de la convención. Pero si el contrato así celebrado no existe, no es necesario para que exista que se declare, por ejemplo, que se vende el caballo *a* ó *b*, sino que basta que se indique que se vende un caballo. Dada la determinación de la especie, si no se indica el individuo, se sabe ya que el objeto debe formar parte de una determinada especie, lo cual basta para que surja el interés y para exigir que la prestación se cumpla.

Hay cosas que no pueden ser determinadas por la sola indicación de la especie á que pertenecen, sino que es preciso indicar, además, su medida. Si yo me obligo á venderte aceite, vino, trigo, etc., esta sola indicación no basta á establecer el objeto de la obligación, porque si no se indica la cantidad del aceite, vino, etc., puede prestarse una cantidad mínima que no basta á hacer surgir el interés que se exige para la existencia de la obligación. Pero la cantidad, según dispone el art. 1.117, puede ser incierta en el momento del contrato, siempre que luego pueda determinarse. Si yo te vendo todo el vino que produzca mi fundo tusculano en la presente cosecha, la cantidad vendida es incierta al celebrar el contrato; pero pudiendo ser determinada después, el contrato es válido.

35. El principio, según el cual las cosas futuras pueden ser objeto de contrato, sufre excepción si se trata de pactos sobre una sucesión que aún no se ha abierto. Dispone á este propósito el segundo párrafo del art. 1.118: «No se puede renunciar á una sucesión no abierta aún, ni hacer ninguna estipulación sobre ella, ni con el autor de la sucesión ni con terceros, aunque intervenga el consentimiento de aquél.»

El motivo de tal disposición no se puede deducir de

un principio de razón común; porque si es lícito contratar sobre cosas que aún no existen, pero que pueden venir á formar parte del patrimonio del que se obliga, debe ser igualmente lícito, según la lógica del derecho, obligarse sobre una cosa que puede entrar en nuestro patrimonio por efecto de una sucesión no abierta aún. Por tanto, la disposición de que nos ocupamos está comprendida en la categoría de las que constituyen derecho excepcional: por lo que es preciso buscar su fundamento en la utilidad social que el legislador tuvo por mira al dictarla. Cuando los contratantes quieren imponer un vínculo ó crearse un derecho, respecto de una sucesión no abierta, surgen dos inconvenientes: el uno que los pactos de esta clase, haciendo nacer antes de tiempo derechos que tienen por objeto una sucesión futura, hace surgir el deseo de efectuar ó realizar lo más pronto el derecho adquirido, y este deseo que va unido al de la muerte del de *cujus* puede ser causa de delitos; el otro consiste en la influencia que estos contratos pueden ejercer en el ánimo del de *cujus*, quitando á sus últimas disposiciones el carácter de la espontaneidad. Ahora bien; el legislador debe evitar toda causa de desorden y evitar lo que pueda disminuir la espontaneidad de las últimas voluntades, y por esto ha creído oportuno prohibir los pactos referentes á las sucesiones futuras.

Para que el pacto entre en la categoría de pacto sucesorio, es preciso que se disponga de la cosa en cuanto pertenecerá al disponente en virtud de una sucesión no abierta. Pongamos un ejemplo: un hijo vende el fundo, propiedad de su padre, como cosa suya; ¿se dirá que este es un pacto sucesorio? No por cierto, porque si es verdad que el fundo vendido puede llegar

á ser propiedad del vendedor á la muerte de su padre, también es verdad que el hijo, al contratar, ha querido disponer de una cosa perteneciente actualmente á él y no contener una obligación relativa á sucesión futura. Por el contrario, si el hijo vende el fundo del padre y declara que lo vende para la época en que sea suyo, por la muerte de aquél, hay un verdadero pacto sucesorio, porque el vendedor trata de contraer una obligación en su cualidad de futuro heredero. En la primera hipótesis tenemos una obligación existente, pero anulable por haberse vendido cosa ajena, mientras que en la segunda, el contrato no existe y es incapaz de producir efectos jurídicos, puesto que falta un requisito esencial á su existencia, esto es, objeto que pueda ser materia de contratación.

Pero los derechos que están en suspenso durante la vida de un individuo no deben confundirse con las sucesiones futuras y pueden, por consiguiente, ser materia de contrato. Supongamos que yo tengo un crédito contra Ticio exigible á su muerte; si mientras Ticio vive, dispongo, por contrato, de este crédito ¿puede creerse que ha habido pacto sucesorio? No hay duda que debe responderse negativamente; porque yo no dispongo de un derecho que me pertenecerá cuando se abra la sucesión de Ticio, sino de uno que me pertenece ya; luego el objeto del contrato no es, en este caso, la sucesión futura.

36. La prohibición referente á los pactos sucesorios es derogada alguna vez por el legislador, como aparece de las disposiciones concernientes á la comunidad entre cónyuges, la dote y la sociedad. Reservándonos el hablar de dichas excepciones á su debido tiempo, notemos aquí, que cuando la excepción no se encuentra en la ley la autoridad del intérprete ó del

magistrado no basta para establecerla. La aplicación de este principio puede originar alguna duda en orden á la herencia del ausente que conviene aclarar. Sabemos que, respecto de los herederos del ausente, puede tener lugar la toma de posesión temporal ó definitiva de los bienes del mismo. Si es temporal, la cuestión no es proponible, porque los poseedores temporales no disponen, como propietarios, de los bienes del ausente, sino que tienen solamente su administración y el disfrute de las rentas. Si es definitiva, cierto que en tal caso puede disponer de los bienes, mas ¿se puede deducir de aquí la consecuencia de que toda convención sobre los bienes del ausente se sustrae á la prohibición del art. 1.118?

Al hablar en el primer volumen de esta obra de la ausencia demostramos que el legislador, al dictar sus disposiciones, no ha partido de la idea de que esta constituya una presunción de muerte, de lo cual deducimos que el que alega la muerte del ausente para fundar un derecho debe probarla. No presumiéndose, por tanto, muerto al ausente, la sucesión no puede considerarse abierta; á pesar de esto la ley atribuye la propiedad de los bienes del ausente á los que tomaron posesión definitiva de los mismos pero de modo revocable, esto es quitándosela á la vuelta del ausente siempre que los bienes no hayan sido enajenados, disipados ó consumidos. Si consideramos, por tanto, que el poseedor de los bienes del ausente no puede ser considerado como heredero por no saberse si la sucesión se abrió ó no, pero que por otra parte la ley le atribuye una propiedad revocable de los bienes del ausente, la conclusión á que debemos llegar para combinar las disposiciones relativas á la ausencia con la prohibición contenida en el art. 1.118, creemos que debe

ser la siguiente. Debemos examinar si el objeto de la convención está constituído por las cosas pertenecientes al ausente en cuanto la ley permite disponer de ellas como cosas singulares al poseedor definitivo, ó bien si lo constituyen las cosas del ausente, sí, pero como universalidad del mismo. Pongamos un ejemplo. Ticio y Sempronio, poseedores difinitivos de los bienes de Julio, ausente, venden un fundo que encuentran en su patrimonio: he aquí un acto que considera el fundo en sí mismo como cosa singular y que se realiza en virtud del derecho atribuído por la ley sobre el mismo á los poseedores, y el cual no puede caer bajo la prohibición del art. 1.118. Pero si Ticio ó Sempronio vende el derecho que le corresponde sobre la herencia del ausente, tendremos en este caso una convención que considera los bienes como universalidad y en que se atribuyen derechos sobre una sucesión que no puede considerarse abierta; luego el pacto no tendrá eficacia como prohibido por el artículo en examen.

37. Si los contrayentes creen de buena fe abierta una sucesión que no lo está todavía ó bien suponen que no está abierta una sucesión siendo así que el *de cujus* ha muerto sin saberlo ellos, ¿deberá creerse que el contrato tiene eficacia en el primer caso y no existe en el segundo?

Siendo el objeto de los contratos una cosa que tiene valor por sí misma debe ser considerado objetivamente, esto es, cual existe en el orden exterior, no subjetivamente como se puede representar en la mente de los contratantes. Ahora, aunque los contratantes consideran abierta una sucesión que no lo está, ¿se desprende de aquí que su pacto no considera una herencia futura? Luego si su estipulación, aunque crean otra cosa en contrario, tiene por objeto una sucesión futura, cae

bajo la prohibición del art. 1.118 y no puede tener, por lo tanto, eficacia jurídica. Por el contrario, si los contratantes ignoran la apertura de la sucesión, ¿podrá esta ignorancia suya destruir el hecho de la muerte del *de cujus* y considerarse como no abierta la sucesión? Cierto que no porque la apertura de la sucesión no depende de la creencia de Ticio ó de Cayo, sino de un hecho externo ó material que una vez acaecido no se le puede considerar como no acaecido; luego la convención no se refiere en este caso á una sucesión no abierta y no puede considerarse inexistente en virtud del artículo en examen. Y no se recurra á la mala fe de los contratantes para combatir esta nuestra opinión, porque como la buena fe no puede hacer que se considere como inexistente el contrato que carece de objeto apto para constituir materia de convención, así su mala fe no puede anular el contrato que ha tenido por mira un objeto apto para formar materia de convención. Por otra parte, el legislador al dictar la prohibición del art. 1.118 ha tenido en cuenta el objeto de la convención considerado en sí mismo no la opinión formada por los contratantes acerca de él; por lo que dicha opinión no puede ejercer influencia sobre la existencia ó inexistencia del contrato.

Si el contrato comprende en parte cosas de que los contratantes pueden actualmente disponer, y en parte, cosas referentes á futura sucesión, ¿deberá considerarse inexistente en su totalidad? La cuestión no puede, á nuestro entender, resolverse, sino averiguando cuál fué la intención de las partes contratantes. Porque si éstas contrataron sobre cosas de que podían disponer, en cuanto contrataban simultáneamente sobre derechos ó cosas pertenecientes á una sucesión fu-

tura, de suerte que no habrían contratado sobre ellas, si su convención no hubiese tenido por mira estas últimas, la convención es indivisible y debe considerarse inexistente en su totalidad. Si resulta, por el contrario, que las partes quisieron celebrar dos contratos, uno relativo á cosas de las cuales podían disponer, y otro referente á futura sucesión, de modo que el primero habría tenido lugar, aun cuando no se hubiese procedido al segundo, la inexistencia del uno no puede traer consigo la del otro; por lo que la convención que no existe en cuanto encierra un pacto sucesorio, existe en cambio en cuanto cae sobre las demás cosas de que los contratantes pueden disponer.

38. El cuarto requisito esencial para la validez del contrato que exige el art. 1.104, consiste en la causa lícita. ¿Qué entiende la ley por causa lícita del contrato?

Cuando yo celebro un contrato me propongo un objeto: por ejemplo, si adquiero un caballo puedo estar movido por el deseo de montar á caballo; por lo que si se me pregunta por qué he comprado el caballo responderé que para ejercitarme en la equitación; será este objeto, por tanto, el que en sentir de la ley constituye la causa del contrato, de suerte que si yo no puedo dedicarme á la equitación, ¿debe considerarse el contrato como falto de causa? El legislador no puede haber atribuído este significado á la expresión, *causa del contrato*, porque de ser así no existiría contrato que no pudiera ser tachado de falto de causa. Por otro lado, el móvil ó fin que induce á alguno á contratar, siendo las más veces desconocido por no haber necesidad de expresarlo en la convención, puede ser fácilmente, después de celebrado el contrato, sustituído por otro móvil á elección de la parte inte-

resada, abriéndose así larga y segura vía á la mala fe (1).

Es preciso, por tanto, ir por otro camino si queremos comprender el pensamiento del legislador. Al hablar anteriormente del objeto del contrato vimos que éste no puede ser otro que el objeto de la obligación, puesto que la obligación es el objeto inmediato y directo del contrato; siguiendo ahora en este orden de ideas, deberíamos buscar la causa del contrato en la causa de la obligación; pues si por efecto del contrato yo he querido obligarme, esta mi obligación debe tener un motivo en el cual debemos buscar la causa del contrato, según le entiende el legislador. La obligación ya hemos demostrado implica una limitación de nuestra libertad natural y ésta un sacrificio de aquel sobre quien pesa; ahora bien, los hombres no se imponen sacrificios sin un por qué, sin algo que venga á compensarlos; luego la causa de la obligación será el móvil que indujo al obligado á limitar su libertad natural.

¿Cómo conoceremos este móvil? Si el contrato es bilateral, implicando una obligación recíproca entre los contratantes, la restricción de la libertad impuesta á uno de ellos es el móvil de la restricción impuesta al otro ó en otros términos, la obligación del uno es causa de la obligación del otro. Si se me pregunta por qué me obligo á privarme de mi fundo, responderé que para que el comprador me pague el precio; y si se pregunta al comprador por qué se ha obligado á pagar el precio, responderá que para que el vendedor le entregue la cosa vendida; y así aparece claro que habiéndose cada contratante obligado para que el otro se obligase también, la obligación del uno entraña ne-

(1) Cas. Turín, 7 Enero 1870.

cesariamente la obligación del otro. Si el contrato es unilateral debemos buscar la causa del mismo en el mismo objeto de la obligación. Si se me pregunta por qué he dado lo mío á Sempronio, responderé que para beneficiar á la persona que ha aceptado, por lo que la manifestación de mi benevolencia ó afecto es la causa de mi obligación gratuíta; y como esta mi benevolencia se exterioriza despojándome de mi propiedad en favor de otro, de aquí que la causa es la privación voluntaria de mi objeto á favor de otro. Si se me pregunta por qué me obligo á pagar mil á Antonio á título de préstamo, respondo que porque Antonio me ha dado mil por lo que el objeto de mi obligación se confunde en este caso con su causa.

39. Si la existencia de la causa es necesaria para que exista jurídicamente el contrato, no se exige, sin embargo, que la causa se exprese en él (artículo 1.120), antes bien, dado el silencio de las partes, la causa se presume hasta que no se demuestra lo contrario (art. 1.121). Cuando el contrato es bilateral, la causa de la obligación está expresa porque el contrato debe indicar la obligación contraída por cada parte, y ya sabemos que la obligación de uno constituye la causa de la obligación del otro. En los unilaterales, confundiéndose la causa con el objeto y debiendo ser éste expreso, se contiene también implícita la causa. ¿Qué quiere decir el legislador, pues, al afirmar que el contrato es válido aunque la causa no se exprese? Para armonizar estas palabras con el principio de razón, debemos creer que no son exactas en cuanto hablan de causa, porque confunden la causa del contrato con la de la obligación, y hablando de la primera quiere referirse á la última. Además, la ciencia no encuentra una razón para distinguir el objeto de la obli-

gación de su causa, puesto que objeto y causa no son en el fondo una misma cosa. Y, en efecto, si por lo tocante á los bilaterales es verdad que la obligación de cada contratante es causa de la del otro; también es verdad que las dos obligaciones tienen un mismo objetivo consistente en la mutua ventaja y en el mutuo sacrificio de las partes, de las cuales lo uno es inseparable de lo otro, y constituyen juntos un sólo todo, por lo que siempre el objeto de la obligación es lo que constituye su causa. En la venta, por ejemplo, hay *cosa* y *precio; cosa,* que presta el vendedor, y *precio,* que paga el comprador; pero *cosa* y *precio* reunidos constituyen el objeto de la obligación del uno y del otro, en cuanto el uno da la *cosa* por el *precio,* y el otro el *precio* por la *cosa;* por lo que *cosa* y *precio* constituyen la causa de la obligación del vendedor y comprador. Esto sentado, si el objeto de la obligación es indicado alguna vez para indicar el objeto del contrato, y otras veces para indicar su causa, y si según los principios de la ciencia expresar el objeto equivale á expresar la causa que con aquel se confunde, no se puede atribuir á la expresión del art. 1.120 otro significado, que el de que no es necesario expresar con palabras directas en la convención que lo que constituye el objeto de la obligación (que la ley confunde con el del contrato); constituye, además, la causa de la obligación (que la ley confunde con la causa del contrato). Supongamos que yo firmo un recibo en que me declaro deudor tuyo por mil liras; la prestación de mil liras, objeto de la obligación, es también su causa en cuanto tú me has hecho esta misma prestación á mi; ¿pero es necesario expresar en el escrito esta causa? No; porque ya se contiene virtualmente en la declaración de la deuda; y esto es lo que el legislador ha querido decir en el

art. 1.120, no siendo necesaria la expresión de la causa para la validez del contrato. Entendido así el artículo 1.120, es fácil comprender el 1.121. La causa, dice éste, se presume, salvo prueba en contrario. Esto es, se presume que la obligación tiene un objeto que constituye también su causa. Volviendo al mismo ejemplo, si yo me declaro deudor tuyo no hago más que reconocer y declarar el vínculo creado contigo por una prestación de mil, hecha á mí y que te debo devolver; por lo que el objeto de mi obligación es la restitución de la prestación que se me ha hecho, y dicha restitución es también su causa. Ahora, si en la escritura no declaro que me obligo á pagarte mil por habérmelos tú prestado, la ley, no obstante este silencio, presume que en realidad tal prestación fué hecha por el acreedor al deudor, y á este último corresponde probar lo contrario, probando así que la obligación carece de causa.

40. La obligación sin causa, dice el art. 1.119, ó fundada en causa ilícita, carece de efecto. Esta expresión del legislador es bastante clara para que se comprenda su concepto, cual es, que el contrato, sin causa ó con causa falsa ó ilícita, no existe. Y en efecto, el legislador dice que el contrato en este caso no produce ningún efecto; ahora bien, sólo los actos inexistentes son los que no producen efecto, no los anulables; luego el legislador ha considerado el contrato referido como inexistente.

41. La falta absoluta de causa es fácil de comprender. Yo me obligo á pagarte mil, porque tú me has prestado esta suma; y si yo demuestro que no es verdad que tú me prestaste dicha suma, mi obligación carece de causa y es inexistente. Pueden, sin embargo, surgir dudas en la práctica por lo que se refiere á la prueba, que es conveniente aclarar.

Distingamos entre los contratos cuya causa está expresa y aquéllos en que no lo está. Supongamos que yo en la escritura de deuda no declaro el motivo porque me constituyo en deudor tuyo por mil; ¿habré demostrado que la obligación carece de causa probando que tú no has desembolsado tal cantidad? Cierto que no porque omitiéndose la causa, ésta puede ser otra, porque si yo demuestro que el dinero no me lo prestaste excluyo una causa posible, pero no toda otra, por lo que cuando la causa se omite, no puede decirse que se haya probado la no existencia de causa, sino cuando resulte excluída toda causa. Pero si en el contrato se dice que me obligo á pagar mil porque tú me has prestado anteriormente esa cantidad, en este caso me basta probar que no existió tal préstamo de tu parte para excluir la causa de la obligación y que se considere el contrato inexistente.

En cuanto á la prueba concerniente á la inexistencia de la causa, creemos aplicables los principios generales que regulan la prueba. Por lo que si el contrato resulta de una escritura, no es admisible la prueba testifical para demostrar que la obligación carece de causa; porque negar la causa de la obligación equivale á negar la obligación misma, y ya sabemos que lo que nace de una escritura no puede ser destruído por medio de testigos. Si falta la escritura y la prueba testifical no se admite para demostrar la existencia de la obligación, tampoco es admisible dicha prueba para negar la existencia de la causa; pero supongamos que el acreedor tiene á favor suyo un principio de prueba escrita y se le concede que pruebe con testigos la existencia de su crédito, ¿podrá en este caso el demandado valerse de la prueba oral para demostrar que su obligación carece de causa? Es indu-

dable; porque la prueba testifical á que en este caso recurra el deudor, no es más que una prueba contraria encaminada á combatir lo alegado por el actor, y como admitida la prueba oral para demostrar una cosa, no puede negarse á la parte contraria el derecho de servirse del mismo medio de prueba para excluir lo que la otra afirma, de aquí que en esta hipótesis pueda recurrirse á la prueba oral para demostrar que la obligación carece de causa.

42. La causa de la obligación puede ser falsa, por ser errónea ó simulada. Es errónea, cuando se tiene por existente una causa que en realidad no existe. Por ejemplo: yo creo que tú has prestado á mi familia mil liras y me declaro deudor tuyo por dicha cantidad; si el préstamo no existió, la causa es falsa, por ser errónea, por lo que la obligación contraída no subsiste. La prueba de este error corresponde al deudor; en cuanto á los principios que la rigen, es aplicable lo ya dicho respecto á la prueba referente á la no existencia de la causa.

La causa es simulada cuando en el contrato se declara una causa que no existe y se calla la verdadera. Supongamos que queriéndote yo donar mil liras me declaro deudor tuyo por mil, expresando que he contraído esta obligación por haberme tú prestado con anterioridad la misma suma; en este caso, la verdadera causa de la obligación contraída por mí es la donación ó el afecto que te demuestro, no el préstamo que no existe; por lo que nos encontramos con una causa simulada, de que ya hemos dado alguna noción al tratar de las donaciones.

La causa simulada, ¿produce la inexistencia de la obligación? Nótese que la obligación no existe cuando carece totalmente de causa ó cuando la que se expre-

sa no es lícita. Ahora bien; la causa simulada ¿excluye acaso la existencia de una verdadera causa de la obligación ó hace ilícita la que existe? Ciertamente no; porque, en efecto, el que disfraza la causa de su obligación, no hace sino ocultar la verdadera, y como para la eficacia de la obligación no exige la ley que se exprese la causa, de aquí que la ocultación de la causa no pueda invalidar la obligación.

Ni por haberse ocultado la verdadera causa de la obligación ha de suponerse que ésta es ilícita; porque presumiendo la ley la existencia de una causa eficaz para obligarse, se presume además que esta causa que existe en estado latente es lícita; pero demostrado que la causa oculta es ilícita, la obligación se considera como no existente, no por efecto de la simulación de la causa, sino porque la verdadera es ilícita (1). La prueba de la simulación se rige también por los principios generales, por lo que no puede recurrirse á la prueba testifical para demostrar que es simulada la causa expresada en una escritura; ni tampoco puede recurrirse á ésta cuando no se admite para demostrar la existencia de la obligación. Pero si al acreedor se le admite la prueba testifical en virtud de un principio de prueba por escrito, el demandado puede probar la simulación de la causa cuando la verdadera, ya por defecto de forma, como sucede en las donaciones disfrazadas, ya por su ineficacia, por estar comprendida entre las ilícitas, hace que se considere la obligación como no existente (2).

Cuando el deudor ha demostrado que la causa expresa en la obligación contractual no existe, no le corresponde á él negar la existencia de cualquier otra

(1) Apel. Génova 4 Agosto 1877.
(2) Apel. Nápoles 14 Octubre 1868.

causa apta para producir la obligación, sino que corresponde al acreedor demostrar que la causa falsa se ha expresado en el contrato para ocultar la verdadera, y que, por consiguiente, existe una causa capaz de crear un vínculo de derecho (1). Y si el deudor hubiese cumplido su obligación y procediera contra el acreedor para repetir lo que pagó indebidamente, no sólo debe probar que la causa expresa en la obligación no subsiste, sino que no existe ninguna causa capaz de producir obligación (2). Conviene explicar la razón de la diferencia entre uno y otro caso. En el primero, tenemos una sola convención, cuyo objeto es la promesa hecha por el deudor y su obligación de pagar; ahora bien: cuando se expresa la causa se tiene ya la prueba de que es aquélla, y no otra; si pues el deudor prueba que esta causa única no existe, es claro que ha terminado su misión, puesto que demostrando que la causa expresada no es la verdadera, demuestra implícitamente, salvo prueba en contrario, que la obligación carece de causa. Por el contrario, en el segundo caso tenemos una doble convención: la que resulta de la declaración de deuda hecha por el deudor y la que se deriva del pago hecho por éste; y precisamente contra ésta se alza el deudor al afirmar que efectuó el pago sin que existiese causa que le obligare á pagar. Ahora bien; si la causa expresa en la obligación contraída por el deudor no subsiste, y sin embargo, paga éste, surge la presunción de que existe una causa eficaz para obligar al deudor al pago, aunque no esté expresa ó callada deliberadamente en su declaración de deuda, puesto que al pago que implica en sí mismo una convención no puede menos de

(1) Apel. Turín 21 Junio 1867.
(2) Cas. Turín 1.° Marzo 1872.

aplicarse el art. 1.121, según el cual la causa se presume hasta que no se demuestra lo contrario; por lo que al deudor que tiene contra sí esta presunción corresponde el combatirla con los medios de prueba que la ley le concede en cada caso especial.

43. Es ilícita la causa, según el art. 1.122, cuando es contraria á la ley, á las buenas costumbres ó al orden público.

Para comprender cuál es la causa contraria á la ley, que dicho artículo declara ilícita, es preciso reflexionar que unas disposiciones legales están dictadas para regular las relaciones privadas, en interés particular de los ciudadanos, mientras que otras tienen por objeto el interés general de la sociedad. Las primeras pueden ser derogadas por las partes, puesto que en todo lo que se refiere á sus propios intereses su voluntad es soberana, y el legislador no puede ni debe querer más que ellas; mas no así las segundas, porque el ciudadano no puede hacer que prevalezcan sus intereses privados sobre los de la sociedad. Por lo tanto, si los particulares pueden derogar las disposiciones legislativas del primer género, es claro que la ley no ha querido invalidar las convenciones en que tal derogación se contiene, sino sólo aquellas que contravienen á las segundas. Lo dicho al hablar de las sucesiones respecto de las condiciones contrarias á la ley, es aplicable á este asunto; por lo que, para evitar repeticiones inútiles, remitimos al lector á lo expuesto en aquel lugar (1).

Si de una causa inmoral ó contraria á la ley no puede nacer obligación, puede, sin embargo, un hecho torpe dar lugar á una obligación válida, y la ra-

(1) Véase vol. III, núm. 327 y sigs.

zón consiste en que si la causa torpe es por sí misma inapta para producir un vínculo, nada impide que de un hecho inmoral pueda surgir una causa lícita de obligación: podemos aclarar el concepto por medio de un ejemplo. Supongamos que se estipula con una mujer el precio de su virginidad; la causa de la obligación es torpe en este caso, porque es torpe el objeto; pero si después de perdida la doncellez de la mujer el hombre se obliga con ella á resarcirla el daño causado, en tal caso la causa de la obligación ya no es la virginidad, sino el resarcimiento de un daño que es la consecuencia de un hecho inmoral; y como es lícito al par que justo resarcir el daño que hemos causado, de aquí que la obligación tenga en esta hipótesis una causa lícita, y existe, por lo tanto, en toda su eficacia jurídica (1).

Puede algunas veces parecer lícita la causa de la obligación respecto á una de las partes, é ilícita en cuanto á la otra; supongamos que habiendo tú pensado matar á Sempronio, pariente mío, yo influyo en ti para que no pongas en ejecución esta idea y me obligas á que te pague diez mil liras para que no le mates; en este caso yo no hago nada inmoral; la inmoralidad está de tu parte; ¿tendrá ó no eficacia jurídica la obligación contraida por mí? Obsérvese que como el objeto de la obligación es único, también lo es la causa que se confunde con él; por lo que si es una la causa, tiene que ser ó lícita ó ilícita, y es, por consiguiente, absurdo que pueda ser lícita para el deudor é ilícita para el acreedor ó viceversa. Si es, pues, ilícito al acreedor exigir dinero por abandonar un proyecto criminoso, no puede serle lícito al deudor pagar

(1) Consult. Cas. Nápoles 26 Marzo 1872.

por semejante causa; por lo que la obligación no puede tener eficacia jurídica. Por el contrario, examinando bien el caso supuesto y otros análogos, que en la práctica pueden presentarse, se comprende fácilmente que falta objeto idóneo para constituir materia de convención. Y en efecto; ¿cuál es en este caso el objeto de la obligación? El de limitar la natural libertad del acreedor, impidiéndole matar á una persona; ahora, nuestra libertad natural está limitada en este sentido por las leyes divinas y humanas; luego la limitación que como consecuencia de la obligación quiere imponerse, preexiste á la obligación misma y no puede derivar de ésta, por lo que falta el objeto.

¿Hay derecho á repetir lo pagado á consecuencia de una obligación fundada en causa contraria á la ley y á la moral? No vacilamos en responder afirmativamente. La causa ilícita, lo mismo que la falta de causa, implica la inexistencia de la obligación, y lo que no existe jurídicamente no puede producir efectos legales. Ahora bien: si yo he pagado á cuenta de una obligación que no existe, he pagado indebidamente y puedo ejercitar la acción para repetir el pago. Y no se diga que el pago ha rectificado ó convalidado la obligación fundada en causa contraria á la ley y á la moral, porque lo que no existe no es susceptible de confirmación.

43 *bis.* Se ha propuesto la cuestión de si tiene causa lícita el contrato por el cual alguno se obliga á pagar la merced al mediador de un matrimonio. Unos dicen que esto pugna al sentido moral y jurídico, y que es nula la obligación, dada la falta de causa lícita (1); otros no encuentran nada de inmoral ni de

(1) Cas. Turín 25 Septiembre 1883.

ilícito en este contrato y, por consiguiente, consideran lícita la causa de la obligación (1). La Casación de Roma adopta una opinión media.

«Dos son los fines, dice, que suelen conseguirse con el contrato de matrimonio: uno general, cual es la simpatía de las personas; y el otro, secundario, á saber, los intereses civiles; el primero es propio, está reservado en su totalidad al libre consentimiento de los esposos; el segundo puede alcanzarse también con la intervención de otras personas, y á menudo es decoroso y expeditivo dejarlo á la iniciativa de terceros... nada obsta á la libertad del matrimonio que una persona regule por sí ó por otro, ya gratuita, ya onerosamente, los intereses accesorios» (2).

Según la Casación de Roma, es preciso saber qué atribuciones se confieren al mediador antes de resolver sobre la validez ó nulidad de la merced que se ha pactado. Supongamos que Ticio está enamorado de Julia; pero ésta no consiente en acceder al matrimonio; aquél encarga á Antonio que procure obtener el consentimiento de la mujer á quien ama, prometiéndole, si lo consigue, cierta merced; en este caso, según la Casación de Roma, el contrato es nulo, porque la misión del mediador es ejercer influencia sobre la voluntad de uno de los cónyuges.

Por la misma razón ha de considerarse nulo el contrato por medio del cual Ticio encarga á Antonio que le proporcione un matrimonio conveniente, sin indicarle la mujer que prefiere. Supongamos, en cambio, que Ticio y Julia quieren por espontánea voluntad unirse en matrimonio, pero que cualquier obstáculo, bien de intereses ó de oposición de familia, se opone á

(1) Ap. Génova 19 Abril 1853.
(2) Decis. 29 Abril 1878.

su unión; pues bien: si en este caso Antonio recibe el encargo de interponer sus buenos oficios para orillar las dificultades, mediante la promesa de un estipendio, la convención se reputa válida.

Esta doctrina nos parece la verdadera. Porque cuando la obra del mediador no debe en modo alguno influir en la voluntad de los esposos, sino en remover los obstáculos que á la anhelada unión se oponen, no ataca á la libertad de elección, sino que la favorecen; por consiguiente, no habiendo nada de inmoral ó de contrario á la ley en esta obra de mediación, no hay motivo para negar eficacia á la convención. Pero cuando la obra del mediador tiene por objeto influir en la voluntad de los esposos, es contraria á la espontaneidad del matrimonio, y, por tanto, á la ley. Es verdad que el matrimonio es un contrato y que en los contratos la obra de los mediadores no es por sí misma ilícita; pero también es verdad que el matrimonio es un contrato *sui generis*, distinto en su objeto y en sus fines de todos los demás contratos; porque mientras éstos tienen por objeto cosas materiales, el objeto de aquél es principalmente espiritual, y consiste en la unión de las almas. ¿Se puede, sin ofender el sentido moral, encomendar á alguien que busque una mujer ó un marido, como si fuera una casa ó un caballo? No; porque lo que une las almas es el cariño, y el cariño es el fundamento de la unión conyugal. Ahora bien: la ingerencia del tercero, que obra llevado del lucro, no secunda la espontaneidad del afecto. Dicha ingerencia, pues, se opone al objeto principal del matrimonio, que es el vínculo del afecto entre dos almas, y siendo contraria á la ley, no puede constituir causa de obligación.

CAPITULO III

EFECTOS DE LOS CONTRATOS

SUMARIO: 44. Distinción entre los efectos del contrato y los de la obligación.—45. Promesa de contrato futuro.—46. Los contratos tienen fuerza de ley.—47 Los contratos deben ser celebrados con buena fe.—48. La propiedad, cuya transmisión constituye el objeto del contrato, se adquiere por el sólo efecto del consentimiento —49. Se presume que cada cual contrata para sí y para sus herederos.—50. También se puede estipular por los causahabientes.—51. Los contratos no favorecen ni perjudican á tercero.—52. No se puede contratar en nombre propio sino por cuenta de uno mismo.—53. La estipulación á favor de tercero en el caso en que se admite, produce efecto cuando es aceptada por éste.—54. A quien aprovecha la no aceptación ó la revocación de lo estipulado á favor de tercero.—45. Promesa de un hecho ajeno.—A qué está obligado el que la hace.—Su ratificación por parte del tercero.—Efectos de la misma.

44. Nuestro legislador trata en lugares separados de los efectos de los contratos y de los de las obligaciones, mientras el legislador francés confunde unos con otros. La distinción introducida en nuestro código es perfectamente racional. En efecto, entre contrato y y obligación hay la misma diferencia que entre la causa y el efecto; por lo que si la causa no se confunde con el efecto, tampoco el contrato puede confundirse con la obligación. El contrato no es más que una convención, ó sea el acuerdo de varias voluntades *in idem placitum*, mientras que la obligación no es más que el vínculo jurídicoque nace del contrato. Cuando se ha-

bla, pues, de efectos de la obligación, se instituye un examen sobre el vínculo jurídico, se analizan sus caracteres y se deducen las consecuencias que de éstos se derivan. Por el contrario, cuando se habla de efectos del contrato, se considera la convención en sí misma en cuanto resulta del acuerdo de dos ó más voluntades; y se quiere saber qué valor tiene este acuerdo y entre qué personas tiene valor. Es claro, por tanto, que los efectos del contrato no deben confundirse con los de la obligación.

45. Antes de examinar los efectos del contrato creemos oportuno ocuparnos, aunque sea brevemente, de la promesa de futuro contrato, poniendo de manifiesto sus efectos. Es opinión autorizada que la promesa *de ineundo contractu* es una figura jurídica que ocupa el justo medio entre la promesa aún no aceptada y el contrato definitivo, de suerte que si no puede confundirse con el contrato no acabado, es algo más que la simple promesa no aceptada. Esta clase de forma jurídica creemos que es desconocida del legislador patrio. Y, en efecto, puede hacerse esta pregunta: Las voluntades de las partes que deben concurrir para que nazca la promesa, ¿se han puesto ó no de acuerdo? En caso afirmativo, habrá en la promesa un verdadero contrato, puesto que éste no consiste en otra cosa que en el acuerdo de dos ó más voluntades *in idem placitum;* de lo contrario, puede haber una oferta, no aceptada aún, pero no más que esta oferta, porque si el acuerdo de dos consentimientos no ha tenido lugar aún, no puede concebirse vínculo de ninguna clase.

Supongamos que te prometo prestarte dentro de un mes mil liras y tú aceptas; en este caso hay un verdadero contrato, y no ya aquella forma jurídica que media entre la promesa no aceptada y el contrato, porque

tú puedes obligarme judicialmente al expirar el plazo estatuido á entregarme la suma pactada. Verdad es que por efecto de esta promesa el contrato de mutuo no ha nacido todavía por no haberse entregado la suma; pero, en cambio, existe un contrato por efecto del cual tú quedas obligado á entregarme la suma que ha de constituir el préstamo; luego la promesa de futuro contrato se resuelve en un contrato presente. Si, para poner otro ejemplo, yo te prometo venderte mi fundo *a* por mil y tú aceptas, si la promesa tuvo lugar por escrito, siendo la escritura de esencia en los contratos de este género *ad solemnitatem* y no *ad probationem*, supone la venta efectiva y equivale al contrato de compraventa, disponiendo la ley que el derecho de propiedad se transmite por efecto del consentimiento, sin que haga falta la entrega material. Igualmente, si un tutor conviene con Ticio la venta de un fundo del menor por mil; y Ticio se compromete á adquirirlo por dicho precio siempre que el tutor esté autorizado para la venta; en este caso no hay una promesa *de contrahendo*, sino una verdadera venta hecha bajo condición, esto es, bajo la condición de que el tutor se provea de la correspondiente autorización. Por lo que es claro, en cualquier hipótesis que se suponga la llamada promesa *de contrahendo* da lugar á un verdadero contrato, y no á una forma jurídica distinta del contrato.

46. Dice el art. 1.123 que los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes. Lo cual quiere decir que el contrato obliga del mismo modo que obliga la ley. Este es el precepto impuesto por el legislador en interés general de la sociedad; el contrato, por el contrario, es el precepto que las partes se imponen libremente á sí mismas para determinar sus derechos y regular sus relaciones particula-

res. Para que los contratos obliguen como la ley, es preciso que estén, según expresa el citado artículo, celebrados con arreglo á la ley, esto es, que reúnan todos los requisitos referentes, tanto á su esencia como á su forma, porque si falta alguno el contrato no existe, y no existiendo, no puede crear el vínculo que obliga al igual de la ley. Obligando los contratos al igual de la ley no pueden impugnarse, como tampoco puede impugnarse la ley con razones de equidad. Por ejemplo: ¿puede el juez rehusar la aplicación de la ley porque le parezca inicua? No puede, porque si tal facultad se le concediese se colocaría por cima del legislador; por la misma razón, tampoco puede el juez desconocer el vínculo ú obligación derivada de un contrato, bajo el pretexto de que no se le presente conforme á la equidad ó sea lesivo á los intereses de alguna de las partes.

Los contratos, según dispone el art. 1.123, no pueden ser revocados sino por el mutuo consentimiento ó por causas autorizadas por la ley. Es principio de razón común que todo lo que por efecto del consentimiento tiene existencia, puede por el mismo consentimiento dejar de existir. Los contratos, según hemos visto, son la ley que las partes se imponen por sí mismas: ahora bien; si el legislador puede revocar sus disposiciones, ¿por qué no podrían las partes revocar la ley que se ha dictado? Este principio es derogado alguna vez por el legislador, impidiendo á los contratantes alterar ó modificar los contratos celebrados; y de ello es un ejemplo el art. 1.385, que prohibe á las partes cambiar en manera alguna las estipulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio. La razón está en los intereses de terceros y en los de la familia, intereses que podrían verse comprometidos

en una modificación de las capitulaciones matrimoniales.

No sólo puede revocarse el contrato por el mutuo consentimiento, sino que la ley indica algunas causas de revocación. Por ejemplo, el art. 1.733, cuando se trata de sociedades cuya duración es ilimitada, autoriza á uno de los socios á disolver la sociedad aun contra la voluntad de los demás. He aquí un caso en que el contrato celebrado merced al concurso de varias voluntades, se disuelve por efecto de una sola. A su tiempo indicaremos el motivo de esta disposición; entretanto basta tener presente el principio de que la voluntad de uno solo de los contratantes puede revocar el contrato cuando se apoye en una causa de revocación admitida por la ley: si esta causa no se encuentra en la ley expresa, el contrato no puede revocarse sino por el mutuo consentimiento.

47. Los contratos, dispone el art. 1.124, deben ejecutarse de buena fe y obligan, no sólo á cuanto en ellos se expresa, sino á todas las consecuencias que se derivan de ellos, según el uso, la ley ó la equidad. Los jurisconsultos romanos, para regular los efectos de los contratos, distinguían los *stricti juris* de los llamados *bonae fidei;* á los primeros se aplicaban los principios más absolutos y rigurosos del derecho; mientras que respecto de los segundos se declinaba el rigor del derecho para hacer lugar á la equidad. El legislador patrio, al dictar el principio de que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, ha querido significar que ya no hay contratos *stricti juris,* sino que todos son *bonae fidei;* por lo que al valuar los efectos del contrato no se debe, según el espíritu del Código patrio, desviarse de las reglas de la equidad, presumiendo que cada uno de los contratantes ha querido

que la equidad sea la regla soberana de toda convención.

El criterio de equidad introducido por el legislador al apreciar los efectos del contrato, debe armonizarse con el principio de que el contrato es ley entre las partes, puesto que el legislador no puede haber querido al dictar el art. 1.124 contradecir lo establecido en el precedente art. 1.123. En efecto; en el párrafo precedente hemos observado que no puede recurrirse á la dicha equidad para hacer ineficaz el contrato, como no puede recurrirse á la misma equidad para no hacer aplicable una disposición legislativa; luego la equidad introducida por el art. 1.124 debe armonizarse con la equidad excluída por el artículo precedente: ahora ¿cómo podrá obtenerse esta armonía? En el art. 1.123 se habla de los efectos del contrato considerado como el acuerdo de dos ó más voluntades libres, mientras en el 1.124 el legislador se refiere á la ejecución del contrato y al modo de llevarla á cabo; por lo que para establecer cuál es el vínculo derivado de la contratación y cuál la eficacia jurídica del mismo, no debe atenderse á la equidad, sino á la ley del contrato; mientras que para determinar el modo de ejecutar el contrato en la práctica, es necesario proceder con un criterio informado en la equidad. Supongamos el siguiente ejemplo: yo te concedo, mediante un correlativo que construyas en determinados puntos de mi fundo, *a b* y *c*, un camino que te conduzca fácilmente á tu propiedad: ahora bien; mientras se trata de valuar la eficacia jurídica de esta convención, no puede acudirse á la equidad para negarle ó disminuirle eficacia como lesiva de una de las partes; pero supóngase que se ejecuta el contrato, y al proceder á la ejecución del camino en los puntos determinados en

el contrato, dicha construcción perjudica á uno de mis edificios vecinos haciendo temer su caída ú otro daño grave: ¿se deberá en este caso ejecutar el contrato del modo estipulado? He aquí el caso en que para resolver la cuestión es preciso acudir á la equidad. Según el derecho estricto, yo estoy obligado á dejarte construir el camino en los puntos indicados, cualesquiera que sean las consecuencias que puedan originarse en perjuicio mío; pero tal pretensión, por tu parte, sería contraria á la equidad si tú pudieses obtener el mismo fin construyendo el camino en otro punto; por esto es por lo que el contrato se debe en la hipótesis supuesta ejecutar, no en conformidad con el derecho estricto, sino con la equidad. Los contratos no sólo deben ser ejecutados de buena fe, sino que obligan también á todas las consecuencias que, según la equidad, el uso ó la ley, se derivan de ellos, aunque de ellas no se haya hecho mención en el contrato. Lo que quiere decir que los contratantes no tienen necesidad de indicar cuando contratan las consecuencias derivadas del contrato, presumiéndose sobre este punto que las consintieron implícitamente si no resulta lo contrario de la convención. Para determinar dichas consecuencias no se debe atender sólo á la ley, sino también á los usos y á la equidad, puesto que ésta ha sido introducida por el legislador para regular la ejecución del contrato. Algunas veces los usos pueden estar en oposición con la ley, porque tratando de regular las relaciones privadas las partes pueden derogar las disposiciones legislativas dictadas en sus intereses, haciendo así surgir obligaciones y derechos distintos de los establecidos en la ley misma; en tal caso, si las partes guardaron silencio, ¿se estará á la ley en vez del uso ó viceversa? La duda no puede resolverse *a*

priori porque la cuestión propuesta es de apreciación y de interpretación de la voluntad de las partes, por lo que es preciso examinar las circunstancias del contrato, los motivos que determinaron á las partes á celebrarlo y á todo lo que pueda arrojar luz para averiguar si los contratantes quisieron atenerse á la ley ó á los usos.

48. Cuando el objeto del contrato es la transmisión del derecho de propiedad ó de otro derecho, aquélla ó éste se transmite y se adquiere por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, y la cosa quedará de cuenta y riesgo del adquirente, aunque no se haya verificado la entrega (art. 1.125). Este principio es abiertamente contrario á la doctrina romana que exigía la tradición para la transmisión del derecho de propiedad; *Traditionibus et usucapionibus*, dice a. L. 20, Cod. *de pactis dominia rerum, non nudis pactis transferentur;* y en la L. 15, Cod. de *rei vindici.*, se lee: *Sane qui nondum rem emptori tradiderit adhunc ipse dominus est.* Para los jurisconsultos de Roma el contrato no daba lugar más que á una acción personal, y como el derecho real de propiedad es cosa muy distinta del derecho personal de crédito, se consideró que el contrato no era bastante para transferir el dominio, y se exigió que con la voluntad de enajenar coincidiese la entrega material de la cosa para que su propiedad pudiese ser adquirida por el adquirente. Pero la práctica enseñó á dichos jurisconsultos que convenía templar el rigor de los principios, y se sustituyó á la tradición real una tradición simbólica, por efecto de la cual la propiedad se consideraba transmitida al comprador aunque éste no hubiese adquirido aún la material y efectiva entrega de la cosa enajenada. Los legisladores modernos han terminado

por excluir del todo la necesidad de cualquier tradición para que la transferencia del dominio tenga lugar, y creemos que han hecho bien. En efecto; ¿qué valor jurídico puede tener la entrega material de la cosa? Si el derecho de propiedad dependiese ó derivase de la posesión, se comprendería que no pudiera haber transformación del derecho de dominio sin la simultánea de la posesión; pero desde el momento que se puede poseer sin ser propietario de la cosa, no se comprende por qué razón el derecho de propiedad debe considerarse como no transferido, mientras por efecto de la tradición el adquirente no haya conseguído la posesión de la cosa.

Es verdad que el principio moderno de que la propiedad se transmite por efecto sólo del consentimiento sufre limitaciones respecto de tercero, limitaciones que derivan de la institución del Registro y de la doctrina de que la posesión respecto de los inmuebles produce los efectos del título; pero estas limitaciones, introducidas en garantía de los intereses generales, no destruyen el principio establecido por el artículo en examen; porque si el derecho de propiedad transmitido al adquirente no puede, dadas ciertas condiciones, tener eficacia frente á los terceros, es aplicable siempre en las relaciones entre el vendedor y el comprador, por lo que este último está obligado á pagar el precio convenido, aun cuando la cosa perezca por caso fortuito antes de serle materialmente entregada.

Cuando el objeto del contrato es un inmueble ó un derecho real, la propiedad ó el derecho adquirido por efecto del contrato no es oponible al tercero que tenga adquirido posteriormente el mismo inmueble ó derecho, pero que con anterioridad al otro adquirente inscribió su título; y si se trata de muebles ó de títulos

al portador entre dos adquirentes sucesivos debe preferirse aquel que primero adquirió la posesión de buena fe (art. 1.126), en virtud del principio de que la posesión en orden á los muebles, por naturaleza y á los títulos al portador, produce los efectos del título para el tercero de buena fe.

Para que el contrato produzca el efecto de transmitir la propiedad es indispensable que la cosa esté determinada en su individualidad particular. Al hablar de los requisitos de los contratos, notamos que el objeto de los mismos puede ser determinado mediante la indicación sólo de la especie á que corresponde, y que por tanto era válido el contrato por el cual yo me obligase á prestarte diez caballos sin indicar cuáles; ahora, tal contrato, ¿no puede transferirte la propiedad de los diez caballos que luego te he de prestar? No es posible, en este caso, que el derecho de propiedad se transmita, no ya por el consentimiento que es el mismo y tiene siempre la misma eficacia tanto en este como en otros contratos, sino porque el derecho de propiedad no se concibe sin una cosa determinada que constituye su objeto y en la hipótesis falta esta determinación, por lo que es necesario que la determinación se haga merced á la entrega efectiva de diez caballos del vendedor al comprador, para que el derecho de propiedad se considere transmitido á este último. Igualmente, si alguien se obliga á prestar alternativamente una de dos cosas, la propiedad no se transmite sino cuando la prestación se efectúa, porque antes de la prestación no se sabe cuál de las dos cosas se prestará, y esta incertidumbre no es compatible con el derecho de propiedad, el cual debe recaer sobre cosa cierta y determinada.

¿Pueden las partes derogar el precepto legal que es-

tablece que la propiedad se transmite inmediatamente por efecto del consentimiento, y estipular que el derecho de dominio quede por cierto tiempo en el vendedor, de modo que el comprador no lo adquiera hasta más tarde y en el momento en que la cosa le sea entregada? No vacilamos en responder negativamente, porque el efecto de transferir inmediatamente la propiedad es indispensable á la naturaleza del contrato y las partes no pueden dar vida á un absurdo haciendo que contraten y no contraten á la vez. Si vendiendo un fundo yo pudiese conservar su dominio un solo día, esta venta sólo sería una palabra vana pero no un hecho real, porque conservando el dominio de la cosa puedo disponer de ella como propietario, y por consiguiente, puedo enajenarla á otra persona legalmente y con perfecto derecho, puesto que el dominio de propiedad puede ser transmitido por mí á otra persona. Ahora, este poder que me guía, ¿es compatible con la enajenación hecha por mí? Cierto que no; luego si se quiere vender eficazmente, no es posible conservar el dominio sobre la cosa vendida. No se confunda, por tanto, la posesión ó entrega de la cosa con el derecho de propiedad sobre la misma. El vendedor puede estipular, conservar por cierto tiempo la posesión de la cosa enajenada, pero el derecho de propiedad se transmite desde luego al adquirente, el cual podrá disponer de la cosa como propietario, respetando la posesión que el vendedor se reservó todo el tiempo estipulado en el contrato.

49. Se presumirá, dice el art. 1.127, que cada cual contrata para sí ó para sus herederos ó causahabientes, salvo pacto en contrario ó si no resulta otra cosa de la naturaleza del contrato. Los herederos difieren de los causahabientes en que los primeros son suceso

res á título universal y los segundos á título particular; trataremos, por tanto, separadamente de unos y otros.

Los herederos representan la persona del difunto, por lo que los derechos y obligaciones de éste se transmiten todos á éstos, y continuando la persona del *de cujus* en sus herederos, es lógico que contratando cada uno por sí, contrate también por los herederos, en los cuales se continúa su personalidad.

Este principio sufre excepción en dos casos: primero, si la excepción resulta de la naturaleza del contrato; segundo, cuando la excepción se pacta. La estipulación, por la cual una persona adquiere el derecho de usufructo, no se extiende á los herederos, puesto que el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario. Igualmente, el contrato de sociedad y de mandato, no se extiende á los herederos resolviéndose por la muerte de una de las partes; y el que se obliga á hacer una obra no obliga tampoco á sus herederos, porque el contrato termina á su muerte. En estos tres casos la naturaleza misma del contrato impide la aplicación del principio general.

La voluntad de las partes, ¿puede modificar de algún modo dicho principio? No hay duda de que puede impedir que los derechos y obligaciones pasen á los herederos, y hacer que los efectos del contrato cesen con la muerte de las partes; pero, ¿puede convenir que los derechos y obligaciones comiencen en la persona de sus herederos? ¿Puede, por ejemplo, estipularse un contrato de arrendamiento, de préstamo, etcétera, no para sí, sino para los herederos exclusivamente? Creemos que no; pues continuando el heredero, la persona del difunto, continúa sus derechos y obligaciones; pero si el *de cujus* no los contrajo, ¿cómo podrá continuarlos el heredero? Y no se diga, que pu-

diéndose contratar por un tercero y pudiendo prometerse el hecho de un tercero, puede el autor contratar por sus herederos; porque el heredero no puede nunca ser un tercero, desde el momento que es el continuador de la persona del difunto, por lo que es preciso adquirir el derecho para sí, si se quiere que pase al heredero.

¿Puede estipularse que el derecho ó la obligación recaiga sobre uno solo de los herederos? El art. 1.203 parece favorecer la respuesta afirmativa, previendo el caso en que uno solo de los herederos sea el encargado, en virtud del título, del cumplimiento de la obligación. Mas para entender el espíritu de una disposición legal, es preciso confrontarla con las demás. Ahora bien; sabemos que las disposiciones que tienen por objeto transferir los derechos ú obligaciones desde nuestra muerte son disposiciones de última voluntad, las cuales no pueden tener eficacia jurídica sino cuando se hace en las formas rigurosas establecidas por la ley, por lo que en forma de contrato no tienen ningún valor. Si no se quiere, pues, suponer que con el artículo citado ha querido el legislador destruir el principio fundamental, regulador de los actos de última voluntad, cuya observancia exige siempre, es necesario interpretarle de modo que no contradiga á este principio. Y no hay otro medio que suponer, que según el art. 1.205 se puede disponer en el título del contrato, respecto de los herederos, por lo que se refiere al modo de exigir una obligación, pero no para distribuir entre ellos derechos y obligaciones. Si un padre, por ejemplo, contrae un empréstito, declarando en el contrato que será pagado por su hijo Antonio, no pone á su cargo exclusivo la deuda, sino que le obliga á realizar el pago, quedándole el derecho

de repetir la cuota respectiva á los demás coherederos.

Esto sentado, se presenta fácil la respuesta. Si se dispone en el contrato que el crédito se exija por uno solo de los herederos, ó que la deuda se pague por uno solo de los mismos, no se trata más que de facilitar la ejecución del contrato y la disposición es válida; pero si se quiere determinar los derechos sucesorios de los herederos la disposición no puede tener validez alguna, porque como acto de última voluntad no puede hacerse por contrato.

50. Pasemos ahora á los causahabientes, para los cuales se presume que se contrató, según el art. 1.127. Causahabiente es el que sucede en una cosa determinada á título particular. Ahora bien; los derechos adquiridos ó las obligaciones contraídas, respecto de dicha cosa, ¿pasan al que las adquiere á título particular?

Hay derechos y cargos que aumentan ó disminuyen la cosa, respecto de la cual han sido contraídos de suerte que vienen á formar con ella un solo todo; mientras que hay otros derechos y obligaciones que se refieren á una determinada cosa, sin que ésta sufra detrimento alguno. Por ejemplo: imponéis sobre vuestro fundo una servidumbre ó la adquirís sobre el vecino, en este caso la servidumbre, si es activa, implica un beneficio inherente al fundo; si pasiva, una disminución; por el contrario, si yo te prometo que te dejaré pasear por mi bosque ó en mi jardín no impongo ninguna servidumbre al fundo, luego contraigo una obligación personal pero que no constituye limitación de mi fundo. Los derechos y obligaciones de la primera clase se transmiten al causahabiente por ser inherentes á la cosa; los segundos, no, por serlo á la persona. El que

constituye una hipoteca la estipula no sólo para sí, sino también para su causahabiente respecto al crédito, porque siendo un accesorio de éste sigue su misma suerte. También la deuda se transmite al causahabiente cuando constituye no una obligación personal, sino un gravamen sobre la cosa. Supongamos que yo adquiero una servidumbre á favor de un fundo mediante un canon anual que pagaré al dueño del fundo: ahora bien; el canon es una carga impuesta sobre el fundo dominante, é igualmente el canon que exige el propietario del fundo sirviente, más que un crédito personal de éste es un beneficio del fundo que compensa la limitación ó carga impuesta sobre el mismo. Por lo que si vendo mi fundo ó si se vende el sirviente, salvo estipulación en contrario, transmito á mi causahabiente la obligación de pagar el canon y el propietario del sirviente transmite su derecho correlativo. Supongamos ahora que al adquirir una servidumbre sobre fundo ajeno, yo me obligo á pagar una multa para el caso en que abusase de mi derecho ó me practicase la servidumbre del modo estipulado en el contrato; ¿transmito ya esta obligación al comprador del fundo á cuyo favor he adquirido el derecho de servidumbre? La negativa nos parece indudable, porque la suma que yo me obligo á pagar á consecuencia de un hecho personal mío, no puede considerarse como un agravio ó carga impuesta sobre el fundo, sino como simple obligación personal que no se transmite á un sucesor á título particular.

51. Los contratos, según el art. 1.120, no producen efecto más que entre las partes contratantes, no perjudican ni favorecen á tercero más que en los casos establecidos por la ley. Tercero es aquel que no ha prestado su consentimiento en la convención, y que

no habiendo sido representado por ninguno de los contratantes, es totalmente extraño al contrato; pero ¿por qué el contrato no debe perjudicar ni favorecer al tercero?

Cuando se habla de contrato que no perjudica ni favorece al que permanece extraño al contrato, se habla del vínculo jurídico que nace por efecto del contrato, y se afirma, por consiguiente, que dicho vínculo no puede en modo alguno referirse al tercero. En efecto; el vínculo nace del acuerdo de dos voluntades, y si el tercero no ha dado su consentimiento no puede haberse acordado con el de los contratantes; ¿cómo, pues, podría extenderse al mismo el vínculo jurídico creado por el concurso de otras voluntades.

Pongamos algunos ejemplos. Yo, que debo mil á Sempronio, convengo con Cayo en que asuma mi deuda, obligándose á pagar al acreedor; ¿podrá éste, en virtud de tal contrato, proceder contra Cayo para obtener el pago de su crédito? No, porque habiendo sido extraño al mismo no puede valerse de él; pero podrá en virtud del principio, según el cual el acreedor, para conseguir el pago de su crédito puede ejercer los derechos y acciones del deudor. Y en verdad, yo que soy deudor de Sempronio, tengo sin duda el derecho de proceder contra Cayo para que satisfaga la obligación contraída por él conmigo y que consiste en pagar mi deuda: ahora bien; mi acreedor, tomando de mí la acción que me corresponde contra Cayo, la ejercitará para obtener el pago de su crédito.

Un municipio había cedido á una congregación un local de que debía servirse para una institución de enseñanza con el pacto de que, suprimida la congregación cesionaria, el local debería volver al dominio del cedente; suprimida la congregación y vuelto el inmue-

ble al poder del municipio, el instituto demandó á éste para que se conservase el destino dado al local, esto es, el de escuela; pero su pretensión fué debidamente rechazada, fundándose en que el instituto, como tercero, no pudo haber adquirido ningún derecho en virtud del contrato (1).

El principio de que los contratos no perjudican ni favorecen á los terceros, sufre excepción, según el artículo 1.130, sólo en los casos establecidos por la ley; por ejemplo, en la comunidad de bienes, en la sociedad y las quiebras, etc., en las cuales las deliberaciones consiguientes obligan algunas veces á aquellos condueños, socios ó acreedores que no tomaron parte en ellas. Otro ejemplo encontramos en los artículos 1.128 y 1.129, de que nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

Si el vínculo jurídico derivado de la convención no se extiende, como ya hemos notado, al extraño á la misma, no conviene, sin embargo, olvidar que la convención, considerada como un hecho externo, existe por sí misma en el orden material de las cosas, por lo que puede ser invocada por aquel que, sin sacar provecho del vínculo, considérale como un puro hecho del cual quiere sacar consecuencias favorables. Si, por ejemplo, al contraer una determinada obligación violais una condición bajo la cual adquiristeis un derecho, el interesado puede invocar vuestra convención y fundar sobre ella su demanda.

52. Ninguno, dice el art. 1.127, puede estipular en su propio nombre sino para sí. ¿Cuál es el significado de esta expresión? Cuando se estipula se debe necesariamente ser la persona en cuyo nombre se contrata y que adquiere el derecho nacido del contrato; ahora

(1) Consult. Cas. Florencia 22 Dic. 1875.

bien, ¿quién puede ser esta persona? He aquí una pregunta á que responde el art. 1.128. Toda persona puede obrar en su nombre ó en nombre ajeno como en el mandato. El artículo citado, ¿debe entenderse en el sentido de que el mandatario no puede contratar en favor del mandatario? Sin duda que no, porque el mandatario no obra en su nombre, sino en nombre del mandante, y nuestro código admite el principio de que una persona puede ser representada por otra. Es que cuando se obra en nombre propio, representándose á sí mismo no se puede estipular más que para sí mismo, no para un tercero. Por ejemplo, convenimos tú y yo en que has de prestar mil liras á Sempronio ó que has de adquirir por mil la casa de Sempronio; en estos y parecidos casos, obrando yo en nombre mío, no estipulo para mí sino para un tercero, é incurro en la prohibición del artículo en examen. ¿Por qué en los casos mencionados, y en todos los demás en que uno estipula en su nombre para un tercero el contrato no tiene eficacia jurídica? Porque no puede haber contrato sin el concurso de dos voluntades. Cuando yo, obrando en mi nombre, estipulo un derecho á favor de un tercero, no trato de adquirir para mí el derecho, por lo que mi consentimiento no puede tener valor alguno tratándose de un derecho que no adquiero yo, sino el tercero, pero no habiendo éste intervenido en el contrato, no ha prestado su consentimiento, por lo que no puede haber concurso de voluntades. Por otra parte, si el derecho no es adquirido por el que estipula porque no estipula para sí sino para un tercero, y si el derecho tampoco es adquirido por aquel á cuyo favor se ha estipulado porque falta su consentimiento, es claro que no surge vínculo jurídico y no puede haber contrato de ninguna clase.

A este principio general establece el mismo artículo una excepción en el caso en que la estipulación á favor de un tercero constituya la condición de una estipulación hecha por una persona á su nombre ó de una donación que se hace á otro. Pongamos un ejemplo. Yo te vendo mi fundo por mil, ó bien, te dono mi fundo que vale mil, imponiéndote la obligación de pagar cien á Sempronio. Al imponerte tal obligación, yo estipulo un derecho de ciento á favor de un extraño á la convención ó donación, y, sin embargo, tal estipulación es válida; ¿por qué? La razón es clara. El derecho de ciento que yo estipulo á favor del tercero, representa en el caso de venta parte del precio que se me debe, y en el caso de donación, el gravamen impuesto al donatario. Ahora bien; el vendedor tiene derecho é interés en que el adquirente satisfaga íntegramente su obligación de pagar el precio convenido, y el donante tiene derecho é interés en que el donatario satisfaga el gravamen impuesto, y precisamente en virtud de este interés la obligación se reputa válida. En los demás casos en que en nombre propio se estipula á favor de un tercero sin estipular nada para sí el estipulante, no tiene ningún interés en ver satisfecha la obligación, y por esto la ley no le concede eficacia ninguna.

53. La estipulación á favor del tercero, en el caso excepcional en que es válida, no puede ser revocada, según dispone el art. 1.128, si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella. Por tanto, el tercero á cuyo favor se ha hecho la estipulación, no adquiere ningún derecho con anterioridad á su aceptación; porque si lo adquiriese, no podría ser revocada la estipulación por quien la hizo. Pero, ¿de qué modo podrá hacerse la aceptación el tercero? Cuando la ley calla,

hay que aplicar los principios generales de derecho, y como según éstos, el consentimiento puede manifestarse tanto directa ó expresa, como tácitamente, la aceptación podrá ser expresa ó tácita; es decir, que podrá deducirse tanto de la declaración encaminada á manifestar la voluntad de aceptar, como de hechos que revelen de un modo cierto la intención de aceptar. Cualquiera que sea su forma, la aceptación debe ser conocida, porque, de lo contrario, no puede haber concurso de dos voluntades, y no habiéndole, el vínculo jurídico no puede surgir. Pero, ¿á quién ha de ser notificada? Antes de responder á esta pregunta, conviene ver contra cuál de los dos contratantes adquiere el tercero su derecho, si contra el estipulante ó contra el promitente. Este último no es en modo alguno deudor del tercero, sino de aquel contra quien contrató ó del condonante que impuso la carga; luego el tercero no adquiere directamente, esto es, por efecto de la estipulación aceptada por él, ningún derecho contra el promitente, no siendo éste su deudor. Si lo es el estipulante en cuanto ó quiere hacer un acto de liberalidad hacia el tercero ó quiere satisfacer una obligación contraída por él cuando estipula el derecho á su favor; por lo que el tercero adquiere acción contra el que ha estipulado por él, puesto que mediante tal estipulación se ha declarado su deudor. Pero indirectamente puede el tercero proceder también contra el promitente, puesto que estando directamente obligado con el estipulante, puede el tercero utilizar la acción en virtud del principio que autoriza al acreedor á ejercer los derechos y acciones correspondientes á su deudor.

Esto sentado, se comprende fácilmente que la aceptación del tercero debe ser notificada al estipulante para que la estipulación hecha en su favor pueda dar

nacimiento al vínculo jurídico. Pero, por virtud de esta aceptación, ¿queda imposibilitado el promitente de pagar directamente al estipulante? Nótese que si el promitente contrae una obligación, la contrae con el estipulante, del cual es deudor, y no del tercero; luego por efecto de la aceptación no puede el tercero adquirir directamente ningún derecho contra el promitente que está obligado con él. Por otra parte, adquiere el derecho de proceder contra el promitente desde el momento que ejercita el derecho correspondiente al estipulante, que es su deudor; por lo que desde este momento el promitente no puede pagar válidamente al estipulante. Por esto, si el tercero quiere asegurar el derecho de proceder eficazmente contra el promitente, en cuanto es deudor de su deudor, debe notificarle la aceptación, manifestando con ella la intención de ejercitar los derechos correspondientes á su deudor. Supongamos que antes de la aceptación muere el tercero ó quien por éste ha estipulado: ¿pueden en tal caso aceptar los herederos del tercero, ó puede el mismo tercero aceptar contra los herederos del estipulante? Vuelven á ser aplicables aquí los mismos principios ya expuestos en materia de oferta aún no aceptada cuando sobreviene la muerte del oferente ó de aquel á quien se hace la oferta, porque la estipulación que se hace á beneficio de un tercero no constituye sino una oferta, la cual, para poner en vigor el vínculo jurídico, tiene que ser aceptada; y la aceptación no puede tener lugar por parte de persona distinta de aquel á quien se hace la oferta, ni puede hacerse á persona distinta del oferente. De aquí que, muerto el tercero ó muerto el estipulante, la estipulación en favor del tercero queda sin efecto, no pudiendo ser aceptada por nadie.

54. No aceptada la estipulación á favor de tercero, ó una vez revocada, ¿á quién aprovecha la no aceptación ó revocación? Para responder á esta pregunta es preciso ver si la estipulación á favor del tercero implica una limitación del derecho adquirido por el estipulante ó una limitación del derecho del promitente; en el primer caso, el provecho es del estipulante; en el segundo, del promitente, puesto que desaparecida la limitación, el derecho queda íntegro á favor de quien lo adquirió. Si yo al venderte mi fundo por mil te impuse la obligación de pagar ciento del precio á Sempronio, la estipulación hecha por mí á favor de éste constituye una limitación de mi derecho sobre el precio; por lo que si revoco la estipulación, ó el tercero no acepta, el provecho es mío y el comprador debe entregarme todo el precio. Por el contrario, si yo te dono mil, obligándote á pagar ciento á Sempronio, la estipulación limita en este caso el derecho adquirido por el donatario sobre la suma donada, por lo que la no aceptación ó la revocación no puede beneficiar sino á este último. Nótese que por efecto de la revocación ó de la no aceptación, no puede hacerse peor la condición de aquel á cuyo cargo está puesta la estipulación á favor del tercero, puesto que los derechos y obligaciones, una vez establecidos por efecto de la convención, no pueden ser modificados sin el consentimiento de todos los contratantes. Supóngase, para aclarar el concepto, que al venderte un fundo mío te impongo la obligación de pagar ciento anualmente á Sempronio durante su vida: ahora bien; si esta estipulación á favor de Sempronio no es aceptada ó es revocada, tanto mi derecho sobre el precio, como la obligación del comprador respecto del mismo, deben permanecer inalterables, y, por consiguiente, el ad-

quirente me pagará á mí la renta anual, pero sólo mientras viva Sempronio, y si yo muero antes que éste, la renta será pagada á mis herederos por toda la vida de Sempronio.

55. Las convenciones, si no benefician á tercero, no pueden tampoco perjudicarle obligándole de algún modo; de aquí que cada uno pueda prometer un hecho propio, pero no el de un tercero. Sin embargo, el artículo 1.129 permite que una persona se obligue prometiendo el hecho de otra; pero dispone que dicha promesa dará solamente derecho á ser indemnizado al obligado ó al que ha prometido la ratificación del tercero, si éste rehusa cumplir la obligación. Prometiendo, pues, el hecho del tercero, podemos quedar obligados, no en cuanto se pueda obligar á un tercero á ejecutar un hecho prometido por otro, sino en cuanto nos comprometemos á pagar una indemnización si el tercero no se presta á ejecutar el hecho. Entiéndese que la promesa del hecho ajeno no tiene ningún valor jurídico si el que la tiene no contrae ninguna obligación. Si yo, por ejemplo, te prometo que Ticio te construirá una casa, declinando toda responsabilidad por dicha promesa, la convención no es válida porque, faltando la persona obligada, no puede nadie adquirir ningún derecho, por lo que no ha nacido ningún vínculo jurídico. Pero la intención del promitente del hecho ajeno de obligarse, ¿resulta implícitamente de la promesa ó es necesario que se exprese? Para exigir una declaración expresa de este género habría que apoyarse en un texto análogo de la ley que no encontramos en el código; por lo que son aplicables los principios generales, según los cuales, se supone la intención de obligarse cuando se contrata, pues no puede presumirse que las convenciones sirvan de pasatiempo ni

de broma. Creemos, por tanto, que es necesaria una declaración de no obligar para suponer que el promitente no quiso contraer ninguna obligación personal.

El tercero puede ratificar la promesa hecha por otro, y en este caso contrae una obligación con aquel á quien ha hecho la promesa. No es necesario para dar nacimiento á esta obligación que la ratificación sea aceptada por la persona á quien se promete el hecho, porque al aceptar la promesa aceptó implícitamente la ratificación; por lo que basta que sea conocida de ésta para que el concurso de los dos consentimientos tenga lugar y nazca el vínculo de derecho.

La ratificación del tercero, ¿exime al promitente de su obligación? No, porque el artículo citado dispone que el promitente estará obligado á indemnizar cuando el tercero rehuse cumplir la obligación. Es evidente, según esto, que sólo queda libre el promitente cuando el tercero realiza el hecho, no ya cuando ratifica la promesa. De aquí que hecha la ratificación por el tercero, el estipulante tiene obligados al promitente y al tercero; y puede proceder contra ambos para exigirles indemnización si el hecho prometido no se cumple.

CAPITULO IV

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

SUMARIO: 56. En los contratos debe atenderse más á la voluntad de las partes que al sentido literal de las palabras.—Aun cuando estas sean claras, ha lugar á interpretar la voluntad de las partes.—No debe confundirse la interpretación con la definición del contrato.—57. Reglas dictadas por el legislador para interpretar la voluntad de los contratantes.—Si son absolutas de modo que su violación dé lugar al recurso de casación.—58. Primera regla de interpretación.—Art. 1.132.—59. Regla segunda.—Art. 1.133.—60. Regla tercera.—Art. 1.134.—61. Regla cuarta.—Artículo 1.135.—62. Regla quinta.—Art. 1.136.—63. Regla sexta.—Art. 1.137.—64. Regla séptima.—Art. 1.138.—65. Regla octava.—Art. 1.139.

56. Interpretar un contrato no quiere decir otra cosa que interpretar la intención de los contratantes; la interpretación de dicha voluntad es de mucha importancia, porque siendo los contratos ley ésta no puede aplicarse rectamente cuando no es conocida la intención del legislador. Dispone el art. 1.131 que en los contratos se debe indagar cuál fué la común intención de las partes contratantes, y no atenerse exclusivamente al tenor literal de las palabras. Las palabras no son más que medios de que nos servimos para expresar nuestros pensamientos y deseos; por consiguiente, si la voluntad ajena se nos manifiesta por medio de las palabras es preciso atenerse á las mismas para conocer una voluntad que de otro modo nos sería descono-

cida. Pero sucede algunas veces que los contratantes emplean palabras en un significado distinto del que comúnmente se les da, y si en estos casos nos atenemos estrictamente al significado literal, entenderemos al revés la intención de los contratantes y á lo que ellos quisieron expresar sustituímos lo que el intérprete quiere; para evitar lo cual, el legislador declara que al interpretar los contratos no conviene sacrificar la intención de los contratantes á las palabras empleadas por éstos, sino que es preciso sacrificar éstas en honor de aquélla.

Sentado así el principio general regulador de la interpretación de los contratos, es consecuencia legítima que por claras que resulten las expresiones de un contrato puede siempre haber lugar á la interpretación. A primera vista puede parecer esto paradójico, pero obsérvese que al hablar de claridad no nos referimos á la voluntad de las partes, sino á las palabras usadas y éstas pueden ser claras, atendido su significado natural, sin que revelen la intención verdadera de las partes. Yo digo, por ejemplo, que te vendo el fundo tusculano cuya adquisición aceptas tú por mí; la expresión en este caso es clarísima, pero su claridad no impide que se indague cuál fué la voluntad de las partes, puesto que si en vez de querer referirse al fundo tusculano se quisieron referir al tiburtino, estamos en el caso de atender más á la intención de las partes que á las palabras.

«La doctrina, dice la Apel. de Génova (1) *cum in verbis nulla est ambiguitas non debet admitti voluntatis quaestio*, es aplicable si se trata de la interpretación de una disposición testamentaria, y á este fin fué dic-

(1) Decis. 3 Diciembre 1877.

tada por Paulo en la Leg. 25 Dig. *de leg.* III; y en verdad, siendo el testamento la expresión libre y espontánea de la voluntad de un solo individuo, cuando esta voluntad se expresa en términos claros y precisos, no debe serle permitido al juez, bajo pretexto de averiguar el secreto pensamiento del testador y con el loable pensamiento de dar vida á una liberalidad nula, recurrir á ninguna regla de interpretación á menos que no se pruebe que el testador cayó en un error involuntario excusable y notable, excepción que expresa Marcello con las palabras, *cum manifestum sit aliud sensisse testatorum*. Pero la reserva de esta máxima es aconsejada inoportunamente en los contratos que se fundan en el consentimiento *duorum vel plurimum in idem placitum*, en los cuales el consentimiento es siempre determinado por una causa expresa ó tácita. Siempre que nace duda sobre el verdadero alcance de una convención, por claras que sean sus palabras es forzoso averiguar el verdadero significado que las partes quisieron dar á las palabras por ellos usadas para que nadie sea víctima de una fórmula más ó menos inexacta de contrato, acaso fraudulentamente, puesta por una de las partes é inconscientemente aceptada por la otra. De aquí que se encuentren máximas opuestas á las de los testamentos en el Digesto *de nupt.*, en que se dice *Potius quod actum quam id quod dictum sit, sequendum est* y en la Ley 219, Digesto *de verb. signif.*, concebida así: *In conventionibus contratantium voluntatem potius quam verba spectari placuit*, de que ofrece una fiel traducción el art. 1.131 de nuestro Código» (1).

Por otra parte, la intención de las partes debe re-

(1) Apel. Bolonia, 14 Julio 1876 y 26 Abril 1884.

sultar del acuerdo de su libre voluntad, y por consiguiente, de lo que han dicho y hecho; pero no de lo que ha dicho y hecho uno solo. La medida de los derechos, observa la Casación de Turín, y de las obligaciones de las partes en materia contractual, debe buscarse en el acuerdo que creó el vínculo jurídico y no en declaraciones posteriores y aisladas de una sola de las partes» (1).

No hay que confundir la interpretación con la definición del contrato. Para interpretarle, el juez debe atender á la intención de las partes; para definirle, á la ley. Por lo que si á las partes les place dar otro nombre jurídico al contrato, el juez debe definirle según la ley y aplicarle sus reglas y no las propias de la definición dada por los contratantes (2).

57. Sentado este principio de que en los contratos debe atenderse más á las intenciones de las partes que al sentido literal de las palabras de que se sirvieron, el legislador dicta algunas reglas para averiguar la voluntad de aquéllas cuando no está clara; pero antes de hablar de ellas es conveniente estudiar su índole.

El art. 1.131 es, indudablemente, preceptivo, pues impone al juez la obligación de atenerse más á la voluntad de los contratantes que al texto literal del contrato. Si el juez, por tanto, para no sacrificar el significado natural de las palabras, se negase á indagar la intención de los contratantes, y decidiese que no puede ser otra que la expresada por el texto, violaría la ley y su fallo sería apelable. Pero ¿puede decirse otro tanto de las otras reglas del artículo siguiente, que no son más que otras tantas aplicaciones del principio contenido en el art. 1.131?

(1) Decis. Febrero 1878.
(2) Cas. Roma, 16 Dic. 1879.

No; y he aquí por qué. El legislador, al dictar estas reglas, no persigue otro fin que el de que prevalezca la voluntad de los contratantes sobre sus palabras. Por tanto, el exacto conocimiento de su intención es, pues, el objeto del legislador. Para ello propone criterios generales acreditados por la razón y la experiencia. Pero si en cada caso especial el medio no aparece idóneo para el fin deseado, ¿se dirá que el legislador quiso sacrificar el fin al medio ó éste á aquél? He aquí el punto de vista del cual debe partir el intérprete. ¿Es presumible que el legislador, que quiere á toda costa averiguar la voluntad de los contratantes, obligue al juez á prescindir de esta voluntad para atenerse al criterio fijado por aquél, aun cuando en el caso concreto conduzca á una mala interpretación? Si así fuese, destruiría el principio fundamental de razón, formulado en el art. 1.131; luego las reglas contenidas en el 1.132 y siguientes no son absolutas (1). De aquí que, al interpretar una convención, no sea admisible el recurso de casación por quebrantamiento de dichas reglas, puesto que se deja al prudente arbitrio del juez su aplicación. Siendo así las cosas, el legislador debería haber abandonado dichos criterios á la escuela y á la doctrina, en vez de hacer de ellos disposiciones especiales del Código.

58. Examinemos ahora estas reglas, la primera de las cuales está contenida en el art. 1.132, concebido así: «Cuando una cláusula admite dos sentidos, se debe entender en aquel que la dé algún efecto mejor que en el que no la dé sentido alguno. Se presume que los contratos se celebran con algún objeto y que las partes no han querido bromearse ó perder el tiempo.

(1) Cas. Roma, 28 Abril 1880.

El criterio suministrado por el artículo citado es lógica consecuencia de dicha presunción; porque interpretándose la cláusula ambigua en dicho sentido, se mantiene el contrato en vez de invalidarle. Yo te vendo mi fundo por mil, pactando que la venta producirá su efecto dentro de cinco años; de modo que durante este plazo yo he de poder gozar del fundo enajenado. Esta cláusula puede entenderse de dos modos. Según un criterio, puede creerse que yo he querido conservar el dominio del fundo enajenado, de suerte que el comprador no adquiera su propiedad sino al vencer el quinquenio; según el otro, puede suponerse que yo transmito inmediatamente al comprador el dominio del fundo, con reserva del usufructo por cinco años. Si se atribuye á la cláusula el primer sentido, no hay contrato, porque es inconcebible una venta en que el derecho sobre la cosa no pase inmediatamente al comprador, pues se verificaría el absurdo de que yo sería propietario en virtud de la reserva de un dominio que había transferido; por consiguiente, si se quiere mantener el contrato es preciso interpretar la cláusula en el sentido que la pueda dar algún efecto.»

59. Otra regla es que las palabras que puedan tener dos sentidos deben ser entendidas en el más adecuado á la materia del contrato (art. 1.133). El caso previsto por este artículo es distinto del anterior. El art. 1.132 prevé la hipótesis de que la cláusula tenga doble sentido, uno compatible y otro incompatible con la seriedad del contrato, disponiendo que debe estarse al primero. En cambio, el 1.133 prevé la hipótesis de que ambos sentidos sean compatibles con la validez del contrato, y dispone que se esté al más adecuado. He aquí un ejemplo. Yo alquilo mi casa por treinta

años en mil liras. Aquí hay anfibología, porque no se especifica si las liras son por años ó por todo el tiempo; pero en cualquiera de estos dos casos hay contrato; ¿cómo decidiremos? La regla es adoptar el sentido más adecuado, y como el contrato de alquiler se hace por años, se debe entender que la cantidad fijada corresponde á cada año, no á todo el tiempo. Pero supongamos que atendiendo al precio por que suelen alquilarse las casas en el lugar, las mil liras representan el precio de treinta años; en tal caso, si no hay otro motivo especial, en vista del cual las partes aumentaron el precio del alquiler, se presumirá que el precio es por los treinta años. Porque la regla no tiene un valor absoluto, sino que vale solo para conocer la voluntad de las partes; y si nos alejamos de ésta, el juez, no pudiendo perder de vista el objeto de sus investigaciones, no puede sacrificar el fin al medio indicado para alcanzarlo.

60. La cláusula ambigua (1.134) se interpretará según la costumbre del país en que se celebró el contrato. También aquí nos encontramos ante una cláusula de doble sentido y se nos da una regla para resolver la duda; esta regla, ¿debe ser aplicada con preferencia á la anterior? En otros términos: dada una cláusula ambigua, ¿deberá preferirse la interpretación más adecuada al espíritu del contrato ó la correspondiente al uso? Repetimos que estas reglas no son absolutas; por lo que no es posible contestar *a priori*, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Si el contrato se celebra en un lugar y se ha de ejecutar en otro, ¿se atenderá al uso del país en que se celebró ó donde haya de ejecutarse? No siendo absoluta la regla debemos responder del mismo modo que á la pregunta anterior, pero es necesario, á nuestro

entender, tener en cuenta todas las circunstancias del caso para ver si las partes quisieron sujetarse al uso de un país ó del otro (1).

61. En los contratos deberán tenerse por puestas las cláusulas de uso corriente, aunque no se expresen (art. 1.135). Este artículo no hace sino repetir lo que ha establecido en el anterior 1.134 de que los contratos obligan, no sólo en cuanto en los mismos se expresa, sino también en todas las consecuencias que, según la equidad, el uso ó la ley se derivan de ellos.

Pero no conviene abusar de esta regla para introducir en los contratos cláusulas que no responden á la intención de los contratantes. Citemos un ejemplo de la jurisprudencia práctica: un arrendador de consumos de un municipio pretendía del anterior el reembolso de la cantidad obtenida por los géneros no vendidos en el momento de celebrar el contrato, fundándose en que esta cláusula se sobreentiende en dichos contratos. No puede sostenerse dijo la Casación de Roma (2), dicha cláusula, por el motivo especioso de que la venta fuese posterior al contrato, pues tal obligación no correspondería al Estado ni hubiese vendido los géneros por su cuenta y al nuevo arrendatario no se le puede transmitir un derecho que no tiene el Estado. Si dicha cláusula se hubiese puesto, podría haber creado un vínculo de derecho entre los dos arrendatarios, pero no existiendo no puede nacer dicho vínculo. Y se aduce con error que dicha cláusula iba implícita en el primer contrato de arrendamiento. No es lícito al juez suponer en los contratos condiciones tácitas y es preciso no ol-

(1) La Cas. de Florencia cree que debe entenderse al uso del lugar en que se contrató. Decis. 12 Abril 1880.

(2) Decis. 28 Junio 1878.

vidar la célebre observación de Cuiacio, libro XV, capítulo XVIII: *non passim licere nobis interpretationibus nostris tacitus conditiones inducere* á menos que no resulten *ex re ipsa aut evidentissima contrahentium voluntate;* de otro modo *multa hominum negotia multaque jura subverterentur.*

62. Las cláusulas de los contratos se interpretarán, las unas, por medio de las otras, dando á cada una el sentido que resulte de la integridad del documento (art. 1.136). Siendo el contrato ley de las partes, debe ser interpretado con las mismas reglas que una disposición legal; y como ésta no debe tomarse aisladamente, sino en armonía con otras con las cuales puede estar en relación; de aquí que cada cláusula de un contrato debe interpretarse en relación con las demás.

63. En caso de duda, dice el art. 1.137, el contrato se interpretará contra el que lo ha estipulado y en favor del que contrajo la obligación. Esta regla se funda en un principio racional. En efecto; el que pretende de otro que cumpla una obligación debe probarla; si esta prueba es dudosa no debe admitirse la demanda. Ahora bien; el artículo en examen rinde homenaje á dicho principio; porque si hay duda no existe la prueba de la que se pide del obligado y no puede empeorarse la condición del deudor.

La duda de que habla este artículo no es tanto la que se origina del texto del contrato, como la que no puede resolverse con la aplicación de las reglas establecidas por el legislador ó de criterios que en el caso especial aparecen adecuados al descubrimiento de la verdad; porque si hay medio de conocer la verdad, la duda desaparece y no es aplicable el artículo en examen. «Cuando no basta, dice la Casación de Floren-

cia (1), ningún otro criterio de interpretación, se aplicará el art. 1.137, y en este caso la ley viene, más que á interpretar la intención de las partes, á decidir la duda contra el estipulante como en castigo de no haberse expresado con claridad, *in cujus fuit potestate legem apertibus conscribere*. Esta regla es subsidiaria y casi un expediente extremo cuando no hay modo de conocer la voluntad verosímil, y así fué entendida por los intérpretes de la Leg. 29 Dig. *De pactis*, que es el origen del art. 1.137.»

64. Aun cuando las expresiones de un contrato sean generales, éstas no comprenderán más que las cosas sobre que aparezca que las partes quisieron contratar (art. 1.138). Aquí se repite lo declarado en el 1.131, de que en los contratos es preciso atender á la intención de las partes más que á sus palabras. Si se dice más ó menos de lo que se quiso decir, no puede prevalecer la letra sobre el espíritu.

65. Cuando en un contrato se haya expresado un caso, á fin de explicar nuevamente un pacto, no se presumirá que se han querido excluir los casos no expresados, á los cuales racionalmente puede extenderse el mismo pacto (art. 1.139). Muchas veces el legislador, para explicar su concepto, tiene que recurrir á casos especiales: pues bien; ¿se entenderá su disposición aplicable solamente al caso enunciado? No; siempre que resulte que los casos ó ejemplos se han mencionado, no taxativamente, sino *demonstrationis* causa.

El mismo principio debe seguirse en la interpretación de los contratos, por lo que si resulta que el caso fué enunciado por las partes para aclarar su voluntad, no se entenderán excluídos los casos análogos á los cuales puede extenderse racionalmente el contrato.

(1) Decis. 1.° Febrero 1877.

PARTE SEGUNDA

De los cuasi-contratos.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

SUMARIO: 66. Diferencia entre el contrato y el cuasi-contrato. —67. El cuasi-contrato resulta de un hecho voluntario y lícito.—Por qué debe ser el hecho voluntario y lícito.—Dos clases de cuasi-contratos reconocidos en el derecho patrio.

66. El art. 1.140 define el cuasi-contrato como un hecho voluntario y lícito del cual resulta una obligación recíproca entre las partes. Esta definición marca ante todo la diferencia entre el contrato y el cuasi-contrato, porque mientras aquél consiste en el acuerdo de dos voluntades *in idem placitum*, éste, en cambio, excluye dicho acuerdo y nace de un hecho unilateral. El consentimiento puede ser expreso y tácito; pero ya se manifieste de uno ú otro modo, siempre habrá un contrato, no un cuasi-contrato. Yo te doy, por ejemplo, el encargo de que realices un negocio mío por mi cuenta; te creo libre de aceptar ó rechazar, sin embargo, si no declaras expresamente que aceptas el encargo y te prestas de hecho á desempeñarlo; ¿diremos que existe un cuasi contrato? No, porque hay consentimiento tácito. Por el contrario, habrá cuasi-contrato

si tú, sin que yo te dé encargo alguno, realizases por tu iniciativa un negocio por cuenta mía, porque en este caso hay un hecho por parte tuya y no acuerdo de voluntades, ni expreso, ni tácito.

67. El hecho de que nace el cuasi-contrato debe ser con arreglo al art. 1.140, voluntario y lícito; comencemos por ver por qué exige el legislador un hecho voluntario. Hecho voluntario es el que se realiza consciente y deliberadamente, esto es, con conocimiento de lo que se hace; si el hecho es involuntario ó casual pueden derivarse de él algunas relaciones jurídicas; pero en tal caso, no hay cuasi-contrato, sino otra forma jurídica distinta. ¿Es racional la condición impuesta por el legislador á la existencia del cuasi-contrato, á saber: qué resulte de un hecho voluntario? Creemos que sí, y he aquí por qué. El cuasi contrato, como lo indica su nombre, si es una forma distinta del contrato, tiene con éste ciertos puntos de contacto ó de semejanza, de lo contrario no habría razón para llamarle cuasi-contrato. Ahora bien; ¿en qué consiste dicha semejanza? En el contrato hay dos consentimientos verdaderos y reales que se encuentran sobre un mismo objeto; en el cuasi-contrato hay también dos consentimientos, pero uno de ellos es real y el otro presunto ó supuesto por el legislador. Supongamos que yo, sin que tú me hayas dado el encargo, realizo un asunto ó negocio por tu cuenta. Ahora bien; si yo administro bien lo que te pertenece doy vida á un cuasi-contrato; ¿por qué? Porque por mi parte, habiéndome encargado de desempeñar el asunto cónscia y libremente, hay verdadero consentimiento, mientras que por la tuya, encontrando útil lo hecho por mí, hay consentimiento presunto ó supuesto por el legislador. Si quitamos, por mi parte, el elemento de la voluntariedad, falta mi

consentimiento; faltando éste falta la forma jurídica del cuasi-contrato.

El hecho, además, debe ser lícito; es decir, que no ofenda á la ley ni á la moral: porque si es ilícito, constituye un delito ó cuasi-delito, que es forma jurídica distinta de la del cuasi-contrato. Trataremos de todo lo referente á la obligación derivada del hecho voluntario y lícito al hablar de las especies de cuasi-contratos.

Nuestro Código admite dos clases de ellos: la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido. Estudiaremos ambos separadamente.

CAPITULO II

DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS

SUMARIO: 68. Concepto de la gestión.—Su diferencia con el mandato.—69. La gestión es cosa distinta del hecho del que promete la ratificación de la persona por cuenta de la cual contrata.—70. La gestión debe ser un hecho voluntario.—*Quid* si gestionamos asuntos propios creyendo gestionar los ajenos ó viceversa.—71. Si por el hecho de la gestión puede quedar obligado el incapaz.—Acción *de in rem verso*.—72. Qué obligaciones contrae el gestor.—73. Cuándo se supone que el gestor administró bien.—74. Obligación del mismo con el gerente.—Obligación del mismo con los terceros.—75. Si hay gestión cuando el interesado se opuso á que el extraño se inmiscuyese en sus asuntos.

68. Dispone el art. 1.141 que el que voluntariamente se encarga de un negocio ajeno contrae la obligación de continuar la gestión comenzada y de llevarla á término hasta que el interesado esté en condiciones de hacerlo por sí mismo, y deberá además sujetarse á todas las consecuencias del negocio y á todas las obligaciones que resulten de un mandato confiado por el interesado.

La forma jurídica de la gestión de negocios ajenos difiere de la del mandato y de la que nace cuando quien contrata promete la ratificación de aquel por cuenta del cual contrata. Observemos estas diferencias.

Ante todo, el mandato es un verdadero contrato:

mientras, la gestión de negocios ajenos es un cuasi-contrato; por lo que el mandatario obra en virtud de las facultades que le confía el mandante, y representa, por tanto, la persona de éste, mientras que el gestor obra por iniciativa propia, sin que se le hayan conferido facultades, y no representa más que á sí mismo. Además, en la gestión, el interesado, ó sea aquel por cuya cuenta se hace el negocio, queda obligado en el caso en que el gestor haya administrado bien; mientras que en el mandato, como observa muy bien la Casación de Florencia (1), el mandante queda ó no queda obligado, no según la utilidad ó el daño de lo que el mandatario hace en su nombre, sino según el mandatario se mantiene ó no dentro de los límites del mandato.

El mandato, aunque sea tácito, conserva siempre su índole de verdadero y propio contrato, y no puede nunca transformarse en la gestión, que es cuasi-contrato. Pero puede preguntarse: ¿con qué criterio resolveremos en la práctica si hay mandato tácito ó gestión? El mandato, respondemos, supone el consentimiento del mandante; luego cuando éste consiente en cualquier forma que otro realice un negocio por su cuenta, hay mandato y no gestión. Este consentimiento, ¿puede resultar del conocimiento del interesado de que un tercero va á realizar un negocio por su cuenta? Si el interesado pudiese impedir que el extraño se mezclase en sus asuntos, y, sin embargo, no lo hiciere, es claro que tal abstención implica un consentimiento tácito, por lo que tendremos un mandato y no una gestión. Supongamos que el interesado, desconocedor primeramente de que otro se ha mezclado en la

(1) Decis. 16 Nov. 1871.

administración de sus asuntos, adquiere, después este conocimiento, sin impedir, pudiendo hacerlo, que el extraño continúe administrando el negocio: ¿tendredremos aquí mandato, ó gestión? Para suponer que hay gestión podría observarse que se debe atender al momento en que el acto comienza á efectuarse para determinar su naturaleza, y que, por tanto, debiendo calificarse el acto de gestión desde su nacimiento, no puede más tarde dar vida á una forma jurídica nueva, cual es la del mandato. Pero replicamos que si este razonamiento es exacto cuando se trata de un solo acto realizado por el extraño, no tiene, á nuestro parecer, ningún valor, cuando la gestión consta de varios actos jurídicos sucesivos, porque en este caso, cada acto puede tener valor independientemente de los demás, y no hay ningún inconveniente en suponer que dos ventas, por ejemplo, hechas sucesivamente por mí de cosas tuyas, la primera pueda ser considerada como gestión y la otra se derive de mandato, por haber tú tenido conocimiento de mi gestión después de la primera venta y antes de la segunda, sin impedirte realizarla pudiendo hacerlo.

69. La gestión difiere, además, de la obligación contraida por una persona prometiendo la ratificación de aquel por cuya cuenta se realiza el negocio; porque en este caso la obligación contraida por el extraño consiste sólo en consignar la ratificación del interesado, y á falta de ella, de indemnizar los daños, mientras que el gestor no promete ratificación alguna y el objeto de su obligación con el que contrata está constituido por el objeto mismo del contrato. Las consecuencias en un caso son, pues, muy distintas que en el otro. Si yo, por ejemplo, te vendo el fundo de Sempronio, prometiéndote que dentro de un mes Sempro-

nio ratificará la venta, el contrato produce efecto desde que el propietario de la cosa enajenada lo ratifica; por lo que desde entonces y no antes adquiere el comprador su dominio. Pero sigo asumiendo la gestión de Sempronio, te vendo cosas de éste, y con tal venta proporciono una utilidad al mismo Sempronio; la venta es perfecta desde el momento en que tú y yo consentimos (1).

70. La gestión de un negocio ajeno debe ser un hecho voluntario por parte del extraño, para que de tal gestión pueda derivarse el cuasi-contrato. Al hablar anteriormente de la índole del cuasi-contrato, indicamos en lo que debe consistir la voluntariedad del hecho que da lugar al mismo, y este significado es el que debemos atribuir á la voluntariedad del acto que da lugar á la gestión; por lo que para que exista tal forma jurídica es necesario que el extraño gestione el negocio ajeno en la inteligencia de que no realiza un negocio propio, sino de otro. Si cree realizar un negocio propio, falta la voluntad de ingerirse en un negocio que no le atañe, y faltando dicha voluntad, falta necesariamente el elemento en que se funda el cuasi-contrato. ¿Cómo puede decirse, en efecto, que yo adquiera la acción derivada de la gestión de negocios ajenos, si he tenido la intención de obrar por cuenta mía y no en interés de otro? Y si no he querido obligar á otro, esto es, al interesado en el negocio que yo realizo, creyendo que se trataba de un negocio mío, ¿puede lógicamente suponerse ó presumirse que éste quiso obligarse conmigo? ¿Afirmaremos, pues, que en esta hipótesis no surge ninguna relación jurídica entre aquel que realiza el negocio, creyéndole suyo, y el

(1) Apel. Florencia, 2 Mayo 1871.

interesado? No es ciertamente ésta la consecuencia que se desprende de nuestros principios; porque si en este caso no procede la acción contra el interesado, como gestor de sus negocios, puede competer otra acción, que los romanos llamaban *de in rem verso,* y que consiste en exigir de éste, el reembolso de los gastos y la compensación de las molestias con respecto á la suma en que se ha enriquecido por efecto de dichos gastos y molestias.

Si los negocios ajenos se realizan en unión de los propios, ¿tendremos la forma jurídica de la gestión? No vacilamos en contestar afirmativamente, siempre que se esté en la idea de que se realiza un negocio ajeno. Porque el hecho de haber yo realizado un negocio que me atañe, ¿excluye acaso el del cumplimiento de un negocio ajeno? Cierto que no; si este último hecho subsiste, pues, nada impide que respecto al mismo pueda ser yo considerado como gestor de negocios ajenos.

71. Del hecho de la gestión, ¿puede derivar una obligación respecto de persona que no tenga capacidad para obligarse, ó la tenga limitada? Si se habla de obligación derivada del cuasi-contrato, es necesario responder negativamente; porque si el cuasi-contrato se funda en un consentimiento que el legislador presume, ¿cómo es posible presumirlo en quien no puede prestarlo? Pero si se quiere hablar de la acción *de in rem verso*, no vacilamos en afirmar que la misma, como derivada de la ley, corresponde también contra la persona incapaz de obligarse, puesto que ni al pupilo, ni al interdicto, ni á otras personas incapaces les es lícito enriquecerse en daño de otro.

Por la importancia práctica de la doctrina que profesamos, creemos oportuno observar que hay diferen-

cia entre la acción derivada de la gestión y la llamada *de in rem verso;* porque la primera nace de la buena administración del negocio ajeno, haya ó no esta buena administración producido un provecho al interesado; mientras para que nazca la segunda no basta la buena administración; se exige que por efecto de ella se haya enriquecido el interesado.

72. Entendida así la naturaleza de la gestión, tratemos de las obligaciones del gestor y después de las del interesado.

En primer lugar, el gerente está sujeto á todas las obligaciones que resultarían de un mandato, por lo que está obligado á prestar los intereses de las cantidades correspondientes al interesado, invertidas en su provecho, y á rendir cuenta de su gestión, así como á todas las obligaciones propias del mandatario, de las cuales hablaremos á su debido tiempo. Debe además, según el art. 1.141, continuar la gestión empezada y llevarla á término hasta que el interesado pueda obrar por sí mismo. ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Creemos que consiste en el daño que se produciría al interesado si el gerente abandonase el asunto antes de que aquél pudiese asumir su dirección. Se puede observar, es cierto, que este daño se produciría aunque el gestor no se hubiese inmiscuido desde el principio en los negocios de otro; pero es fácil replicar que el extraño, al inmiscuirse en el negocio, ha podido impedir al interesado proveer por sí mismo á la buena marcha del asunto, por lo que se constituiría en autor del daño, y, por tanto, responsable si abandonase la gestión comenzada antes de que aquél estuviese en situación de encargarse del negocio.

Debe además el gestor, según el art. 1.141, estar á todas las consecuencias del asunto. Si yo, por ejem-

plo, me ingiero en la administración de un fundo de un amigo ausente, no cumplo mi cometido con recoger y almacenar los productos, sino que estoy obligado, además, á venderlos antes de que se pierdan. Pero si me encargo de un negocio no estoy obligado á encargarme de otro. Suponiendo, por ejemplo, que mi amigo ausente tenga dos fundos, si yo administro uno de ellos no estoy obligado á administrar también el otro, á no ser que haya admitido el encargo de representar á mi amigo, en cuyo caso es lógico que deba administrar todos sus fincas como consecuencia de mi cargo.

La misión del gestor no cesa por la muerte del interesado; pues según el art. 1.142 está obligado á continuar la gestión aunque el interesado muera antes que el negocio termine y el heredero pueda asumir su dirección. Esta disposición se funda también en el daño que se derivaría al heredero del interesado si el gestor abandonase los asuntos antes que éste se encontrase en situación de ocuparse de él, y nos revela una nueva diferencia entre el mandato y la gestión, puesto que aquél se extingue con la muerte del mandante.

Está además obligado el gestor á usar en la administración la diligencia de un buen padre de familia. La autoridad judicial puede, sin embargo, apreciar la cuantía del daño según las circunstancias (art. 1.143). Toda la diligencia de un buen padre de familia no se exige en el mandatario, bastando que éste esté exento de dolo ó culpa; ¿por qué esta diferencia? El mandatario es elegido por el mandante, ¿y qué culpa tiene aquél de que éste haya elegido persona poco apta? El gestor, por el contrario, no es elegido; se inmiscuye espontáneamente en los negocios ajenos: por consiguiente, si no es buen administrador de sus cosas no debe

asumir los negocios de otro, y de asumirlos, debe responder de las consecuencias.

Esta responsabilidad puede ser atenuada por el juez atendiendo á las circunstancias que indujeron al extraño á inmiscuirse en el negocio, templando así el principio de derecho con la equidad. Supongamos que yo, sólo por afecto al amigo ausente, que se ha visto obligado á abandonar sus asuntos, me encargo de ellos para que no se perjudiquen; pues bien, si yo no soy buen administrador y dejo que los asuntos marchen mal, ¿deberé responder rigurosamente de las consecuencias? Si bien he ocasionado daño, también provecho, por lo que debo ser juzgado según la equidad.

73. ¿Cuáles son los deberes del interesado por cuya cuenta he realizado el negocio? Si el asunto fué bien administrado, dice el art. 1.144, el interesado debe cumplir las obligaciones contraídas en nombre de su administrador, indemnizarle y reembolsarle de los gastos necesarios y útiles con los intereses á partir del día en que fueron hechos?

¿Es de la mayor importancia formarse un concepto exacto de lo que la ley llama buena administración? Supongamos que, ausente yo, Ticio, que se encarga de mis asuntos, vende mi casa ó mi fundo á un precio mayor del que vale; ¿deberá suponerse que ha administrado bien y que yo estoy obligado á mantener la venta?

La sola circunstancia de haber vendido una casa á buen precio, ¿no es suficiente, á nuestro juicio, para juzgar buena la administración del gestor? De lo contrario, nadie estaría seguro de su propiedad, porque bastaría que un extraño vendiese mis fundos en más de su valor para que yo perdiera el dominio sobre ellos.

¿Qué otro elemento, pues, debe concurrir? El acto creemos debe ser tal, que un buen padre de familia lo hubiera realizado. Ahora bien; la venta de los inmuebles sin una razón suficiente que la justifique, ¿es acto propio de un buen padre de familia? No por cierto; luego tal acto no debe ser comprendido entre los de buena administración, y el gestor, por lo tanto, no puede, por efecto del mismo, obligar al interesado. Por el contrario, si los acreedores amenazasen vender el fundo judicialmente, ó si se tratase de cosas que se pueden perder ó destinadas al consumo ó venta, en estos y semejantes casos la venta hecha por el gestor puede ser acto de buena administración.

Cuando el acto realizado por el gestor está comprendido entre los de buena administración, el interesado queda obligado y la ley no exige que haya un provecho notorio. Si yo, por ejemplo, hice gastos para conservar tu casa que amenaza ruina, y después un terremoto, incendio ú otro caso fortuito destruyese mi obra, estás obligado conmigo, aunque de hecho no disfrutes de lo que yo gasté en interés tuyo.

74. Por lo que se refiere á la obligación del interesado, es preciso examinarla en las relaciones entre éste y el gestor y en las del administrado y los terceros con quienes contrató el gestor. En las relaciones entre el interesado y el gestor, el primero debe al segundo el reembolso de los gastos necesarios y útiles sostenidos por éste, así como sus intereses legales, desde el día en que se hicieron. En las relaciones entre el interesado y los terceros, el art. 1.144 introduce una distinción, la cual es preciso tener en cuenta. El gestor puede haber contratado con el tercero de dos modos: declarando que obra por cuenta del interesado, del cual se cree representante, ú obrando por cuen-

ta suya y considerando el asunto propio. En el primer caso, el gestor no ha querido obligarse personalmente, sino que ha querido obligar al interesado, por lo que éste queda obligado siempre que el acto se considere de buena administración. En el segundo caso, el gestor ha querido obligarse á sí mismo con el tercero, por lo que queda obligado, y el tercero sólo tiene acción contra él. En tal hipótesis, el interesado, contra el cual no puede proceder el tercero, debe indemnizar al gestor por la obligación que éste ha contraído en nombre propio, y el tercero puede dirigirse indirectamente contra él, ejercitando los derechos de su deudor.

75. Permítasenos una observación antes de terminar. La gestión de negocios ajenos es un cuasi-contrato; ahora bien, el cuasi-contrato consiste en el concurso de un consentimiento verdadero y efectivo con un consentimiento presunto; luego si alguno de ellos falta, no hay cuasi-contrato ni puede haber gestión. El consentimiento puede suponerse ó presumirse en una de las partes cuando guarda silencio; pero si manifiesta su intención, es absurdo hablar de consentimiento presunto. Supongamos ahora que el interesado prohibe al extraño que se mezcle en sus negocios y que, á pesar de esto, aquél se inmiscuye en ellos; ¿habrá gestión? No, porque no puede presumirse el consentimiento en la parte que manifiestamente disiente. ¿Qué relación jurídica puede surgir, por lo tanto, en la hipótesis entre el interesado y el que se ha inmiscuido en el asunto? La única acción que al extraño puede corresponderle es la *de in rem verso*, si sus gastos ó su gestión produjeron un provecho al interesado; y no puede alegarse la prohibición de éste para excluir dicha acción, porque nadie puede enriquecerse en daño de otro.

CAPITULO III

DEL PAGO DE LO INDEBIDO

SUMARIO: 76. Cuándo hay pago de lo indebido.—Inexistencia de la deuda.—Acreedor distinto de aquel á quien han pagado.—77. Deudor distinto del que paga.—Se repetirá si se paga por error.—78. Excepción á este principio.—79. Acción de reembolso contra el verdadero deudor.—80. Quién puede ejercitar la acción por pago de lo indebido.—81. Obligación del que recibió el pago de lo indebido.—82. Qué pruebas debe presentar el que quiere repetir el pago.—83. Prestación de cosa indebida.—Enajenación de la misma.—Referencia.

76. El que por error ó conscientemente, dice el artículo 1.143, recibe lo que no se le debe, está obligado á restituirlo á aquel de quien lo ha recibido indebidamente, y el 1.146 dice quien por error se creyese deudor, cuando paga la deuda puede repetir del acreedor. La primera lectura de estos dos artículos hace pensar que el primero de ellos trata de regular la obligación de aquel que recibe un pago indebido, y que el segundo quiere establecer el derecho de repetición correspondiente á aquel que pagó indebidamente. Pero si se medita que el primer artículo, al establecer las obligaciones de quien recibe un pago indebido, no puede dejar de establecer, además, simultáneamente, los derechos de quien pagó lo indebido, por ser éstos correlativos de aquéllos, y que el segundo no hace más que prever un caso especial de pago indebido, será otra la interpretación que los demos.

Tres hipótesis pueden suponerse: la primera, que no existe ninguna deuda; la segunda que, existiendo, el acreedor, sea persona distinta de aquella á quien se pagó; la tercera, que el derecho de crédito subsista en la persona que paga, pero que la persona del deudor sea distinta de aquella que paga. Las dos primeras hipótesis se rigen por el art. 1.145; la última, por el 1.146. Tratemos, ante todo, de las primeras.

Cuando no existe deuda, ó cuando subsistiendo por parte del que paga, el acreedor no es aquel á quien se paga, procede siempre la repetición de lo indebido, lo mismo si el que recibe el pago lo recibe por error ó con conciencia de que no es á él á quien debe pagarse. Y la razón es que á nadie le es lícito enriquecerse en perjuicio de otro, aun cuando el enriquecimiento tenga lugar con buena fe por parte de la persona que se enriquece.

Pero por parte de quien paga en las dos primeras hipótesis, ¿es necesario que haya error de suerte que no tenga derecho á repetir si paga sabiendo que la deuda no subsistía ó que aquel á quien pagaba no era el acreedor? Acudamos á los principios. El que paga en dichos casos, sabiendo que no debía pagar, no puede decirse que paga con ánimo de repetir, porque si tuviera tal intención, no pagaría; luego es claro que pagando lo que no se debe y sin ánimo de repetirlo, se realiza un acto de liberalidad. Ahora bien; las donaciones módicas, aunque no rodeadas de las formas solemnes exigidas para los actos de liberalidad entre vivos, son válidas cuando, bien por sus circunstancias ó por las personas entre quienes se efectúan, ó por la calidad ó entidad de las cosas donadas, están justificadas por el uso ó la costumbre; pero no reuniendo estas condiciones, no pueden existir jurídica-

mente por defecto de forma (1). Respondemos, pues, á la pregunta de si en estos casos hay derecho á repetir por parte del que paga, con una distinción: ó la cosa que se paga puede constituir una donación usual válida, aunque no rodeada de formas solemnes ó no; en el primer caso, la cosa pasa á la persona á quien se paga con justo título, y no puede, por consiguiente, haber derecho para repetirla; en el segundo, falta el título y hay derecho para repetir.

77. Pasemos ahora á la última hipótesis, ó sea á la que presenta el art. 1.146. La deuda existe: aquel á quien se paga es el acreedor, pero la persona que paga no es la que debe; ¿hay lugar en este caso á repetición? Sí, responde el artículo en examen, si el que paga está en error; no, si sabe que no es deudor. ¿Tiene esta distinción fundamento racional? No vacilamos en contestar afirmativamente. En efecto; si hay error, éste influirá sobre la voluntad del que paga; por consiguiente, al pagar con la idea de solventar una deuda que cree tener, manifiesta la intención de repetir lo que ha pagado, que no puede extinguir un crédito que no existe. Por otra parte, aquel á quien se paga por un crédito que no existe, no puede enriquecerse con perjuicio de otro, y la ley presume en él la voluntad de restituir lo cobrado; y en el concurso de estas dos voluntades, cierta una y presunta la otra, está el cuasi-contrato. Por el contrario, cuando paga el que sabe que no es deudor, no puede haber en él pensamiento de realizar un acto de liberalidad, siendo aquel á quien se paga acreedor de la suma ó cosa pagada; ni puede suponerse en él la intención de repetir, ya porque pagó sabiendo que no debía, ya porque paga

(1) Véase vol. IV, núm. 207.

con el fin de extinguir una deuda que realmente existe. Por tanto, en este caso, faltando por parte del que paga la intención de repetir, y adquiriéndose, por otra parte, la cosa pagada con justo título de la persona á quien se ha pagado, en cuanto es acreedora de la misma, es lógico que no haya lugar á la repetición.

Para admitir, pues, la repetición de lo indebido en el caso previsto por el art. 1.146, se exigen tres condiciones. La primera es que la persona que paga no sea deudora, porque, de serlo, satisface una deuda al pagar, y no puede hablarse de pago indebido; la segunda, que pague por su cuenta, porque pagando por cuenta ajena sería mandatario ó gestor, y en ambos casos, teniendo acción directa contra el mandante ó el interesado, no puede repetir de la persona á quien la cosa era debida; la tercera es que el que paga por cuenta suya se haya creído deudor no siéndolo, y la razón de esta última condición ya la hemos señalado anteriormente.

78. El principio general que concede la repetición de lo indebido al que paga al acreedor creyéndose deudor, tiene una excepción en el art. 1.146, cuyo segundo párrafo dice así: «Pero cesará tal derecho (el de repetición) si el acreedor, á consecuencia del pago, se privó de buena fe del título y fianza relativa al crédito. En este caso, el que haya pagado conservará su recurso contra el verdadero deudor.» Procuremos indagar el motivo de esta excepción. Cuando paga al acreedor el que se cree verdadero deudor erróneamente, no puede decirse que este último haya tenido la intención de extinguir una deuda ajena, porque si hubiese conocido que la deuda no era suya, sino de otro, no hubiese pagado. Si el que paga, pues, creyéndose erróneamente deudor, no tuvo ánimo de satis-

facer el derecho que el acreedor tenía contra otra persona, no puede el acreedor considerar el pago como extinción de su crédito; por lo que, subsistiendo aún sus derechos contra el verdadero deudor, se enriquecería injustamente en daño del que pagó si pudiera retener la cosa pagada. De aquí el motivo de la restitución. Ahora bien; si el acreedor, á consecuencia del pago que se le ha hecho, se ha privado del título (documento justificativo de su crédito) ó de las garantías del mismo, de modo que no pueda proceder contra el deudor ó no pueda hacerlo con eficacia, entonces no hay enriquecimiento del acreedor y falta la razón para que restituya. Si, por ejemplo, tú te crees equivocadamente deudor de una letra de cambio que yo poseo, y me la pagas á su vencimiento, guardándote el documento é impidiendo que yo pueda protestarla y notificar el protesto en tiempo útil á los fiadores, no tienes derecho á repetir el pago, habiendo yo perdido por tu acto el derecho de proceder contra los fiadores, de los cuales habría podido obtener la satisfacción de mi crédito.

Dos condiciones deben, sin embargo, concurrir para que tenga lugar la excepción del artículo en examen: la una, que el documento ó la fianza del crédito hayan sido perdidas por el acreedor á consecuencia del pago; la otra, que la privación de ambas cosas haya tenido lugar de buena fe por parte del deudor. Cuando la privación dicha es consecuencia del pago, quien le realiza debe responder de las consecuencias; pero si la pérdida ó privación ocurrió por otro motivo no puede hacerse pesar la responsabilidad sobre el que pagó, creyéndose equivocadamente deudor. Por la misma razón, si el acreedor, conociendo que quien pagaba no era el verdadero deudor, secundó el error y

consintió en privarse del título y garantías de su crédito, obró de mala fe y á causa de ello, no puede privar á quien ha pagado por error del derecho de repetir lo indebido.

Siendo el motivo en que se funda la disposición contenida en el artículo en examen puramente racional, debemos considerarla como *jus commune* y no *jus singulari*; por lo que debe ser aplicada á los casos no previstos por el legislador, respecto de los cuales militen las mismas razones. Supongamos, por ejemplo, que habiéndome tú pagado, creyéndote erróneamente deudor, yo, de buena fe y á consecuencia del pago, dejase transcurrir el término útil para proceder contra el verdadero deudor, de suerte que éste pueda oponerme la prescripción; es claro que en tal caso, como en el caso en que se me haya privado del documento ó de la garantía del crédito, no hay enriquecimiento indebido, por mi parte, estando imposibilitado de proceder contra el verdadero deudor; por lo que tampoco, en este caso, el que ha pagado tiene el derecho de repetir lo indebido.

79. Cuando aquel que ha pagado al acreedor, creyéndose erróneamente deudor, no puede repetir lo indebido, la ley le concede acción contra el verdadero deudor; porque siendo éste, en tal caso, el que indebidamente se enriquece con daño ajeno, en cuanto no satisface al acreedor la suma de quien es deudor, la razón exige que quede obligado con el que pagó, mejorando así su condición. Pero si el que paga sin ser deudor no puede repetir del acreedor lo pagado por no haber pagado por error, ¿tiene también, en este caso, acción contra el verdadero deudor? Creemos que procede contra este último la acción *de in rem verso*. Y en efecto; el acreedor que recibe el pago en satisfac-

ción de su crédito, pierde la acción, por haber ya conseguido el objeto de ésta; luego el pago realizado por el no deudor aprovecha al verdadero deudor, y éste, por lo tanto, queda obligado en lo que fué beneficiado.

80. La acción por lo indebido, corresponde, sin duda, á aquel que realizó el pago no debiendo; pero supóngase que quien paga siendo también deudor, paga á quien no es acreedor; ¿puede el verdadero acreedor repetir de quien recibió el pago?

El cuasi-contrato de que deriva la acción por lo indebido tiene lugar entre quien paga y la persona á quien se paga; luego las relaciones jurídicas derivadas del cuasi-contrato no pueden extenderse al que fué extraño al mismo. Ahora, el verdadero acreedor ¿tomó parte en el cuasi-contrato? No; luego éste, conservando el derecho contra su deudor, no puede repetir del que recibió el pago. Pero puede proceder indirectamente contra quien está obligado á la restitución de lo indebido ejercitando los derechos y acciones correspondientes á su deudor.

81. Las obligaciones del que realizó lo indebido son distintas, según haya tenido buena ó mala fe. Si recibió de buena fe no debe más que la restitución de la suma recibida; pero si cobró de mala fe está obligado á restituir, además del capital ó la cosa recibida, los intereses y frutos desde el día del pago (artículo 1.147). Se recibe de mala fe, no sólo cuando se sabe que no se debe lo que se recibe, sino cuando se prevé el deber de restituir lo recibido, como cuando el pago se hace en virtud de sentencia ejecutiva de primer grado ó en virtud de sentencia en grado de apelación contra la cual no procedan los recursos extraordinarios. Si se puede tener seguridad en orden al

título del propio crédito; si se puede y se debe prever que éste ha de ser anulado, no se tiene, sin embargo, la seguridad de que la suma pagada se deba realmente y falta buena fe. De aquí que, reformada ó anulada la sentencia, el que recibió el pago debe restituir la suma y sus intereses (1).

Pero la obligación de pagar los intereses ó frutos ¿incumbe al que recibió de mala fe, aun cuando el pago haya sido en especie? Si la cosa no produce frutos no puede hablarse de intereses ni de frutos. Y no se diga que el que recibió la cosa de mala fe debe resarcir al que la entregó, del daño por la privación de la cosa, y que está obligado al pago de intereses, especialmente cuando la cosa se ha consumido, porque la ley no impone la obligación de resarcir daños sino sólo el pago de frutos ó intereses. Es de observar, además, que en rigor de derecho no se puede hablar de indemnización de daños desde el momento que se pedirían por quien con su acto habría causado los daños.

Si una persona recibiese de buena fe las anualidades que no le son debidas de una renta, no puede eximirse de restituirlas aduciendo que representan no un capital, sino sus intereses, los cuales no hay derecho á repetir de quien ha cobrado de buena fe. Porque en tal caso las anualidades constituyen precisamente la suma indebidamente pagada, y si la restitución de dicha suma no fuese debida, se destruiría el derecho de repetir lo indebido. Los intereses de que habla la ley son los que el que ha recibido lo indebido puede haber percibido de la suma pagada; pero cuando lo que se paga son anualidades ó intereses de un capital, constituyen

(1) Ap. Génova, 22 Octubre 1880.

el objeto principal de la acción de indebido y deben volver á quien los pagó indebidamente.

82. El que reclama en juicio lo indebido, ¿tiene, en virtud de los principios generales de razón, la obligación de probar el fundamento de su acción?; pero ¿cómo se hará esta prueba?

El que reclama lo indebido debe probar dos cosas: el hecho del pago y la ninguna obligación que tenía de hacerlo. En cuanto al primero, se observa que la prueba testifical no es admisible si la suma pagada es superior á quinientas liras; porque el que pagó pudo exigir un recibo del pago hecho, y al no exigirlo deben ser de su cargo las consecuencias. No participamos de esta opinión. Si la obligación subsistiere y se sostiene que se ha pagado para satisfacerla, no puede invocarse un medio de prueba para acreditar la disolución de la obligación, que no sería admisible para probar su existencia. Pero obsérvese que en el caso de pago indebido no se afirma que se ha pagado para satisfacer una obligación, sino que se ha pagado sin causa, realizando un acto voluntario y lícito que origina el cuasi-contrato. Por tanto, si este hecho no constituye convención, porque de lo contrario no podría hablarse de cuasi-contrato, es claro que la prohibición de la prueba oral concerniente á la contratación no puede extenderse al mismo.

En cuanto á la demostración de que el pago hecho no era debido, podemos suponer tres hipótesis: 1.°, que la deuda estuviese ya extinguida; 2.°, que la deuda no exista ni haya existido nunca; 3.°, que existiendo, la persona del deudor ó del acreedor fuese otra. Comencemos por la primera. Si se alega que la deuda antes existente se extinguió por el pago, la prueba de éste no puede suministrarse por medio de testigos si la deu-

da excede de quinientas liras; porque en tal hipótesis, el pago se alega como uno de los modos de extinguir la obligación; si se alega la compensación ó la prescripción, etc.; la prueba sería siempre la que admite la ley para demostrar el hecho extintivo de la obligación.

Más complicado es el caso en que se afirma que nunca existió la deuda. La demostración de esta proposición comprende dos partes: la primera, relativa á la cualidad de la deuda; la segunda, á la insubsistencia de la deuda, por la cual se ha pagado. Ahora bien; la deuda pudo ser acreditada en el recibo que se entregó al que pagó, ó bien puede no serlo.

En el primer caso la prueba existe y no hace falta más. Pero si se quiere demostrar que la deuda que indica el recibo no es aquella por que se ha pagado, ¿son admisibles los testigos? Distingamos. Si en el recibo tomo parte el que pagó no puede recurrir á los testigos, como tampoco al juramento si es documento público; pero si el recibo lo redactó solamente la parte que recibió el pago, no tratándose de convención, sino de cuasi-contrato, puede probarse con testigos que la deuda indicada por quien recibió el pago no es la que se quiso pagar. Y si no hay recibo ó éste no indica la deuda que se paga, creemos que es admisible todo otro medio para probar la naturaleza de la deuda que se ha querido extinguir. Y todo medio de prueba admitido por la ley es bueno para demostrar que la deuda por que se ha pagado no ha existido nunca, tanto porque se trata de cuasi-contrato, al cual no pueden aplicarse las disposiciones especiales concernientes á las convenciones, como porque no puede haber un documento escrito de lo que no existe.

En orden á la tercera hipótesis de que sea otro el

deudor ó acreedor, creemos que el actor puede recurrir á cualquier medio de prueba. Porque si la persona del deudor es distinta, el que ha pagado es extraño á la obligación, y como tal, no pudo procurarse una prueba escrita de la misma; si, por el contrario, la persona del deudor es distinta, la prueba del crédito puede estar en poder del acreedor, y el deudor no tiene el derecho de exigirle una declaración que acredite su cualidad, por lo que puede encontrarse en la imposibilidad de hallar el documento que pruebe la persona del acreedor. Por otra parte, aquel al cual se ha pagado sería siempre extraño el documento comprobatorio de la deuda en las relaciones entre el deudor y el verdadero acreedor; por lo que no haría prueba contra él.

83. La cosa recibida indebidamente puede haber sido destruída, deteriorada, mejorada ó vendida por quien la recibió. Sus deberes en estos casos se hallan en los arts. 1.148, 1.149, 1.150, de los cuales nos hemos ocupado en el volumen anterior y en el capítulo relativo á la posesión de buena ó de mala fe, por lo que remitimos al lector á cuanto allí se dice.

PARTE TERCERA

De los delitos y cuasi-delitos.

CAPITULO PRIMERO

DE LA RESPONSABILIDAD QUE SE DERIVA DE UN HECHO PROPIO

SUMARIO: 84. Concepto del delito civil.—La diferencia con el penal.—85. Concepto del cuasi-delito.—Culpa.—86. Carácter que debe revestir el hecho de que se deriva la responsabilidad civil.—87. Si es ilícito el hecho cuando se hace uso de una facultad concedida por la ley.—88. La culpa, aun levísima, hace surgir la responsabilidad civil.—89. Segundo carácter.—90. Tercer carácter.—Concepto del daño. —Si consiste en dolor físico ó en ofensas al honor, debe ser resarcido pecuniariamente.

84. ¿Qué es delito y qué es cuasi-delito? El legislador patrio no lo dice. Los artículos 1.151 y 1.152 disponen que cada cual debe responder de su culpa, negligencia ó imprudencia. No habla del dolo y ¿por qué había de hablar? Si se incurre en responsabilidad por imprudencia ó negligencia, ¿puede dudarse de la que es consecuencia del dolo? Ahora bien; el dolo constituye delito, mientras la culpa, aun cuando derive de omisión ó inadvertencia, constituye cuasi-delito.

El delito civil no debe confundirse con el penal: éste lesiona al interés social, mientras en aquél no hay

ofensa más que al derecho individual. Y como puede haber lesión del derecho social sin que la haya del individual y viceversa, puede haber delito penal sin civil, y al contrario. Ticio, por ejemplo, trata de matarme; responderá de su delito frustrado ó de una tentativa, según los casos; pero puede no haber lesionado ni mi persona ni mis bienes, y, en tal caso, no tendré derecho á ninguna clase de indemnización ni habrá delito civil. Por el contrario, yo pago á Ticio una suma creyéndome deudor suyo, mientras que él sabe que no le debo nada; se hace, por lo tanto, responsable de un delito civil y, sin embargo, el legislador no encuentra ofensa al derecho social, y, por tanto, no ve delito penal.

85. El cuasi-delito está constituído, según hemos dicho, por la culpa. Todo hecho del hombre (artículo 1.151) que ocasiona daño á otro, obliga á su autor á resarcir el daño ocasionado. Cada cual es responsable (art. 1.152) del daño causado, no sólo por un hecho propio, sino también por negligencia ó imprudencia. La culpa tiene un significado bastante extenso que no puede menos de comprender la negligencia ó imprudencia; y de hecho decimos nosotros que quien es negligente ó imprudente es culpable por haber debido usar de más diligencia y ser un poco más prevenido. ¿Por qué, pues, el legislador, después de hablar de la culpa en un artículo, habla de la negligencia é imprudencia en el siguiente? La razón es obvia si se medita que el art. 1.151 se refiere á un hecho positivo, mientras el 1.152, al hablar de negligencia é imprudencia en contraposición al hecho positivo y propio, no puede referirse más que á omisiones. Luego la culpa que engendra la responsabilidad civil no se deriva solamente de los hechos, sino también de las omi-

siones; por lo que yo, no sólo caeré en culpa cuando hago lo que no debo hacer, sino cuando omito ó descuido lo que debería haber hecho.

86. Ya se trate de delitos ó cuasi-delitos, siempre hay un hecho (en esta palabra incluímos la omisión) que engendra responsabilidad. Debemos ahora ver los caracteres que debe presentar este hecho, para que su autor pueda considerarse responsable.

En primer lugar, el hecho debe ser ilícito, porque si es lícito, es absurdo que la ley le castigue. Pero, ¿cuándo se reputará ilícito? Suele decirse comúnmente que se obra lícitamente cuando no se hace más que ejercitar un derecho propio, y de este principio se saca la consecuencia de que nadie está obligado á resarcir el daño que puede ser derivado á otro por el ejercicio del propio derecho. Este principio no nos parece exacto. Y en efecto; el derecho de propiedad comprende, no sólo el de usar de la cosa propia, sino también el de abusar de ella; por lo que quien abusa de la propiedad no hace sino ejercitar un derecho propio, y, sin embargo, puede quedar obligado á resarcir el daño consiguiente á su abuso. Yo, por ejemplo, tengo derecho á tirar por mi ventana piedras ú otros objetos al jardín de mi propiedad, y de este mi derecho, que nace de mi dominio, no puedo ser privado arbitrariamente por nadie. Suponed ahora que Ticio se ha introducido arbitrariamente en mi jardín; ¿podrá privarme de que yo tire piedras? Cierto que no. Luego yo conservo este derecho, á pesar de la entrada de Ticio en mi jardín. ¿Deberemos afirmar, por tanto, que yo no seré responsable si una de las piedras da á Ticio y le hiere ó le mata? Fácilmente se ve la enormidad de esta consecuencia, signo evidente de que el principio de que se trata no es exacto.

Para juzgar si un hecho es lícito ó ilícito, creemos que no debe mirarse tanto el derecho del agente, cuanto el de la persona á quien se dirige el hecho. En otros términos: al obrar, ¿violo el derecho ajeno? ¿Sí? Pues mi acto es ilícito. ¿No? Pues es lícito. Es verdad que cuando se trata de violar el derecho de otro, yo carezco de derecho para cometer esta violación, y, por tanto, no ejercito un derecho. Pero para juzgar si un derecho me corresponde ó no, no ha de atenderse sólo á mi patrimonio ni á mis facultades, sino al patrimonio y facultades de otro, para deducir que mi derecho cesa cuando viola el de los demás.

87. Expuesto así el principio, apliquémosle. Yo procedo á una ejecución en virtud de sentencia de primer grado de alzada ejecutiva provisionalmente; en apelación es revocada la cláusula provisional ó la sentencia misma; ¿estaré obligado á resarcir? Es indudable que sí. Porque la ejecución provisional se concede á ruego y ventura de quien la pide. «Si sucede, observa la Casación de Turín (1), que la sentencia es revocada, la culpa de la parte (actora), no obstante la favorable acogida en primera instancia, sería levísima, y aun suponemos que, aun equivocadamente, creyese bueno el fundamento de su demanda. Pero no pudiendo ignorar que la apelación vuelve las cosas á los términos *litis contestatae* y que la presunción de su buen derecho, nacida de la sentencia de primer grado, puede ser destruída por la de los jueces superiores, no se le puede, sin embargo, absolver de su culpa, aunque levísima, y de la tacha de imprudencia, la cual, si causa daño á otro, es bastante para engendrar responsabilidad civil.»

(1) Decis. 12 Nov. 1873.

Si yo he inscrito hipoteca en virtud de sentencia reformada, reconocida ó anulada, ó bien si procedo á actos de ejecución en virtud de sentencia dictada en apelación, pero revocada ó anulada después, ¿puedo á consecuencia de mi acto ser expuesto á la acción por reconocimiento de daños? En favor de la negativa podría decirse que el derecho de constituir la hipoteca en virtud de sentencia y el de exigir el fallo de apelación, nacen de la ley, y que, por tanto, no puede haberse cometido un hecho ilícito del que deriva una responsabilidad civil cuando no se hace más que ejercitar el derecho que la ley concede (1).

Este argumento no nos convence y profesamos una opinión contraria. La sentencia, á nuestro modo de ver, no atribuye á las partes derechos que no tienen, sino que declara solamente los derechos que á éstas les corresponden; por lo que si la parte no tiene un determinado derecho, no puede adquirirlo por habérselo reconocido el juez. Ahora la hipoteca es un accesorio que no puede subsistir sin el crédito, y si la ley declara que la sentencia produce hipoteca, no trata de atribuir tal efecto la sentencia en sí misma considerada, sino que reconoce sólo que el crédito cuya existencia declara solemnemente el magistrado, la lleva consigo. Si suponemos, pues, que el crédito no existe, la hipoteca no puede subsistir por sólo la sentencia. Ahora, el que constituye hipoteca debe conocer con certeza la existencia de su derecho de crédito, y si el crédito no existe, incurre en culpa por haber inscrito; y no le exime de dicha culpa la sentencia porque ésta no da el derecho, sino que le declara ó le excluye. Igualmente la ejecución no se concede tanto á

(1) Ap. Luca, 14 Junio 1881.

la sentencia pronunciada por el magistrado, como al derecho que con ella se reconoce, y la sentencia de apelación, como cualquier otra, no puede atribuir un derecho que no se tiene. ¿Y puede concebirse una ejecución sin derecho por parte del que la efectúa? ¿Cómo, pues, no ha de considerarse culpable aquel que procede á actos ejecutivos faltándole derecho para ellos? Esta culpa puede ser levísima por la buena fe del que creía tener derecho sin tenerlo; pero una culpa levísima es una culpa, y no puede menos de originar una responsabilidad civil (1).

El que es víctima de un delito tiene indudablemente el derecho de interponer querella; pero si el querellante procede con ligereza ó con inconsideración y expone á un inocente á sufrir un procedimiento, lesiona el derecho que cada cual tiene á la conservación de su honor y de su libertad, y constituyendo esta lesión una culpa se expone al resarcimiento de daños. No estará obligado á tal resarcimiento si el querellado es absuelto, si no se prueba que hubo ligereza ó culpa en presentar la querella, porque no demostrándose la culpa ó ligereza no pueden deducirse del hecho de la absolución, pudiendo muy bien ser compatible la inocencia del querellado con la falta de culpa del querellante, y faltando la culpa falta el cuasi-delito y no puede hablarse de responsabilidad (2).

88. Dado el hecho ilícito positivo ó negativo, el autor incurre por lo menos en culpa, y, por consiguiente, en responsabilidad civil. Pero pueden preguntarse dos cosas: la una, si de la culpa, aun levísima, se deriva

(1) Consult. algunos de nuestros escritos insertos en el *Giornale delle lege*, año 10, núm. 24 y siguientes. También Cas. Turín, 30 Mayo 1883.

(2) Cas. Nápoles, 13 Abril 1878.

responsabilidad, la otra, si la responsabilidad se debe medir por el grado de culpa, de suerte que sea mayor ó menor según la culpa sea grave ó leve.

En cuanto á la primera, dice la Ley 44, Dig. *ad leg. aquil.: In lege aquilia et levissima culpa venit;* esta máxima debe considerarse adoptada por el legislador patrio, el cual, haciendo derivar la responsabilidad de la imprudencia ó negligencia, no distingue entre la grave y la leve; por lo que sería arbitrario excluir de responsabilidad el caso en que se trate de culpa ó negligencia leve. Igualmente lo sería excluir la responsabilidad en atención á la buena fe del que incurre en culpa, porque si la buena fe es incompatible con el dolo, no lo es con la culpa (1).

En orden á la segunda, creemos que los límites de la responsabilidad no deben depender en modo alguno del grado mayor ó menor de culpa. Y, en efecto, la responsabilidad no puede determinarse con otro criterio que el establecido por la ley, y ésta dice que se está obligado á resarcir el daño originado por la culpa; el cual debe ser resarcido en su totalidad, no en parte, si no se quiere destruir el precepto legal; luego el daño causado es el criterio para fijar los límites de la responsabilidad, pero no el grado de culpa.

89. No sólo debe ser ilícito el hecho que engendra la responsabilidad, esto es, lesivo de un derecho ajeno, sino imputable al autor; y nos referimos á la imputabilidad moral derivada del conocimiento y de la libertad del agente; por lo que, si no es moralmente imputable, no puede surgir el derecho á pedir el resarcimiento de daños. En efecto; se trata de delito ó cuasi-delito, y aunque sean civiles, ¿es concebible un

(1) Cas. Roma, 10 Dic. 1880.

delito cuando el acto no es moralmente imputable á su autor? Por otra parte, del delito y cuasi-delito nace una obligación, consistente en el resarcimiento de daños; y ¿puede surgir una obligación sin consentimiento tácito ó expreso? Cuando el hecho que ocasiona el daño me es imputable y al cometerlo consiento tácitamente en soportar todas sus consecuencias, y de este mi consentimiento tácito que concurre con el del damnificado que quiere el resarcimiento, deriva mi obligación de indemnizar, y en aquél el derecho á pedir la indemnización. Pero si no me es moralmente imputable el hecho, no puedo haber prestado consentimiento ni siquiera tácito; luego no estoy obligado. Por último, el acto no imputable moralmente no es un acto humano, sino obra del acaso ó de la fuerza mayor, de la cual no puede nacer responsabilidad civil.

Apliquemos estos principios. Supongamos que yo soy agredido y disparo para defenderme, hiriendo á un extraño: ¿seré responsable con éste, ó con sus herederos? Cierto que no, porque obrando en legítima defensa no me es imputable el acto. Pero será responsable mi agresor, pues le son imputables los hechos á que me ha impulsado en legítima defensa.

El loco no es moralmente responsable de sus actos como tal, por lo que no puede ser obligado á resarcir. El que se halla completamente ebrio tampoco es responsable de sus actos; pero si la embriaguez le es imputable, incurre en culpa y debe responder de todas las consecuencias de su embriaguez. Pero si ésta no le es imputable, carece de responsabilidad.

El menor que no ha llegado al uso de la razón no es responsable de sus actos, por lo que está obligado á resarcir el daño por él causado. Pero puede hacérsenos una objeción, que no puede quedar sin respues-

ta. El art. 1.306, se dirá, equipara al menor con el mayor de edad en las obligaciones nacidas de delito ó cuasi-delito, sin distinguir un período de la menor edad de otro; ¿cómo, pues, puede afirmarse que el menor, cuya razón no está aún desarrollada, está exento de responsabilidad por sus actos? La respuesta es sencilla. El legislador puede privar á una persona, por consideraciones de interés general, de la facultad natural de obligarse; pero no puede dar esta facultad á quien no la tiene por naturaleza, porque carece de tal poder. Ahora bien; el menor que tiene el uso completo de su razón es, naturalmente, capaz de obligarse; pero el legislador quiere que no pueda hacer uso de esta obligación *ex contractu*. Y el mismo legislador que en algunos casos priva de la facultad natural de obligarse, la reconoce en otros, como cuando se trata de las nacidas de delito y cuasi-delito. En esto no hay ningún absurdo; pero le habría si el legislador atribuyera al infante una capacidad de obligarse que no tiene naturalmente. Luego cuando dice que el menor está equiparado al mayor respecto á las obligaciones que nacen de los delitos y cuasi-delitos, se refiere al menor que ha salido de la infancia, porque precisamente al menor salido de dicho estado es al que priva de la facultad de obligarse *ex contractu*, no pudiendo privar de ella al que todavía es infante, porque no la tiene.

90. El tercero y último elemento que debe hallarse en el hecho para que engendre responsabilidad civil en su autor, consiste en el daño. Suele llamarse daño á aquella disminución en nuestro patrimonio que existe tanto en el caso en que nos vemos privados de parte de éste *(damnum emergens)*, como en el que se nos impida adquirir lo que pudiéramos haber adqui-

rido *(lucrum cessans)*. Nuestro patrimonio no es sólo material ó pecuniario, sino que tenemos, además, otras dos clases de patrimonio: el uno, nuestra integridad y actividad personal; el otro, nuestro honor ó la estimación que gozamos entre los demás; ahora bien, la disminución de estos dos patrimonios ¿ocasiona un daño resarcible según las leyes?

Supongamos que por mi culpa recibes una herida que te ocasiona sufrimientos físicos; estos sufrimientos solos, prescindiendo de otras consideraciones, ¿te dan derecho á pedirme una indemnización? No vacilamos en responder afirmativamente, porque constituyen un daño en cuanto representa un mal que todos queremos evitar; y cuando la ley obliga á alguno á resarcir un daño, no distingue entre una y otra clase. «Que los sufrimientos físicos, dice la Apelación de Bolonia (1), pueden ser valuados pecuniariamente, ya fué opinión de muchos hombres doctísimos, y tal medida será siempre necesaria en la práctica, mientras no se encuentre otra mejor, lo que ha hecho á menudo compensar con cárcel lo que no se puede satisfacer en dinero: *luat in corpore quod luere non potest in bonis.*

La víctima recibe alivio, tanto por la satisfacción que le da el que le indemniza, como con la idea de un aumento de su patrimonio que le compensará á él y á su familia de los dañosos efectos de una larga inacción y de la pérdida de probables ganancias.

En orden á la lesión del patrimonio moral el daño puede ser mayor; ¿por qué, pues, no ha de dar lugar á indemnización? «La ofensa á la reputación ajena, dice la Apelación de Casale (2), produce siempre un daño moral ó material, ó ambos á la vez. En efecto;

(1) Decis. 29 Dic. 1876.
(2) Decis. 16 Febrero 1874.

ocasiona un daño moral por el dolor de la injuria recibida, tanto más grave cuanto lo es el sentimiento de la propia dignidad. Produce otro daño moral por la disminución en aprecio de las gentes. Produce, además, un daño material en la privación ó disminución de aquellos varios y útiles servicios, distinciones, cargos y ventajas de diversas clases que en la sociedad se otorgan á las personas honradas y que se rehusan á las de fama dudosa...

Estos daños son de tal naturaleza que no se prestan á un cálculo matemático. Por lo que no se puede pretender la prueba positiva y específica de los daños que uno ha sufrido por determinada injuria, ni la gravedad ó el valor de los mismos. De aquí la necesidad de que en dichos casos quede todo al criterio del juez, el cual, para apreciar los daños, atenderá á las cualidades morales y reputación respectiva del ofensor y el ofendido; á la condición social, estado de familia de uno y otro, causa de la injuria y demás circunstancias especiales (1).

(1) Ap. Catania, 9 Septiembre 1874; Ap. Venecia, 18 Septiembre 1883, etc.

CAPITULO II

DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE UN HECHO AJENO Y DE LA EN QUE SE INCURRE POR DAÑOS EN LAS COSAS CUSTODIADAS.

SUMARIO: 91. Fundamento de la responsabilidad por un hecho ajeno.—92. Responsabilidad del padre por los daños ocasionados por un hijo menor de edad.—93. Condiciones para que esta responsabilidad exista.—94. Cuándo cesa.—95. Responsabilidad del tutor.—96. Responsabilidad de los dueños ó mandantes.—97. Del amo por un hecho del criado.—98. Qué se exige para que nazcan las relaciones entre comitente y comisionado.—99. Si el Estado es comitente en orden á sus empleados.—100. Responsabilidad de los preceptores.—101. Responsabilidad por el daño ocasionado á un animal.—102. Responsabilidad por daños ocasionados á otros á causa de nuestras cosas.—103. Otras personas responsables.

91. Dice el art. 1.163, que todos estamos obligados igualmente por el daño causado con un hecho propio y con el de las personas de que se debe responder ó con las cosas que se tienen en custodia. Hablemos, ante todo, de la responsabilidad en que se incurre por un hecho ajeno.

El acto de la persona de la cual yo debo responder, ¿por qué ha de constituir, con respecto á mí, un cuasidelito, y obligarme del mismo modo que me obligaría un hecho propio? Porque estoy obligado á vigilar á las personas que de mí dependen y porque siendo achacable su acción á falta de vigilancia por mi parte, cons-

tituye en mí una culpa de la cual estoy obligado á responder; luego la culpa propia es siempre el fundamento de la responsabilidad en que se incurre por el hecho ajeno; faltando, pues, esta culpa, no puede haber responsabilidad.

El art. 1.159 contiene una enumeración de las personas responsables por hechos ajenos; ¿debemos considerarla taxativa? La Apelación de Nápoles dice así: «Es principio general de derecho que todo hecho del hombre que ocasiona daño ajeno obliga á su autor á resarcirlo; y cada uno está obligado no sólo por el daño que ocasiona con su propio acto sino con los de las personas de quienes debe responder y por las cosas que tiene en custodia. Todos los casos mencionados en el art. 1.153 lo son *exempli gratia* no *taxationis causa*, porque no se puede admitir que la ley, después de haber establecido un principio general venga á destruirle con una disposición subsiguiente» (1).

Esta doctrina es verdadera en parte, y en parte equivocada; separemos, por tanto, la verdad del error. El art. 1.153 tiene dos partes bien distintas; en la primera se establece el principio de que cada uno debe responder del daño producido por las personas que de él dependen; y como no hay responsabilidad sin culpa, el principio enunciado se traduce en el siguiente: cuando el daño ajeno es atribuible á culpa de otro éste debe responder. En la segunda parte, que contiene la enumeración de los casos de responsabilidad, el legislador no hace más que establecer una presunción de culpa en orden al obligado á vigilar á las personas que con su acto han causado daño, y estas presunciones son indudablemente taxativas; porque no es lícito se inter-

(1) Decis. 11 Julio 1877.

prete alegar una presunción *juris* que no resulta del texto de la ley. Esto sentado, es claro que los casos enumerados por el artículo en examen no son los únicos en que una persona puede ser responsable por el hecho ajeno; pero son taxativos en cuanto establecen una presunción de culpa respecto de determinadas personas, por consiguiente, no puede extenderse dicha presunción á otras personas. Pongamos un ejemplo. El art. 1.153 no habla de la responsabilidad de aquellos que tienen bajo su custodia un demente por el daño que puede derivar del hecho de éste; diremos, pues, ¿que el guarda del demente no es responsable del hecho de éste? Cierto que no, y en esto damos la razón á la Apelación de Nápoles, cuando afirma que los casos enumerados por el legislador no son taxativos. Pero la presunción de culpa establecida respecto á las personas enunciadas en el artículo en examen, ¿puede extenderse al que custodia al demente? No, porque las presunciones son de interpretación estricta, y si el que procura extender á otra persona tales presunciones dijese que los casos enumerados por la ley no son taxativos sino demostrativos, cometería un error; porque la disposición que da vida á una presunción es siempre taxativa, correspondiendo al legislador y no al intérprete crear una presunción. Si se quiere, por tanto, considerar responsable al custodio del demente por el hecho de éste, es preciso demostrar que ha incurrido en culpa por no haber vigilado como debiera á la persona á él confiada.

92. Entendido así el concepto general en que está informado el art. 1.153, pasemos á hablar de las presunciones especiales establecidas en el mismo. El padre, y á falta de éste, la madre, son responsables de los daños ocasionados por sus hijos menores que habi-

ten con ellos. Este es el primer caso de presunción legal de culpa, y de consiguiente responsabilidad, de que se ocupa el artículo en examen. Los padres deben vigilar la conducta de sus hijos menores, y dado este deber suyo, la ley presume que no han sido vigilados convenientemente, ó incurren, por tanto, en culpa cuando el hijo menor ocasiona un daño á otro.

¿A cargo de quién se establece esta presunción? A cargo del padre, y á falta de éste, de la madre. Pero, ¿cuándo se entiende que falta el padre? El art. 1.384 del código francés pone la responsabilidad á cargo de la madre sólo en el caso de que el padre haya muerto; la falta del padre de que habla nuestro legislador, ¿debe entenderse en el sentido de su muerte? No lo creemos. El padre, y no la madre, en tanto responde de los daños en cuanto ejerciendo la patria potestad, tiene con preferencia á la madre el deber de vigilar á sus hijos; pero si en vida del padre la madre ejerce la patria potestad, ésta y no aquél es la obligada á vigilar, y la responsabilidad es suya. La falta del padre, pues, equivale al no ejercicio de la patria potestad por su parte; luego si por ausencia, interdicción ó sentencia judicial el padre no puede ejercer la patria potestad y la ejerce, en cambio la madre, esta última responderá de los daños causados.

El hijo menor puede estar emancipado; ¿responderá en tal caso el padre ó la madre de sus actos? Siendo el fundamento de la responsabilidad la patria potestad, á la cual es inherente el deber de vigilar la conducta de quien á dicha potestad está sujeto, de aquí se deriva que cesada la patria potestad debe cesar la responsabilidad.

Ni la curatela correspondiente al padre que emancipa á su hijo puede dar lugar á dicha responsabilidad,

porque el oficio de curador concierne á los bienes, no á la persona del administrado.

93. La condición exigida para la responsabilidad del padre ó de la madre es que los hijos menores de edad habiten con ellos; la razón consiste en que si no viven con los padres no pueden éstos vigilarlos de cerca, y la presunción de culpa no tiene razón de ser con respecto á ellos. Pero debe haber una razón que justifique la no convivencia del hijo con el padre; la cual puede ser el empleo del hijo que le dedique á vivir lejos de sus padres, la carrera ó profesión que sigue el hijo que le obliga á estar en un colegio ó en otro lugar de instrucción, en el servicio militar, etcétera. Pero si el hijo se alejó arbitrariamente de la casa paterna no cesa por esto la responsabilidad del padre que ejerce la patria potestad, puesto que tal hecho, en lugar de excluir al padre de toda vigilancia sobre el hijo menor, le obliga, en cambio, á usar de mayor rigor para conducirle al buen camino de que se ha extraviado.

Si el padre estuviese ausente del hogar doméstico en el cual vive el hijo menor, ¿será responsable civilmente de sus acciones? Creemos que debe distinguirse. En efecto; si se trata de un alejamiento temporal, éste no exime al padre de vigilar la conducta de su hijo; por lo que debe responder del daño causado por éste. Pero si se trata de un apartamiento definitivo, eximirá al padre de responsabilidad cuando esté justificado por razones de empleo, por ejemplo, de salud, de negocios ó asuntos, etc., pero no le eximirá si se trata de alejamiento por causa de placer, puesto que nadie puede por su voluntad sustraerse al cumplimiento de sus deberes.

Supongamos que se ha dictado sentencia de separa-

ción entre los cónyuges, en la cual se autoriza á la madre á retener á su lado á la prole menor; ¿quién responderá, en este caso, de los actos de dicha prole? El padre no, porque con respecto á él no se da la condición exigida por la ley, cual es la de convivencia; luego deberá responder la madre á la cual se ha impuesto la obligación de educar á sus hijos. Pero en cuanto á ésta, ¿tendrá efecto la presunción de culpa establecida por el art. 1.153? La respuesta no puede menos de ser, á nuestro juicio, afirmativa. En efecto; la presunción de culpa recae sobre la madre cuando falta el padre, y ya hemos dicho que se supone que éste falta en sentido legal cuando aun viviendo no ejerce la patria potestad sobre los hijos menores. Ahora, si el padre, en virtud de la sentencia de separación, que concede á la madre que retenga á sus hijos menores, no puede decirse que esté privado absolutamente de la patria potestad, es un hecho, sin embargo, que muchas funciones de ésta se ejecutan por la madre y no por el padre; y como la presunción de culpa está fundada precisamente en las funciones de la patria potestad que durante la separación son ejercidas por la madre, es lógico, que dicha presunción recaiga sobre ésta en la hipótesis supuesta.

94. La responsabilidad del padre cesa, según el artículo 1.159, si prueba que no pudo impedir el hecho. Esta imposibilidad puede ser física ó moral. Supongamos que el padre se ve obligado á guardar cama á consecuencia de una grave enfermedad; ¿cómo ha de poder vigilar á su hijo é impedir que éste haga daño á otro? En este caso no hay culpa, ni por lo tanto responsabilidad. Pero adviértase que el impedimento físico temporal exime al padre de culpa y responsabilidad cuando no se le pueda reprochar que ha descui-

dado la educación de su hijo; porque si la disciplina paterna ha sido descuidada, esta es la causa de la acción del hijo, y no puede considerarse irresponsable al padre (1).

La imposibilidad moral existe si el padre no tenía razón ó motivo alguno para impedir al hijo el hecho dañoso. La jurisprudencia patria nos ofrece un ejemplo de esta clase de imposibilidad. Un hijo, próximo á la mayor edad, obtuvo de la autoridad competente permiso para cazar con armas de fuego, hiriendo á un compañero, un día, cazando; ¿es responsable el padre? No; porque bien por la edad del hijo, bien por su conducta, el padre no tenía motivo alguno para impedirle el ejercicio de la caza con arma de fuego, lo cual equivale á la imposibilidad de evitar el hecho dañoso (2).

95. Los tutores, en segundo lugar, están obligados por los daños ocasionados por sus pupilos que habiten con ellos. La presunción de culpa en orden al tutor está fundada en el deber que éste tiene de vigilar la conducta de su pupilo; y como el curador se ocupa de la administración de los bienes, y no tiene la obligación de velar por la persona del administrado, la responsabilidad impuesta al tutor por la ley no puede extenderse á él.

La responsabilidad del tutor, como la del padre, está sujeta á la condición de la convivencia, y cesa cuando el tutor prueba que no pudo impedir el hecho. Tanto por lo que se refiere á la condición de la responsabilidad, cuanto por lo que se refiere al caso en que falta, es aplicable lo dicho anteriormente al hablar del padre.

96. Los amos y comitentes, dice el art. 1.153, es-

(1) Ap. Génova, 12 Abril 1881.
(2) Ap. Bolonia, 18 Nov. 1872.

tarán obligados por los daños causados por sus criados y apoderados en el ejercicio de las funciones que les hayan sido encomendadas. ¿Cuál es el fundamento de esta responsabilidad, ó en otros términos, por qué presume la ley que el amo y el comitente incurren en culpa cuando el criado ó apoderado producen un daño al desempeñar las funciones que les están encomendadas? Al hablar de los padres y tutores vimos que respecto á ellos la presunción de culpa está fundada en la vigilancia que deben ejercer sobre sus hijos y pupilos; pero por lo que se refiere á los amos y comitentes, éstos tienen la obligación de elegir personas honradas y aptas para el oficio que desempeñan; por lo que si el criado ó apoderado, ya por malicia, ya por impericia ó negligencia en el desempeño de sus funciones, ocasionan un daño al amo ó comitente, en tanto tendrá culpa en cuanto les sea reprochable la elección de personas poco honradas ó ineptas.

Siendo este el motivo por el que los amos ó comitentes se consideran culpables por los daños ocasionados á los criados ó apoderados, no puede serles admisible la prueba de que no tuvieron culpa por no haber podido impedir el daño. En efecto, la culpa de los padres, tutores, preceptores, etc., consiste en la falta presunta de vigilancia, y puede excluirse siempre que se demuestre ó que no había razón para vigilar, ó que no se pudo hacerlo; por el contrario, no consistiendo en el defecto de vigilancia, sino en la mala elección hecha, se comprende que es inútil la prueba de no haber podido impedir un determinado hecho, cuando la culpa es anterior al hecho mismo y cuando consiste en haber elegido para un determinado oficio á persona que la experiencia ha revelado como poco honrada é incapaz de ejercer el encargo recibido. Y en esta

opinión nos confirma el texto de la ley, porque mientras el último párrafo del art. 1.153 admite á los padres, tutores, preceptores y artesanos á probar que no pudieron impedir el hecho, calla respecto de los dueños y comitentes, lo que demuestra claramente que el legislador no ha querido extender la facultad de presentar dicha prueba á estos últimos (1).

97. Señalados así los caracteres generales de esta responsabilidad, entremos en los particulares de la misma, comenzando por la referente á los amos. Están comprendidos en la categoría de criados todos los que se hallan al servicio personal de un determinado individuo; por ejemplo, el criado, el cochero, el cocinero, etc. El amo no responde sino del daño de que ha sido causa el criado en el desempeño de su oficio ó de sus atribuciones; porque si el daño es ocasionado por el doméstico cuando éste no obra en el desempeño de sus funciones, el amo no cae en culpa, porque, si ha elegido al criado, lo ha elegido para un determinado oficio y no para otra cosa.

Apliquemos este principio. Yo entrego á un criado mío un fusil cargado para que lo lleve á casa de un amigo ó para matar un animal: si el fusil se dispara mientras el criado cumple su cometido, y hiere casualmente á una persona, yo soy indudablemente responsable del daño, porque éste se ha realizado cuando mi criado realizaba la comisión que yo le había encargado. Pero si mi doméstico, por un capricho suyo, toma el fusil de mi cuarto y divirtiéndose con el mismo, hiere inadvertidamente á una persona, ¿seré yo responsable del daño? No, porque yo no encargué al criado que llevase mi fusil; luego ha ocasionado el

(1) Ap. Turín, 10 Abril 1877.

daño obrando por cuenta suya. No basta, á nuestro modo de ver, que el daño sea ocasionado mientras el criado cumple su deber, sino que es necesario que sea la consecuencia de éste. Pongamos un ejemplo. El doméstico, al guiar mi coche lesiona, por malicia ó por negligencia á un viajero, yo soy responsable del daño por haberse producido mientras el doméstico cumplía su cargo con ocasión de su oficio. Pero si mi cochero encuentra á Ticio en la calle, desciende del coche y le acomete, hiriéndole ó matándole, ¿seré yo responsable? No, porque el daño no ha sido por consecuencia del oficio de cochero, sino por obra espontánea del cochero.

98. Pasando ahora á los comitentes, veamos en primer lugar qué personas están comprendidas en esta categoría. ¿Bastará el solo encargo ó comisión dada por una persona á otra, para que surja entre las mismas las relaciones entre comitente y apoderado? Si yo, por ejemplo, encomiendo á un fabricante la construcción de una máquina ó de un instrumento cualquiera, ¿será el fabricante un apoderado mío, de modo que me obligue por los daños que pueda ocasionar á otro durante la ejecución de mi encargo? Cierto que no, porque el fabricante trabaja por su cuenta, y no hace sino entregarme su obra por un precio convenido. «Para constituir á una persona en apoderado, dice la Casación de Roma (1), se requiere, á tenor del artículo 1.153, que ésta dependa de otra.» Así se desprende del texto; porque una persona que acepta *un encargo* se subordina á la voluntad de otra. Este significado del precepto legal se desprende también de la expresión *personal empleada,* que se lee en el artícu-

(1) Decis. 27 Junio 1878.

lo 1.644, el cual no es sino la aplicación del mismo principio á un caso semejante, expresión que en el Código francés y en otros de los nuestros se leía también en los textos correspondientes á nuestro artículo 1.153. Lo exige también el espíritu de la ley, que al establecer la responsabilidad por un hecho ajeno sobre una prevención de culpa, supone que el hecho dañoso, aunque realizado por el comisionado, debe imputarse al comitente. Pero esta imputabilidad no puede pesar sobre él, sino en cuanto el hecho del comisionado puede considerarse realizado bajo la dependencia del comitente, de donde surge en éste el derecho, y al mismo tiempo la obligación de fijar la manera de cumplir el encargo, y si es necesario de vigilarlo. Si por el contrario la incumbencia, ó mejor la obra, es por cuenta propia del que la ejecuta, el comitente no es responsable. Yo no respondo del hecho del contratista con el cual ajusto la construcción de un edificio, porque obra independientemente, y en cambio éste responde de las personas que trabajan bajo sus órdenes. Ni se puede deducir la exclusión del comitente ó del amo de la excepción del mismo artículo 1.153, porque dicha exclusión tiene su raíz en la libertad ilimitada que el comitente tiene de elegir, de la cual nace la ilimitada responsabilidad de las consecuencias.

De estos principios se deriva que el colono no puede ser considerado como un comisionado del dueño del fundo que cultiva, porque, como observa la Casación de Turín (1), el mediero es un socio, no un dependiente del propietario ó arrendador; emplea su capital y su trabajo en el cultivo del fundo; divide los productos de éste con el propietario ó con quien lo re-

(1) Decis. 27 Junio 1878.

presente, pero no depende del mismo. Por lo que si el colono, ejerciendo su oficio, ocasiona un daño á otro, el propietario ó arrendador del fundo no es responsable; pero si el colono por orden del propietario ejecuta una labor determinada, por efecto de la cual debe considerarse bajo la dependencia de éste, obliga con el hecho dañoso al que le dió el encargo.

Para que el comitente responda del daño ocasionado por el comisionado, es necesario que éste haya obrado en cumplimiento del encargo recibido; pero no es necesario que se trate de una incumbencia expresamente confiada á él, pudiendo ésta ser consentida tácitamente ó tolerada. Por consiguiente, si un comisionado realiza habitualmente actos que están fuera de sus atribuciones, pero que pueden considerarse como consentidos tácitamente por el comitente, éste es responsable del daño que pueda originarse en su realización (1).

99. Entre el Estado y sus funcionarios ó empleados, ¿se establecen las relaciones que entre comitente y comisionado, de suerte que el primero sea responsable de los daños ocasionados por los segundos á los particulares en el ejercicio de sus funciones? Es principio de razón aceptado ya por la jurisprudencia patria, que en el Estado es preciso distinguir dos personalidades: política una y civil la otra. En el ejercicio de sus funciones políticas el Estado obra en interés de la nación y no puede responder del dolo ó la culpa de sus funcionarios, no pudiendo la malicia ó negligencia de éstos perjudicar á la nación. Pero el Estado que obra como entidad civil y con patrimonio propio, incurre en responsabilidad como cual-

(1) Cas. Turín, 5 Mayo 1883.

quier ciudadano, porque el que disfruta de derechos patrimoniales debe también estar sujeto á las obligaciones que pueden gravar su patrimonio. Por lo que si un secretario se apodera de un depósito judicial, el Estado no responderá, porque el secretario, al recibir el depósito, obra como funcionario judicial, por lo que el Estado realiza por su medio una función política y no civil (1). Por el contrario, si se hace un depósito á un empleado de la Intendencia, el cual obra en el interés patrimonial del Estado, éste responde de la apropiación indebida del funcionario, puesto que entre uno y otro se establecen relaciones de comitente y comisionado. Pero para atribuir al Estado dicha responsabilidad es necesario que el depósito se haya hecho á quien debió hacerse, de lo contrario, no hay responsabilidad. «La responsabilidad del Estado, dice la Casación de Roma (2), reposa en la presunción de culpa de éste por haber elegido á persona incapaz, imprudente ó poco honrada. La responsabilidad no puede exceder de los límites de la culpa, por lo que se limita necesariamente á los casos en que el funcionario obró en virtud de la elección hecha por el Estado. Todos los abusos, por lo tanto, que el funcionario cometa en el ejercicio de sus funciones recaen en sus consecuencias civiles sobre el Estado por tener su raíz en la elección; pero por la razón contraria, no puede nunca ser llamado á responder de los hechos cometidos por el funcionario fuera de sus atribuciones.»

Las sociedades de ferrocarriles responden del daño causado por sus empleados en el ejercicio de las funciones encomendadas á éstos, porque estas administraciones tienen responsabilidad civil y patrimonio

(1) Cas. Palermo, 19 Enero 1871 y otras.
(2) Decis. 27 Abril 1878.

propio; por lo que disfrutando de los derechos atribuídos á todo particular deben estar sujetos á sus obligaciones. Para disipar toda duda en este punto véase el art. 290 de la ley sobre obras públicas, que declara que los concesionarios de ferrocarriles, siendo sociedades reconocidas por la ley, son responsables de los daños que sus administradores, representantes, empleados ó agentes de cualquier clase adscritos al servicio de la línea ocasionaren en el ejercicio de sus funciones.

100. Los profesores y artesanos, dice el art. 1.153, están obligados por los daños ocasionados por sus discípulos y aprendices durante el tiempo que estén bajo su vigilancia. Estas últimas palabras nos revelan que los artesanos y profesores están obligados á vigilar la conducta de sus discípulos y aprendices durante el tiempo en que son tales, y que en esta obligación se funda la presunción de culpa en los primeros por los daños ocasionados por los últimos. Dicha presunción desaparece ante prueba en contrario, y por consiguiente, los artesanos y profesores serán admitidos, según el mismo art. 1.153, á probar que no pudieron impedir el hecho, siendo aplicable lo dicho respecto á padres y tutores.

La ley no distingue entre discípulos ó aprendices mayores ó menores de edad, por lo que en ambos casos existe la responsabilidad; porque la vigilancia la impone la ley, no por la edad, sino por el oficio.

No es necesario que este oficio se ejerza continuamente, porque la ley no lo exige; por lo que si una persona realiza su oficio de preceptor ó si un artesano recibe á un aprendiz durante una hora al día, serán responsables por dicho tiempo. Y si se trata de discípulos ó aprendices menores de edad durante el

tiempo que trabajan á las órdenes del profesor ó artesano, no responderá el padre ni el tutor, porque la vigilancia cesa en el momento en que comienza la de la persona á quien el menor fué confiado.

101. El propietario de un animal, dispone el artículo 1.154, ó quien se sirve de él durante el tiempo que le utiliza, está obligado por el daño que cause mientras se encuentre bajo su custodia, cuando se fugue ó extravíe. ¿Cuál es el concepto en que se funda esta disposición? Existen dos opiniones contrarias. Según una, el artículo en examen no hace más que establecer una responsabilidad absoluta del propietario del animal ó de quien se sirve de éste por los daños ocasionados por el mismo; según la otra, no establece más que una presunción de culpa á cargo del propietario ó utilizador del animal, que puede destruir prueba en contrario; por lo que, excluída la culpa, cesa la responsabilidad. A nuestro juicio, esta última opinión, aceptada por la Casación de Turín (1) es preferible á la primera por dos razones. La primera, que al hablar de la responsabilidad del dueño ó utilizador del animal bajo el epígrafe *De los delitos y cuasi-delitos*, el legislador ha considerado esta responsabilidad como derivada de delito ó cuasi-delito; de lo contrario hubiera hablado de ella en otro lugar. ¿Y es concebible el delito ó cuasi delito sin culpa? Cierto que no; luego el legislador patrio, al establecer la responsabilidad de que hablamos, no ha podido prescindir de la culpa. La otra razón es que, á nuestro juicio, no existe responsabilidad sin que el hecho, de la cual se deriva, sea imputada al autor; pero si en el autor no hay ni dolo ni culpa, no puede imputársele responsabilidad civil.

(1) Decis. 7 Marzo 1877.

Presumiéndose la culpa, por lo tanto, en el propietario ó arrendatario del animal, el damnificado podrá invocar esta presunción para pedir el resarcimiento y no estará obligado á probar la existencia de la culpa; la prueba corresponderá al dueño (1).

El que tiene en custodia un animal, aunque no se sirva de él, ¿será responsable del daño causado por el mismo? Examinando el texto del artículo en su integridad, la respuesta afirmativa es indudable. En éste se lee, en efecto, que la responsabilidad del propietario se da tanto si el animal está bajo su custodia, cuanto si se extravió ó escapó; luego la obligación de la custodia está considerada por la ley como el fundamento de la responsabilidad; por lo que quien asumió aquélla está sujeto á esta última.

La responsabilidad del propietario, del que utilizó ó tuvo bajo su custodia al animal que pace, por ejemplo, en un prado, no es acumulativa, sino alternativa, de modo que no todas estas personas son responsables simultáneamente de los daños ocasionados por el animal, sino sólo la que estaba obligada á vigilarle en el momento que produjo el daño.

102. No sólo estamos obligados á responder de los daños producidos por los animales, sino por las cosas que nos pertenecen. El art. 1.155 contiene una aplicación de este principio. En él se dice que el propietario de un edificio estará obligado por los daños ocasionados, por su ruina, cuando ocurra por falta de reparaciones ó por defecto de construcción. Pero no es éste el único caso en que el propietario está obligado á resarcir el daño derivado á otro por sus cosas; porque si un árbol de mi finca cae sobre un individuo, hirién-

(1) Ap. Turín, 16 Mayo 1881.

dole ó matándole, y la caída es culpa mía, estoy obligado á resarcir el daño. ¿Por qué, pues, el artículo en examen habla solamente del daño derivado de la caída de un edificio? Porque en este caso el legislador ha querido establecer, á cargo del propietario, una presunción de culpa que no puede extenderse á otros casos que los previstos en él; por lo que en los no previstos corresponde á quien pide el resarcimiento probar que el daño ocurrió por culpa del propietario.

La culpa del propietario presumida por la ley en el caso de caída del edificio por falta de reparación ó por vicio de construcción, ¿puede excluirse en virtud de prueba en contrario, suministrada por el mismo propietario? El principio general es que toda presunción legal queda destruída por prueba en contrario, á no ser que el legislador hubiera prohibido la prueba; pero esta prohibición no existe en este caso; luego el propietario podrá probar que la falta de reparación ó el vicio de construcción no le es imputable.

Si el edificio arruinado está usufructuado por una persona, el propietario será siempre responsable del daño, puesto que la ley le impone tal obligación sin limitación de ninguna clase, dejándole la acción contra el usufructuario que hubiese descuidado las reparaciones puestas á su cargo por la ley ó por el contrato.

103. La responsabilidad por los daños ocasionados á otro puede afectar á varias personas; lo que sucederá, tanto en el caso en que varios individuos cometieren un acto dañoso, como en el caso en que una persona deba responder de los actos de otra. En efecto; es preciso advertir que si la ley llama al padre responsable de las acciones del hijo menor, el profesor de las

de sus discípulos, el comitente de las de sus comisionados, etc., no dejan por esto de ser responsables también el hijo, el discípulo, el comisionado, etc.; porque si la ley extiende la culpa de las personas sujetas á otros á aquéllos de quienes dependen, no borran por esto la culpa y responsabilidad consiguiente de los primeros. La obligación de varias personas responsables de los daños es solidaria, según dispone el artículo 1.156; pero tal disposición se refiere á las relaciones entre los diversos responsables y el perjudicado, no á la que existe entre los obligados, por lo que estas relaciones deben ser reguladas aplicando los principios generales de derecho.

Si dos personas cometen un acto que ocasiona daño á otro, cada una de ellas, en sus relaciones recíprocas, está obligada por la cantidad necesaria para resarcir el daño, puesto que por la disposición general del art. 1.198, la obligación contraida *in solidum* con el acreedor se divide de derecho entre los deudores. Ni tal recurso puede ser proporcionado al grado de culpa de cada codeudor, porque la culpa, y no su medida, constituye el fundamento de la responsabilidad (1). Si se trata de responsabilidad ocasionada por un hecho ajeno, puede repetirse por entero la suma pagada de quien fué autor del daño. Mi padre, por ejemplo, ó un comitente, ha tenido que pagar mil á un tercero por los daños ocasionados por un hijo menor de edad ó por un comisionado suyo; ahora bien, el padre ó el comitente, que no tomó parte en el hecho, ¿puede repetir las mil liras del hijo ó el comitente? Para poner la obligación entera á cargo del menor ó del comisionado sería preciso que tuviese sólo la cul-

(1) En contr. Ap. Turín, 28 Nov. 1881.

pa del hecho cualquiera de éstos; ahora bien, la ley llama responsable al padre y al comitente, porque también éstos tienen culpa; luego si la culpa es común, deben soportar en común las consecuencias y no se puede hacerlas recaer exclusivamente sobre el autor material del hecho.

CAPITULO III

ESTIMACIÓN DEL DAÑO

SUMARIO: 104. Criterio para valuar el daño producido por el delito ó cuasi delito.—Es distinto de aquel que sirve para valuar el daño por incumplimiento de una obligación contractual.—105. Prueba del daño.—106. Si procede la acción de resarcimiento cuando dos personas y por su culpa se han perjudicado mutuamente.—107. Si la acción de resarcimiento procede también cuando el daño se ha ocasionado por culpa del que lo sufre.

104. Sentado ya que toda persona está obligada al resarcimiento de daños, es preciso determinar la cualidad é importancia del daño para de este modo determinar y fijar la responsabilidad del autor del delito ó cuasi-delito. Pero ¿con qué criterio procederemos á esta evaluación?

En el capítulo referente á los efectos de las obligaciones figuran los arts. 1.228 y 1.229, en los cuales se establece la norma para la evaluación de los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación; ¿son estas mismas reglas aplicables cuando se trata de valuar los daños derivados de los delitos y cuasi-delitos? Se ha contestado afirmativamente fundándose en que los citados artículos tratan de uno de los efectos de las obligaciones en general, y, por lo tanto, de los que se derivan del delito ó cuasi-delito (1). No

(1) Consult. Cas. Florencia, 14 Dic. 1872.

creemos aceptable esta doctrina porque los artículos en cuestión tratan expresamente de las obligaciones derivadas del contrato, que son cosa muy distinta de las que provienen del delito ó de la culpa. Cuando la obligación se deriva del contrato, es lógico que los efectos de la misma se valúen según la intención expresa ó tácita de las partes, puesto que su voluntad es la ley del contrato, pero cuando se trata de obligaciones derivadas de la ley, conviene proceder con otro criterio para valuar los efectos, puesto que tales obligaciones no se rigen por la voluntad de las partes, sino por la del legislador (1). Ahora bien; el legislador establece, en el art. 1.151, que quien por su culpa es causa de un daño, está obligado á resarcirlo, sin distinción de daños; luego cualquiera que sea su clase, bien sea directo ó indirecto, el daño debe ser resarcido á la parte perjudicada por quien es responsable del delito ó cuasi-delito (2).

105. La demostración del daño puede hacerse con cualquiera clase de prueba admitida por la ley, no limitándose á los documentos indicados en los artículos 1.313, 1.314 y 1.315 del Código, porque estos artículos, como observa la Casación de Turín, sólo se refieren á la prueba de ciertos contratos y no se extienden á los delitos y cuasi-delitos, cuya prueba faltaría las más de las veces si estuviese prohibido sacarla de un conjunto de hechos cuya apreciación está encomendada al juez.

106. Si una de las partes hubiese ocasionado por su culpa daño á la otra, ¿puede cada una de ellas pedir el resarcimiento? La Casación de Turín ha resuel-

(1) Consult. en este sent. Cas. Palermo, 14 Enero 1868; Trib. Apel. Florencia, 5 Junio 1877.

(2) Véase en este sentido Cas. Turín, 7 Julio 1882.

to que, en este caso, compensándose la culpa de la una y de la otra parte, ninguna de ellas podrá, en justicia, pedir la indemnización (1). Esta doctrina no nos parece aceptable; porque la culpa de una parte en orden al hecho que le es imputable, no excluye la culpa de la otra por su respectivo hecho. Si yo, por ejemplo, te ocasiono con mi culpa un daño de diez, y tú te haces responsable para conmigo de un cuasi-delito que me ocasiona un daño de veinte, fácilmente se comprende que yo soy deudor tuyo por diez mientras que tú lo eres mío por veinte. Ahora bien; se pueden compensar las deudas, pero sólo en un valor equivalente, por lo que yo no podré pedirte los diez que me debes, pero tú podrás exigirme diez de los veinte que yo te debo á ti y que representa la diferencia entre ambas partes.

107. Si el daño se hubiese ocasionado por culpa de ambas partes, ¿hay obligación de resarcir? En esta hipótesis, las dos personas con su culpa han contribuído á que se produzca el daño; luego ambas son responsables. Y como en las relaciones entre varias personas obligadas al resarcimiento se divide la obligación, de aquí que el perjudicado soportará como uno de los autores del daño la mitad de éste, y pedirá el reembolso de la otra mitad á quien con él comparte la responsabilidad.

(1) Decis. 26 Junio 1874.

TITULO SEGUNDO

Diversas clases de obligaciones.

CAPITULO PRIMERO

DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

SUMARIO: 108. Condición doble.—109. En qué se distingue la condición del modo.—110. La condición consiste en un acontecimiento futuro é incierto.—111. Condición imposible en las obligaciones.—112. Condiciones ilícitas.—113. Las condiciones se dividen en casuales, mixtas y potestativas. —114. Mientras esté pendiente la condición suspensiva, el acreedor puede realizar actos de conservación de su derecho.—115. La condición suspensiva cumplida tiene efectos retroactivos.—116. Cuándo se considera cumplida la condición.—117. El acto del deudor que impide el cumplimiento de la condición hace que ésta se considere cumplida.—118. Cuándo se considera la condición no cumplida. —119. A cargo de quien están los riesgos, pendiente la condición suspensiva.—120. Condición resolutoria.—121. Condición resolutoria que se sobreentiende en los contratos bilaterales.—122. La parte que en virtud de la condición resolutoria sobreentendida pide la resolución del contrato debe haber cumplido su obligación.—123. El que en virtud de la condición resolutoria sobreentendida pide la resolución, puede pedir después la ejecución.—124. La parte contra quien se pide la resolución puede detener el curso de esta acción ejecutando el contrato.—125. Pacto comisorio expreso.—126. Si es necesario constituirse en mora para que se resuelva la obligación contra la parte que no la ejecuta.—127. A qué daños está obligada la parte que se niega á ejecutar con respecto á la otra.

108. Es condicional la obligación, dice el artículo 1.157, cuya subsistencia ó resolución se hace depender de un acontecimiento futuro é incierto. La condición, pues, puede referirse tanto á la existencia de la obligación como á su resolución, y en ambos casos el legislador patrio llama á la obligación condicional. Es deber nuestro advertir que este lenguaje del legislador no está muy en armonía con los principios supremos de razón. Cuando la condición se impone sólo á la disolución de la obligación, ésta adquiere existencia pura é incondicionada, desde el momento en que se contrae, ¿no es, por tanto, ilógico llamar condicional á la obligación que ya existe incondicionalmente? Sea de ello lo que quiera, el intérprete no puede menos de adoptar el mismo lenguaje usado por el legislador; por lo que estamos obligados á reconocer dos clases de condiciones: las suspensivas y las resolutivas.

La condición suspensiva se refiere á la existencia de la obligación; la resolutiva, al fin ó resolución de aquélla. Es suspensiva la condición que hace depender la obligación de un suceso futuro é incierto; y es resolutoria la que, al verificarse, vuelve las cosas al estado en que se hallaban, como si la obligación no hubiera existido nunca (art. 1.158). Fácil es distinguir en abstracto una de otra condición, aunque pueden presentarse en la práctica dificultades al interpretar cada contrato. Algunas veces puede no aparecer claramente de la convención si las partes quisieron hacer depender del cumplimiento de una condición la existencia de la obligación, ó bien su resolución; ¿cómo resolveremos la duda? La solución no puede ser dada *a priori*, diciendo, por ejemplo, que se decidirá á favor de una condición con preferencia á otra, y, por

otra parte, es sabido que á falta de un texto explícito de la ley no puede hablarse de presunción. La cuestión, por tanto, debe resolverse en cada caso interpretando la voluntad de las partes, que entre ellas tiene fuerza de ley. El juez, pues, examinará el documento en su redacción, teniendo en cuenta las circunstancias que la precedieron, acompañaron ó siguieron, y de aquí decidirá, según su conocimiento, cuál fué la voluntad de los contratantes (1). Y si, no obstante esta indagación, la intención de las partes resulta alguna vez obscura, el juez deberá tener presente el artículo 1.137, que dispone que, en caso de duda, el contrato se interpreta en contra del estipulante y en favor del promitente.

109. La esencia de la condición consiste en la incertidumbre del acontecimiento futuro de que depende la obligación ó su resolución, sin que á este precepto legal pueda sustituirle otro sacado del uso ó la costumbre. Llámanse comúnmente condiciones los gravámenes, cargas ó modalidades que en un contrato se contienen; pero en el lenguaje legal la condición es siempre distinta del modo, en cuanto aquélla suspende la obligación y éste se refiere á la ejecución práctica que ha de darse á la obligación que es cierta desde su nacimiento. Supongamos la venta de un fundo gravado con hipoteca, á cuya cancelación se haga referencia en el documento respectivo; ahora bien; esta cancelación puede constituir tanto una modalidad de la obligación como una condición de la cual se haga depender la existencia de la obligación misma. Si se quiso adquirir pura y simplemente, obligando al vendedor á cancelar la inscripción, existe una moda-

(1) Consult. Cas. Florencia, 20 Marzo 1871.

lidad; si, por el contrario, se quiso hacer depender la venta de la cancelación, tendremos una condición que suspende la obligación. ¿Qué decidir, por tanto, en caso de duda? No olvidemos que en materia de contratos la voluntad de las partes es la ley, por lo que el juez deberá indagar é interpretar dicha voluntad y resolver la cuestión del modo más conforme á la intención de las partes. Y si, no obstante la más detenida indagación, apareciese aún dudosa la voluntad, el art. 1.137 suministrará al juez un criterio que resuelva la cuestión.

110. El suceso en que consiste la condición debe ser futuro é incierto; por consiguiente, si el suceso es un hecho pasado ó bien uno futuro cierto, no existe á tenor de la ley verdadera condición. Según el artículo 1.181 del Código francés, hay condición suspensiva aun cuando la obligación se haga depender de un acontecimiento pasado, pero no conocido de las partes. Nuestro legislador no ha reproducido en su código esta disposición y ha hecho bien. Porque si la obligación que se contrae está ligada á un acontecimiento ya acaecido, existe cierta é incondicionalmente desde el momento que se contrae ó no existe en modo alguno, según el acontecimiento á que las partes se hayan referido, se haya ó no efectuado: ¿cuándo se verifica, pues, en este caso la suspensión, que es el efecto verdadero y propio de la condición? Si el acontecimiento, aunque futuro, es cierto, no puede tampoco constituir condición, porque lo que *puede* ser nos da la idea de la condición, no lo que indudablemente *debe* ser. Y si las partes se han referido en el contrato á un acontecimiento futuro pero cierto, entonces podrán haber querido poner un término á la ejecución de la obligación retardando esta ejecución hasta el momento en

que el hecho se verifique, pero nunca contraer una obligación condicional.

111. La condición imposible hace nula la obligación que de ella depende (art. 1.160); pero la condición de no hacer una cosa imposible, no anula la obligación contraída bajo la misma (art. 1.161). Las convenciones son actos serios de la vida y las burlas ó bromas no pueden merecer este nombre. Cuando alguno se obliga bajo condición imposible, manifiesta que no tuvo intención de obligarse, por lo que su acto no es serio ni puede encontrar apoyo en la ley. Por el contrario, cuando yo te prometo ciento á condición de que no harás una cosa imposible, me obligo pura y simplemente porque sé que lo imposible no puede suceder; de aquí que la obligación que no tiene valor cuando es contraída bajo condición imposible, tiene valor, en cambio, cuando es contraída á condición de no hacer una cosa imposible.

No enumeraremos aquí las condiciones imposibles que cualquiera comprende cuáles son, pero para evitar errores haremos notar que la imposibilidad se da tanto en el caso en que ésta sea absoluta cuanto relativa. Lo que para otro hombre es posible, puede ser imposible para mí, atendida la especial condición en que me encuentro, y aun lo que para mí es imposible siendo siempre un imposible vicia la obligación que de ello se hace depender.

La condición imposible ¿hace anulable la obligación ó hace que se la considere como inexistente? Creemos que la expresión de la ley *hace nula la obligación;* debe interpretarse en el sentido de inexistencia del acto más bien que en el de acto anulable, y la razón es clara. En efecto, ¿por qué la condición imposible vicia la obligación? Porque el consentimiento de obligarse bajo

condición imposible no es un consentimiento serio y equivale á falta de consentimiento; ahora bien, ¿puede existir una obligación que carece del primero de sus elementos esenciales: el consentimiento?

Si la condición imposible va acompañada de otra condición posible, pero cada una de ellas puesta alternativamente, la obligación es eficaz, porque debiendo ejecutar la obligación si se cumple una sola de las condiciones alternativas, aquella que es posible, la imposible no ejerce ninguna influencia, y no puede invalidar, por tanto, la obligación.

Para establecer la posibilidad ó imposibilidad de una determinada condición debe tenerse en cuenta el tiempo en que se contrajo, porque la eficacia debe acompañar á la obligación desde su nacimiento; y como la obligación ineficazmente contraída no puede después llegar á ser eficaz, así la que desde el principio es válida no puede ser considerada después como inválida. Suponiendo, por tanto, que la condición impuesta, posible al tiempo de celebrarse el contrato, se hace imposible después, la obligación ha existido válidamente, y la imposibilidad sobrevenida posteriormente equivale á la falta de condición. Y si la condición, imposible en el momento en que se contrae se hace posible después, la obligación que no existió eficazmente en su origen no puede adquirir eficacia con el progreso del tiempo. Pero conviene advertir que si los contratantes tuvieron en cuenta el acontecimiento por efecto del cual puede ocurrir que se haga posible lo que antes era imposible y este acontecimiento se comprende en el número de los posibles, la previsión de una posibilidad futura puede constituir una condición válida.

¿Qué decir en el caso en que la imposibilidad no se

refiera á una verdadera condición suspensiva, sino á una condición resolutoria? La cuestión, á falta de un texto legal, debe resolverse aplicando los principios de razón. El que hace depender la resolución de la obligación del cumplimiento de una obligación imposible no quiere evidentemente que la obligación se resuelva; por lo que la obligación subsiste y la demanda resolutoria no tiene ningún valor. Y si la resolución se hace depender de no hacer una cosa imposible, en tal caso falta la voluntad de obligarse, pudiéndose resolver la obligación al tiempo de nacer, y la falta de tal voluntad excluye la obligación.

112. La condición ilícita, es decir, contraria á las buenas costumbres ó á la ley, es nula y anula la obligación (art. 1.160). El por qué, es fácil de comprender. Cuando se pone una condición contraria á la moral ó á la ley, se quiere una cosa que está en oposición con aquélla ó con ésta; ¿y pueden acaso las partes reformar á su capricho la moral ó la ley cuando esta última dispone para tutelar un interés general? Cierto que no; luego no debe tener valor la obligación contraída bajo una condición ilícita. De aquí también la consecuencia de que la obligación contraída bajo condición ilícita no es anulable, sino inexistente; porque la voluntad de las partes, en cuanto se opone á la ley, es ineficaz para producir un vínculo jurídico y absolutamente impotente; de esta su impotencia derívase la inexistencia de la obligación.

Para determinar si la condición impuesta es ó no lícita es preciso tener en cuenta, no sólo el acontecimiento designado por las partes, sino también el objeto que se propusieron al contratar, porque precisamente de éste depende la moralidad de la acción. Pongamos un ejemplo. Tomar mujer ú ordenarse de

sacerdote son en sí cosas lícitas y honestas; pero si encontramos una obligación concebida en estos términos: te doy mil si te haces sacerdote ó si te casas con Lucía, no diremos en seguida que se trata de una condición ilícita, sino que atenderemos á la intención de las partes para indagar el fin que se propusieron. Porque si la promesa de mil se hace para ejercer presión sobre tu voluntad y que te resuelvas á ser sacerdote ó á casarte con Lucía, se trata en este caso de mermar tu voluntad ó restringirla respecto á la elección de estado: y siendo ilícito el fin que se persigue, no puede considerarse eficaz la obligación. Pero si tú, por voluntad espontánea, decides ser sacerdote ó casarte con Lucía, y yo, para demostrarte mi agrado por el hecho que vas á realizar, te prometo mil si le realizas, mis intenciones son rectas y honestas; nada hay de ilícito en mi promesa, y es, por lo tanto, eficaz.

Dice el legislador en el art. 1.161, que la condición de no hacer una cosa imposible no anula la obligación, pero calla respecto á la obligación contraída bajo la condición de no hacer cosa ilícita; ¿qué debemos deducir de este silencio? Diremos que el no hacer cosa ilícita es deber de todos y que nuestra moral cristiana no consiente que se ponga precio al cumplimiento de un deber. Por tanto, prometer una suma para que otro cumpla su deber tiende á debilitar el sentimiento del deber y á que los hombres obren bien, no por deber, ni por lucro; tal promesa, pues, es contraria á la moral, y no puede, por consiguiente, ser eficaz. Dígase lo mismo cuando una persona contrae la obligación de pagar una suma, como pena, en los casos en que cometa una acción ilícita. En efecto; ¿cuál es el objeto de tal promesa? El de obligarme á cumplir un deber

para no verme precisado á pagar á otro cierta suma. Ahora bien; el deber se cumple por sí mismo, y no por temor de un daño pecuniario al cual se estaría expuesto en caso contrario, luego la promesa tiene en este caso, como en el otro, el mismo fin, á saber: el de sustituir al deber el dinero como estímulo de nuestras acciones.

Si la condición ilícita no se refiere á la existencia de la obligación, sino á su resolución ¿tendrá valor? Cuando la resolución de un contrato se hace depender de condición que ha de suponerse ilícita teniendo en cuenta el fin propuesto por las partes, se da el caso de que una de las partes quiere influir sobre la otra por la amenaza de la resolución de un contrato, ya para obligarla á hacer una cosa ilícita, ya para mantenerla dentro de los límites de su deber, no haciendo cosa ilícita; ahora bien, en uno y otro caso el objeto de la contratación está en oposición con la moral; luego la condición ilícita hace ineficaz la obligación aun cuando se refiera á la resolución de la misma.

113. Las condiciones á que puede someterse una obligación se distinguen en casuales, potestativas y mixtas (art. 1.159). Llámase casual la condición que depende de un acontecimiento fortuíto que no depende del acreedor ni del deudor. Que mañana llueva, que tu mujer dé á luz un hijo varón, etc., son ejemplos de condiciones casuales. Potestativa es la condición cuando su cumplimiento depende de la voluntad de uno de los contratantes: por ejemplo, si vas á América ó si te retiras del comercio, si no haces tal cosa, etc. Mixta, por último, es la condición cuando depende á un tiempo de la voluntad de una de las partes y de la voluntad de un tercero ó del acaso. Que tú, para citar un ejemplo, adquieres de Sempronio el fundo tusculano,

es condición mixta porque su realización depende de mi voluntad y de la de Sempronio; que tú te hagas millonario con el comercio es también condición mixta porque no depende de mi voluntad exclusiva el ser millonario, sino de las circunstancias favorables ó de mi suerte.

Esta distinción no tiene importancia sino en orden á la condición potestativa de que se habla en el artículo 1.162, así concebido: «Será nula la obligación contraída bajo una condición que la haga depender de la sola voluntad del obligado.» La condición potestativa á que este artículo se refiere, ¿es la definida por el artículo 1.159? Creemos que no, porque en el art. 1.159 se llama condición potestativa á la que depende de la voluntad de uno de los contratantes, mientras en el art. 1.162 se excluye la condición que haga depender la obligación de la *sola* voluntad del deudor. Ahora bien; ó la palabra *sola* es inútil y ociosa, lo que no es de suponer, pues el legislador nunca habla en balde; ó, por el contrario, significa algo, y su significado no puede ser otro que el atribuir á la condición potestativa de que habla el art. 1.162, un valor distinto del asignado en la definición del art. 1.159. Pero puede observarse; ¿para qué se preocupa el legislador de dar una definición cuando en un artículo siguiente toma el objeto definido en un sentido distinto del de la definición? Responderemos: porque el legislador nunca hace cosa buena cuando define algún concepto jurídico, por ser esta tarea propia de la jurisprudencia. Mejor habría hecho suprimiendo totalmente el art. 1.159, tanto más cuanto que nadie sentía la necesidad de que el legislador le dijese lo que es condición casual, potestativa ó mixta. Pero aparte de esta censura y no pudiendo deshacer la obra del legislador, debemos tomar sus

disposiciones cuales son é interpretarlas del modo más conforme á su voluntad.

Cuando se trató de redactar el art. 1.174 del Código francés, correspondiente al 1.162 del nuestro, se dijo que debía considerarse nula la obligación contraída bajo una condición *puramente* potestativa. El Tribunado observó que el adverbio *puramente* podría suscitar cuestiones, y decidió suprimirle, proponiendo la siguiente redacción: será nula la obligación que dependa *únicamente* de una condición potestativa de parte del deudor. El Consejo de Estado aceptó la supresión del adverbio *puramente*, pero no añadió el de *únicamente* propuesto por el Tribunado sin indicar el motivo, de tal modo, que el art. 1.174 aparece redactado de este modo: será nula la obligación contraída bajo condición potestativa por parte del obligado. Pero, á pesar de esta redacción, surgió en Francia la controversia sobre si toda condición potestativa por parte del deudor hace nula la obligación, y la mayor parte de los intérpretes contestaron que no, distinguiendo la condición que depende de la voluntad pura y simple del deudor y la que, aun dependiente de la voluntad de éste, exige, sin embargo, el concurso de circunstancias exteriores para determinar su existencia. Ahora bien; nuestro legislador, que ha hablado cuando ya esta cuestión fermentaba en la doctrina y en la jurisprudencia, al decir que no anula la obligación la condición dependiente de la voluntad del deudor, sino la que depende de la *sola* voluntad de éste, ¿no es evidente que ha querido definir la disputa en el sentido en que la definieron la mayor parte de los intérpretes del Código de Napoleón?

Y á la razón histórica se une la razón filosófica de la ley. ¿Por qué, en efecto, se anula la obligación cuya

existencia se hace depender de la voluntad del deudor? Porque una condición contraída á condición de que dependa de la voluntad del deudor no demuestra en éste una intención seria de obligarse, y sin la seriedad del consentimiento no es verosímil un vínculo jurídico. Ahora, esta seriedad falta sólo cuando la condición impuesta depende exclusivamente de la voluntad del deudor, como si dijéramos: te prometo darte mil si se me antoja, si quiero, etc.; pero la seriedad existe cuando la condición, aunque dependiente de la voluntad del deudor, exige, sin embargo, el concurso de circunstancias externas para que pueda realizarse; ¿qué razón hay, por tanto, para que en esta hipótesis se declare la nulidad de la obligación? He aquí un ejemplo: yo me obligo á pagarte mil si me retiro del comercio, ó bien si me dedico al comercio. El dedicarse ó retirarse del comercio depende ciertamente de la voluntad del deudor, pero no exclusivamente existen multitud de circunstancias que pueden influir en tales determinaciones; la obligación, por lo tanto, contraída de este modo, tiene caracteres de seriedad, y no hay razón para declararla nula (1).

Si la condición meramente potestativa por parte del deudor se impone á la resolución de la obligación, ¿será válida? Se sostiene la afirmativa, fundándose en que el art. 1.162 prohibe la condición meramente potestativa por parte del deudor, cuando ésta concierne á la existencia de la obligación, no á su resolución (2). No nos parece éste el significado del art. 1.162. En éste se dice, en efecto, que es nula la obligación contraída bajo condición que dependa de la sola volun-

(1) Véase Cas. Florencia, 1881.

(2) Consult. Giorgi, *Teoria delle obligazioni*, vol. IV, número 304.

tad del obligado. Ahora bien; si la condición meramente potestativa se impone á la existencia de la obligación ó á su resolución, obra de modo que el ser ó no ser de la obligación dependa de la voluntad del deudor, la obligación, según el concepto del artículo en examen, no puede menos de ser nula. Es inútil hablar de palabra cuando no se trata sino de voluntad. Si yo digo que me comprometo á darte mil ó á venderte en mil una finca, reservándome ejecutar esta obligación si quiero y cuando quiera, aunque la condición meramente potestativa no se refiera sino á la resolución de la obligación contraída, se comprende que no hay obligación seria, pues que depende de mi voluntad el cumplirla ó no cumplirla, valiéndome de la cláusula resolutoria desde el momento en que la obligación surge, y todo lo que no es serio no tiene valor jurídico.

114. Contraída una obligación bajo condición suspensiva, es preciso atender á dos distintos tiempos: al tiempo en que la condición está pendiente y á aquel en que la condición se verificó ó puede considerarse como no cumplida. Comenzando por el primero, es de notar la disposición del art. 1.171, en el cual se lee: que el acreedor puede antes que se haya cumplido la condición ejercitar todos los actos que tiendan á conservar sus derechos. Estos actos de conservación pueden tener por objeto, tanto la prueba del derecho, cuanto el derecho mismo, puesto que éste, prácticamente hablando, nada vale si no se está en situación de suministrar la prueba de su existencia; por consiguiente, si el derecho condicional resulta de escritura privada, ó se confió á la memoria de personas que conocieren su existencia, el acreedor puede, pendiente la condición, pedir que se reconozca la escritura privada ó que se admita la información de perpetua

memoria. Los actos de conservación concernientes al mismo derecho pueden consistir: en la demanda judicial interpuesta contra tercero para interrumpir el curso de la prescripción de treinta años; en personarse en un juicio de graduación de créditos para pedir que se deposite la suma debida bajo condición; en impedir que se ocasionen daños á la cosa debida condicionalmente, ó que se preste una fianza que asegure la indemnización de los daños temidos; en pedir un embargo preventivo cuando concurran las condiciones exigidas por la ley, y en hacer todo lo que, sin comprometer al deudor á la prestación inmediata de lo que se debe bajo condición, asegure en la forma permitida por la ley ó por el pacto, que la obligación será satisfecha al cumplirse la condición.

Pero ¿qué derecho adquiere el acreedor pendiente la condición? La condición, según el art. 1.157, no hace sino tener en suspenso, no ya la ejecución de la obligación, sino la existencia de ésta; ahora, una obligación en suspenso es una obligación que puede existir y puede no existir, y todo lo que puede no existir no puede considerarse aun como existente; luego si la obligación del deudor no existe, ¿cómo puede existir el derecho del acreedor? Parece, por tanto, que hay contradicción entre el art. 1.157 y el 1.171. Pero tal contradicción desaparece con sólo meditar que un derecho condicional es siempre un derecho que forma parte del patrimonio de quien lo adquirió, así como la obligación, aun condicional, es siempre un vínculo que disminuye el patrimonio de quien la contrae. El derecho del acreedor no consiste en poseer actualmente la cosa ó suma convenida, sino en poseerla cuando se haya cumplido la condición, y este derecho no debe confundirse con la esperanza, que puede ser

defraudada, bien por sobrevenir una nueva ley, bien por un cambio de voluntad, como sucede en materia de sucesiones; *mientras que el derecho adquirido, habiendo entrado en nuestro patrimonio,* no puede ser arrebatado ni por una nueva ley ni por un cambio en la voluntad del que se obligó condicionalmente.

No impidiendo la condición pendiente la adquisición de un derecho por parte del contratante, no puede tampoco impedir que éste disponga del modo que más le agrade del derecho adquirido; y es consecuencia de este principio la disposición del art. 1.976, que faculta á quien adquiere sobre un inmueble un derecho sometido á condición suspensiva para hipotecar el inmueble, hipoteca que queda también sujeta á la misma eventualidad á que está sujeto el derecho de dominio adquirido sobre el inmueble. Ahora bien; si yo puedo hipotecar el fundo, adquirido condicionalmente, podré, por la misma razón, constituir sobre él una servidumbre, adquirir una servidumbre activa, darlo en uso ó usufructo, ó bien venderlo ó donarlo á un tercero; pero estos actos realizados por mí están subordinados á la condición de que depende el derecho por mí adquirido, y, por consiguiente, tendrán ó no eficacia, según se cumpla ó no se cumpla la condición de que mi derecho depende.

115. Cumplida la condición suspensiva, sus efectos se retrotraen al día en que se contrajo la obligación; por lo que si el acreedor muere antes de cumplirse las condiciones, sus derechos pasan á sus herederos (art. 1.170); de estas disposiciones se deduce que el derecho no se reputa como existente en el momento en que la condición se cumple, sino en el momento en que las partes celebraron el contrato; y por esto, los actos dispositivos realizados por el acreedor mientras

está pendiente la condición, adquieren valor al cumplirse ésta, precisamente porque considerándose que adquirió el derecho apenas cumplida la condición, no puede negársele el derecho de disponer de lo que es suyo.

¿Cuáles son las consecuencias de este principio en orden á la percepción de los frutos y en orden al valor de los actos administrativos realizados relativos á la cosa objeto del contrato? Supongamos que se me vende un fundo bajo condición, cumpliéndose la condición impuesta después de tres años; ¿á quién pertenecen los frutos recogidos durante los tres años? Si la cuestión hubiera de resolverse solamente con la guía de los principios generales de derecho, deberíamos responder que el derecho á la percepción de los frutos corresponde al comprador, porque considerándose éste como dueño del fundo desde el momento en que el contrato de renta tuvo lugar, no puede menos de adquirir con el derecho de dominio el derecho de hacer suyos los frutos. Pero debemos observar que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes; por lo que es imposible resolver la cuestión sin atender á la voluntad expresa ó tácita de los contratantes. Esta voluntad es, por lo tanto, la que debe decidir á quién corresponden los frutos producidos mientras estuvo pendiente la condición; y si faltan los elementos necesarios para acreditar dicha voluntad, recuérdese que, en la duda, los contratos se interpretan siempre contra el que ostenta una pretensión, justamente porque á éste, y no á otro, es á quien corresponde la prueba de su demanda.

Respecto á los actos de administración debe también atenderse á la voluntad de los contratantes; pero si éstos hubiesen guardado silencio sobre tal extremo,

la voluntad tácita ó presunta de las partes será atribuir las facultades administrativas á aquél de los contratantes que mientras se cumple la condición posee la cosa objeto del contrato; por consiguiente, si estos actos, entre los cuales debe indudablemente comprenderse el alquiler, se realizaron de buena fe, esto es, sin ánimo de perjudicar á aquél que condicionalmente adquirió un derecho sobre el fundo, obligan al adquirente, aunque realizados por el vendedor después de haber perdido el dominio de la cosa vendida.

116. ¿Cuándo se tiene por cumplida la condición? Para contestar es preciso ver si el acontecimiento de que la obligación depende consiste en un hecho positivo ó negativo. En el primer caso la condición se cumple al realizarse el suceso, en el segundo se aplica la regla establecida por el art. 1.163, en que se dice que cuando la obligación se contrae bajo la condición de que un acontecimiento no se realice en un determinado tiempo, la condición se considera cumplida cuando este tiempo ha pasado sin que el suceso haya ocurrido; é igualmente se considera cumplida si dentro de dicho plazo se adquiere la certidumbre de que no ocurrirá, y si no hay plazo determinado se cumplirá sólo cuando sea seguro que el acontecimiento no se habrá de realizar. Por tanto, la demostrada imposibilidad de realizarse el hecho, de cuya no existencia ó de cuya falta se hace depender la obligación, implica el cumplimiento de la condición consistente en un hecho negativo.

La condición se debe cumplir dentro del término estipulado; si no se estipuló ninguno, deberá atenderse al tiempo en que es posible el cumplimiento de la condición, ó bien, ¿se acudirá al magistrado para que fije un plazo? Obsérvese que los contratos son ley de las

partes, y que como á éstas, al magistrado no le es lícito quitar ni añadir nada á los mismos, por lo que si los contratantes quisieron referirse á todo el término en que el cumplimiento de la condición es posible, no puede el juez abreviarlo. Pero algunas veces la condición puede asumir el aspecto de una cláusula penal impuesta á una obligación contraída incondicionalmente, caso en el que si no se fijó término, la obligación es exigible inmediatamente. Si yo digo, por ejemplo, que te daré ciento, si no te doy mi caballo, no contraigo propiamente una obligación condicional, sino que me obligo á darte incondicionalmente mi caballo, y de no dártele, á pagarte ciento, suma que representa la pena impuesta.

La condición debe cumplirse del modo querido verosímilmente por las partes (art. 1.166), puesto que la voluntad de los contratantes es entre ellos ley. De aquí que la condición no puede dividirse, debiendo cumplirse por entero (1). Si, por ejemplo, la condición consiste en el pago de mil, que yo debo hacer á Sempronio, no se considera cumplida aunque haya pagado una parte importante de dicha suma. Pero observemos que si esta doctrina es aceptable en tesis general y abstracta, en la práctica es preciso atender á la voluntad tácita ó presunta de los contratantes para juzgar si según su intención debe ó no considerarse como verificada aun cuando se haya cumplido sólo en parte, y si no aparece clara la intención de las partes no se está en el caso de resolver la indivisibilidad de la condición, sino que se debe aplicar la regla de derecho que dispone que la cláusula debe interpretarse á favor del deudor; porque los contratos

(1) Consult. Trib. Ap. Messina, 19 Junio 1876.

se interpretan siempre según la voluntad manifiesta ó presunta de los contratantes que entre ellos tiene fuerza de ley. Según estos mismos principios, debe resolverse la cuestión de si la condición debe cumplirse por equivalentes. Si, por ejemplo, la condición consiste en un acto que yo debo realizar y se quiere saber si ha de considerarse cumplida cuando un tercero realiza el hecho, conviene atender á la voluntad de las partes y en la duda resolverla á favor del deudor.

Si el deudor, tratándose de condición mixta, hiciese todo cuanto en él estuviese para que el suceso se realizara sin que éste tuviese lugar, sin embargo, ¿puede considerarse cumplida la condición? Se ha creido deber resolver tal controversia en sentido afirmativo (1); pero no creemos aceptable tal solución, cuando con ella, prescindiendo de la especialidad del caso, se trata de demostrar *a priori* una regla general y absoluta. Porque las convenciones deben ser interpretadas según la intención de los contratantes, y no de otro modo. Ahora bien; se prescinde del todo de dicha voluntad cuando la resolución se quiere hacer depender de la aplicación de criterios establecidos *a priori;* luego lo que dijimos de la divisibilidad ó indivisibilidad de la condición, en orden á su cumplimiento por equivalentes, es aplicable al caso, siendo siempre la voluntad de las partes la que resuelve estas cuestiones.

117. La condición, aun no verificado el acontecimiento en que consiste, se tendrá por cumplida cuando el mismo deudor, obligado bajo condición, impida su cumplimiento (art. 1.169). Dos son, á nuestro juicio, los fundamentos de esta disposición. El uno, que á ninguno le es lícito aprovecharse de su propia

(1) Consult. Trib. Ap. Lucca, 18 Julio 1870.

malicia en daño ajeno; el otro, que el deudor, oponiéndose con su voluntad al cumplimiento de la condición, infringe la ley del contrato, según la cual debe permanecer extraño al suceso de que depende el derecho del acreedor. De aquí que tratándose de un cuasi-delito por parte del deudor, es necesario que el hecho que impidió el cumplimiento del suceso sea voluntario é imputable al mismo deudor. «Este, dice la Casación de Florencia (1), es evidentemente el significado de la letra de la ley, que dice que la condición se tendrá por cumplida cuando el mismo deudor, obligado bajo condición, impida su cumplimiento, y también su espíritu, porque el legislador, con dicha disposición, quiere mantener la buena fe en los contratos, y, por consiguiente, pone la responsabilidad de los daños á cargo de la parte que por cambio de intención ó de intereses tratase de sustraerse al vínculo obligatorio, impidiendo el cumplimiento de la condición. También, por último, resulta así de las fuentes del Derecho romano, de que proviene la disposición del Código, porque los jurisconsultos respondieron siempre en este asunto que sólo se tendrá por cumplida la condición á cargo del deudor cuando éste ú otros impidieren que la condición se cumpliese y cuando él mismo obró para impedirlo (2).

118. ¿Cuándo se reputa que la condición no se cumplió (1)? Dispone el art. 1.167 que cuando una obligación contraída bajo la condición de que suceda un acontecimiento en un tiempo determinado, se reputará que falta la condición si el tiempo transcurriera sin que el suceso se haya efectuado, y si no hay plazo determinado, la condición puede cumplirse siempre,

(1) Decis. 14 Nov. 1876.
(2) Cons. Leg. 7 y Leg. 50 Dig. *de contrah. empt.*

y no se considerará que falta mientras no se tenga la certeza de que ya no ha de realizarse el hecho. Esto, en cuanto al caso en que la condición consista en la realización de un determinado acontecimiento; pero, ¿y en el caso en que la obligación dependa de la no realización de un hecho? También aquí conviene ver si los contratantes pusieron ó no algún término para establecer si la condición se ha realizado ó no. En este caso, la condición falta si dentro del plazo se verifica el hecho, y si no hay plazo, no puede decirse que falta la condición, sino cuando el acontecimiento se ha verificado, por lo que siendo aún posible la realización del hecho, la condición ha de considerarse como pendiente.

119. ¿A cargo de quién corren los riesgos y peligros mientras la condición está pendiente? Supongamos que se vende un fundo bajo condición; si el inmueble, pendiente esta, perece ó se deteriora, ¿á cargo de quién estará la pérdida ó el deterioro?

En cuanto á la pérdida de la cosa, es preciso ver, según el art. 1.163, si ésta tuvo lugar sin culpa ó por culpa del deudor; en el primer caso, la obligación se tiene por no contraída, y, por consiguiente, el adquirente no está obligado á pagar el precio, y si lo pagase tiene derecho á repetirlo puesto que se pagó sin causa; en el segundo caso, el deudor ¿debe los daños al acreedor, que consistirán, en caso de venta, en el precio si la cosa se perdió por culpa del comprador, y en la restitución del precio á más del *id quod interest* si pereció por culpa del vendedor?

Si se trata de deterioro, el art. 1.163 le pone á cargo del acreedor si no es por culpa del deudor, obligando á aquél á recibir la cosa en el estado en que se encuentre; por consiguiente, en materia de ventas si el

fundo vendido bajo condición se deterioró, pendiente la condición sin culpa del vendedor, el comprador debe recibirlo con el deterioro, sin que pueda exigir disminución del precio. Si, por el contrario, la culpa es del deudor, el acreedor puede pedir la rescisión del contrato ó la cosa en el estado en que se encuentra con el resarcimiento de daños. Por lo que si el fundo vendido se deterioró pendiente la condición, por culpa del vendedor, el comprador puede rescindir el contrato, si le place, repitiendo el precio si le hubiese pagado ó pedir que se ejecute el contrato sujetando al vendedor á que pague los daños.

El precepto que regula la pérdida de la cosa sin culpa del deudor, pendiente la condición, se opone al principio, según el cual, verificada la condición, produce efectos retroactivos. Y, en efecto, si el comprador, después de verificada la condición, adquiere el dominio de la cosa vendida desde el momento de la celebración del contrato, ¿por qué la pérdida casual y fortuíta de la cosa no ha de pesar sobre él en virtud del principio *res perit domino?* Y nótese que la disposición que regula la pérdida de la cosa está en oposición con la que regula el deterioro de la misma sin culpa del deudor. ¿Por qué, en efecto, la pérdida casual de la cosa se pone á cargo del deudor mientras el deterioro igualmente casual está á cargo del acreedor? La lógica jurídica, ¿no exige por ventura que ambos casos, concurriendo iguales razones, se rijan por una misma disposición legislativa? Ahora bien; ¿cuáles son los motivos de estas contradicciones? ¿Por qué en caso de deterioro de la cosa, se rinde homenaje al principio, según el cual la condición cumplida obra retroactivamente y en el de pérdida se deroga dicho principio?

No creemos que exista ninguna razón jurídica que

lo explique. Algunos, es verdad, han querido explicar esta contradicción, recurriendo á la presunta voluntad de las partes; pero este argumento no tiene á nuestros ojos valor alguno. Y, en efecto, si se presume que en caso de pérdida de la cosa, pendiente la condición, las partes no tuvieron pensamiento de contratar, ¿por qué no ha de presumirse lo mismo cuando se trata de convención incondicional, y en el caso en que la cosa ya no exista en el momento en que el contrato se deba ejecutar? ¿Y por qué, añadiremos, no ha de militar esta misma presunción en el caso que se trate de deterioro fortuito de la cosa? Si las partes no quisieron, según se presume, obligarse cuando la cosa perece al cumplirse la condición, nos parece lógico que se debe presumir igualmente, que no quisieron obligarse en el caso de deterioro de la cosa, ocurrido pendiente la condición. Creemos, por tanto, que hasta ahora no se ha presentado una razón suficiente para justificar la disposición del art. 1.163.

120. Examinados los efectos de la condición suspensiva, hablemos de los peculiares á la condición resolutoria. Esta condición, según el art. 1.164, no suspende la ejecución de la obligación, sino que obliga solamente al acreedor á restituir lo que recibió, si se verifica el acontecimiento en que consiste la condición. Por tanto, si se celebra una venta á condición de que, verificándose un determinado acontecimiento, se resuelva, tal condición no impide entretanto al comprador que adquiera el dominio del fundo y realice todos los actos de propietario. Pero verificándose el acontecimiento previsto en la resolutoria, el contrato se considera como no celebrado; por lo que se supone que el dominio del fundo vendido no salió nunca del dominio del vendedor. ¿Qué valor tendrán, por lo

tanto, los actos realizados por el comprador, pendiente la condición resolutoria? No nos referimos en esta pregunta á los actos por los cuales el comprador dispusiera de la propiedad del fundo ó la hubiere disminuído, imponiendo sobre ella una servidumbre, hipoteca ú otro daño real, porque en lo tocante á estos actos, es claro que resolviéndose el derecho del concedente, debe resolverse igualmente el derecho del causahabiente; nos referimos, por el contrario, á otros actos que pueden presentar alguna dificultad, como la percepción de frutos y administración de la cosa. Comenzando por los primeros, se rigen por la voluntad manifiesta de las partes; y si ésta no aparece, aplicando los principios generales de derecho. Y como el comprador, al verificarse la condición resolutoria se considera que nunca fué propietario del fundo, debe rendir cuenta de los frutos, como percibidos de cosa ajena, y el vendedor le debe á su vez los intereses del precio desembolsado. En cuanto á los actos de administración, deben regirse por la voluntad de las partes, y á falta de ésta, puede suponerse que la voluntad tácita fué la de confiar la administración de la cosa á quien la posee, pendiente la condición; por lo que deben respetarse los actos administrativos realizados por el poseedor, siempre que no se demuestre que á dichos actos se procedió con intención de perjudicar los derechos del vendedor.

La ley guarda silencio en orden á la pérdida y deterioro de la cosa pendiente de la resolutoria; ¿á cargo de quién estarán? Cuando la ley no dispone debemos aplicar los principios generales de derecho. Según éstos, al cumplirse la resolutoria, el contrato se considera como no existente y que la cosa no ha dejado de pertenecer al cedente. Ahora bien; si el fundo, tratán-

dose, por ejemplo, de venta, se considera que no salió del patrimonio del vendedor, es lógico que la pérdida ó deterioro, no imputables á culpa del adquirente, vaya á cargo de aquél y esté obligado á restituir íntegramente el precio de la cosa, aun cuando ésta haya perecido. Y si la culpa fuese del comprador, debe responder del daño, y, por consiguiente, soportar la pérdida ó deterioro, ya perdiendo todo el precio ó una parte del mismo. Creemos oportuno advertir que sólo se recurrirá á estos principios en el silencio de las partes; por que si se previeron los riesgos, la cuestión se resolverá según la voluntad de las partes, que es ley entre ellas.

121. La condición resolutoria, al igual que la suspensiva, debe haber sido expresada por las partes en el contrato. Pero hay un caso en que la ley sobreentiende la condición resolutoria, y precisamente de este es del que vamos á ocuparnos. Dispone á este propósito el art. 1.165: «La condición resolutoria se sobreentenderá siempre en los contratos bilaterales para el caso en que una de las partes no satisfaga su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de puro derecho. La parte, respecto de quien la obligación no se haya cumplido, puede elegir entre obligar á la otra al cumplimiento del contrato cuando sea posible ó pedir la anulación, y además al resarcimiento de daños en ambos casos. La resolución del contrato deberá pedirse judicialmente, pudiendo concederse al obligado un plazo, según las circunstancias.» Esta disposición se funda en la equidad, y si se quiere, en una voluntad presunta de los contratantes. Con los principios absolutos de derecho es imposible justificar la disposición del artículo en examen, porque el incumplimiento de una obligación no destruye el vínculo juri-

dico en quien la contrajo, y subsistiendo este vínculo no hay motivo para dar á la otra parte el derecho de resolver su obligación puesto que ésta continúa teniendo su causa con la obligación contraída por la parte incumplidora; será, pues, necesario recurrir á la equidad y á la presunta intención de las partes para explicar el artículo en cuestión.

El pacto comisorio sobrentendido por el legislador, es conveniente advertirlo en honor de los principios de la ciencia, no es una verdadera y exacta condición resolutoria, porque obra de otro modo que ésta. Y, en efecto, mientras la verdadera condición resolutoria obra de derecho, haciendo que se considere el contrato como inexistente y que vuelvan las cosas á su primitivo ser y estado como si la obligación no se hubiera constituído, la condición resolutoria sobrentendida, por el contrario, no obra de derecho, sino por sentencia del juez, el cual puede conceder una dilación al cumplimiento de la obligación. Difiere además en que la verdadera condición resolutoria disuelve el contrato *ipso jure*, mientras que la sobrentendida concede la facultad, ó de resolver el contrato, ó de pedir su cumplimiento. Pero tiene de común con la verdadera resolutoria que, pronunciada la resolución del contrato, las cosas vuelven al estado en que se encontrarían si la obligación no se hubiese constituído.

122. La parte respecto de la cual no se cumplió la condición, puede, á tenor del artículo en examen, valerse de la condición resolutoria tácita. Pero si ésta á su vez se deja de cumplir, ¿puede pedir la resolución del contrato? Cierto que no, porque se le puede reprochar la misma culpa de que acusa á la parte contraria. «Como el incumplimiento por parte de uno de los dos contratantes, dice la Casación de Tu-

rín (1), es obstáculo para que pueda pedirse contra la otra la ejecución, lo es también, y con mayor motivo, para pedir que el contrato sea resuelto. La condición resolutoria, ya tácita, ya expresa, por la inobservancia de las obligaciones contraídas, supone por necesidad la mora en aquel que no las cumple, mora que no puede existir cuando el otro contratante es también incumplidor.

Si uno de los contratantes dejó de cumplir en parte, pero no en todo, su obligación, ¿tiene derecho el otro que por su parte cumplió su prestación á pedir la resolución del contrato? No vacilamos en contestar afirmativamente, pues en derecho no puede distinguirse entre la inejecución entera y la inejecución parcial; por lo que para suponer lo contrario sería preciso introducir en la ley una distinción que no hay. El juez, por otra parte, puede tener en cuenta la ejecución parcial para ver si se puede conceder un plazo para la ejecución completa de la obligación (2).

123. Cuando la parte cumplidora pidiese contra la otra que no cumplió, la resolución del contrato, ¿puede después, renunciando á esta acción, insistir para la ejecución del contrato? Y viceversa, pedido el cumplimiento de la obligación, ¿puede pedirse después la resolución?

En virtud del art. 1.165, la parte que cumplió su prestación, puede ejercitar contra la que se constituye en mora una doble acción: ahora bien; si el ejercicio de una de estas acciones implica tácita renuncia á la otra, debe aplicarse el principio *electa una via non datur recursus ad alteram;* pero si el ejercicio de la una no implica renuncia de la otra, es claro que fra-

(1) Decis. 4 Marzo 1873.
(2) Consult. Cas. Palermo, 25 Abril 1874.

casada una de ellas puede el actor valerse de la otra. Veamos, por lo tanto, si esta implícita renuncia á una de las dos acciones se contiene en el ejercicio de la otra. Al hablar de renuncia sabemos que ésta no se presume, y, por tanto, el que la invoca debe probarla; y no presumiéndose no puede en este caso admitirse si no se prueba que el ejercicio de una de estas dos acciones es absolutamente incompatible con la voluntad de valerse de la otra en el transcurso del tiempo. Pero ¿existe esta incompatibilidad? Creemos que no. Y en efecto, el que pide la resolución del contrato, en tanto la pide en cuanto supone que la otra parte no se encuentra en situación de poderlo cumplir, y no lo pediría si pudiese pedir útilmente la ejecución; luego quien ejercita la acción resolutoria no da á entender que renuncia á pedir la ejecución del contrato cuando ésta sea posible. Igualmente el que insiste en el cumplimiento de la obligación, en tanto insiste en cuanto cree posible su ejecución; por lo que si los hechos le demuestran después que el moroso no está en situación de cumplir la obligación, no puede haber querido en esta hipótesis privarse de la facultad de pedir la resolución del contrato (1).

¿Hasta cuándo le es lícito al actor abandonar la acción por él intentada y utilizar la otra? Es indudable que conserva tal facultad mientras dure el juicio, y en esto convienen todos los intérpretes, tanto de nuestro Código como del Napoleónico, pero nosotros creemos que esta facultad la conserva aun cuando sobre la acción propuesta recayese sentencia firme; porque las sentencias firmes no atribuyen ni alteran los derechos, no hacen más que reconocer solemnemente

(1) Consult. Ap. Florencia, 18 Dic. 1875.

los derechos que corresponden á cada una de las partes contendientes. Abora bien; si el derecho del actor es el de recurrir á una acción distinta de la que ejercita en el juicio, no le puede ser negado tal derecho por la sentencia, y por consiguiente, le conserva después de dictada ésta. Sólo está prohibido recurrir á otra acción cuando la demanda del actor ó la sentencia recaída haya sido ejecutada, puesto que el nuevo hecho surgido y aceptado por las partes crea nuevas relaciones que sustituyan á las anteriores. Si, por lo tanto, la resolución pedida se ejecutó, ó si el demandado ejecutó el contrato cuyo cumplimiento se pedía, no puede en el primer caso insistirse para que la convención se ejecute, ni en el segundo pedirse que se resuelva.

124. La parte morosa, contra la cual se pide la resolución del contrato, puede detener el curso de la acción ejecutando inmediatamente el contrato; porque la resolución del contrato, en virtud del pacto comisorio tácito ó expreso, no tiene lugar de derecho sino por efecto de la sentencia del juez, el cual, como ya se ha visto, hasta puede no dictar la resolución concediendo al demandado un término para cumplir la obligación; por lo tanto, mientras la obligación no se resuelve, subsiste, y subsistiendo, el demandado tiene derecho á darla ejecución; pero entendiéndose que los gastos del juicio ocasionado por la mora deben correr á su cargo, y que el actor tendrá, por consiguiente, el derecho de exigir el reembolso de los gastos hechos.

¿Cuándo el demandado no podrá impedir la resolución del contrato exigida por el actor al dar ejecución al mismo? Esta facultad cesa en él al hacerse firme la sentencia y no antes (1). Porque si la sentencia dicta-

(1) Trib. Apel. Florencia, 17 Febrero 1872.

da puede ser anulada ó reformada, no puede ciertamente considerarse el contrato como definitivamente resuelto, desde el momento en que una sentencia posterior podría rechazar la acción resolutoria ó conceder al demandado un término para ejecutar la obligación. Ahora, mientras el contrato no está irrevocablemente resuelto, subsiste, y subsistiendo, consérvase el derecho de darle ejecución. Pero hecha firme la sentencia, el actor tiene derecho á considerar como irrevocablemente resuelto el contrato, y si puede renunciar á este derecho, prefiriendo obtener la ejecución del contrato, no puede ser despojado del mismo á capricho del demandado.

125. Si la condición resolutoria, para el caso de que una de las partes no satisfaga su obligación, se expresa en el contrato, ¿cuáles son sus efectos? No pueden, naturalmente, ser diversos de los de otra cualquiera condición resolutoria puesta en el contrato; por lo que, en este caso, la disolución de la convención no debe ser pedida al juez, sino que tiene efecto *ipso jure* y en virtud de la voluntad expresa de las partes que entre ellas tiene fuerza de ley (1). Pero la parte que cumplió, ¿puede en este caso pedir la resolución ó exigir el cumplimiento de la obligación? En tesis general, se debe suponer que, disuelto una vez el contrato por cumplimiento de la condición resolutoria que obra de derecho, no puede una de las partes hacerlo renacer; por lo que no puede pedirse el cumplimiento de una obligación, que una vez resuelta, ya no existe. Pero en la práctica, sin embargo, es preciso fijarse en la intención de las partes que como preferente á los principios de derecho debe regular los

(1) Trib. Apel. Casale, 13 Marzo 1867.

derechos derivados de la convención. Porque si las partes, previendo el caso de que una de ellas no satisficiere la obligación que le compete, quisieren que el contrato se considerase completamente como no existente, no puede ser lícito en este caso pedir en contra de esta voluntad la ejecución del contrato; pero si con el pacto comisorio expreso no se quiso otra cosa que conceder á la parte que cumpliese la facultad de resolver el contrato contra la que no cumpliese, el contrato no se resuelve de derecho y se puede hacer ó no uso de tal facultad, según se quiera.

De las consideraciones expuestas se deduce que no basta haber hablado en el contrato de resolución en caso de incumplimiento para que exista la condición resolutoria expresa que obra de derecho, sino que es necesario atender á la intención de los contratantes, para ver si las partes quisieron que se resolviese de derecho el contrato en caso de incumplimiento, ó bien no quisieron sino estipular aquella misma facultad que la ley concede. En el primer caso, se trata de un verdadero pacto comisorio que produce el efecto de resolver el contrato sin la intervención del juez; en el segundo, en cambio, es necesario pedir al juez dicha resolución, que las partes no quisieron que se efectuase de pleno derecho (1).

126. Para que se dé lugar á la resolución del contrato por el incumplimiento de una de las partes, ¿es necesario que ésta se haya constituído en mora? Si se trata de condición resolutoria tácita, comoquiera que ésta no obra de derecho, sino por sentencia, no exige la previa constitución en mora por la parte que no cumple; la cual, además está en mora desde la cita-

(1) Véase vol. VIII de esta obra, núm. 135.

ción en que se pide la resolución, y puede satisfacer su obligación antes de la sentencia. Pero si se trata de pacto comisorio expreso, es necesario ver si en el contrato se puso ó no un término al cumplimiento de la obligación; en el primer caso, el vencimiento del término tiene por efecto que el deudor se constituya en mora, por lo que el contrato se resuelve apenas haya transcurrido el plazo sin que la obligación se haya cumplido; en el segundo, por el contrario, no puede decirse que el deudor falte á su obligación si no se ha constituído en mora; por consiguiente, la mora es en este caso necesaria para que la parte se considere como incumplidora, dando así lugar á la resolución del contrato, que tiene lugar *ministerio juris*, después de la constitución en mora.

127. La parte morosa está obligada con la otra á los daños, según el art. 1.165, tanto en el caso en que ésta demande la resolución del contrato, como en el caso en que pida el cumplimiento. En el primero, la parte incumplidora debe los daños derivados de la resolución del contrato, y en el segundo, el resarcimiento de los que derivan de la mora en la ejecución del contrato (1).

(1) Cas. Turín, 14 Enero 1869.

CAPITULO II

DE LAS OBLIGACIONES Á TÉRMINO FIJO

SUMARIO: 128. Concepto del término.—129. Puede ser expreso ó tácito.—130. Cuándo podrá ser fijado por la autoridad judicial.—131. Cómo se computa el término puesto á la obligación ó establecido por el juez.—132. Efectos de la duración del término.—133. A favor de quién se presume estipulado el término.—134. Pérdida por parte del deudor del beneficio del término.—135. Efectos del vencimiento del término respecto de la excepción de compensación.

128. Puede ponerse un término á las obligaciones, el cual se diferencia de la condición en que ésta tiene en suspenso la existencia de la obligación, mientras que aquél no influye en modo alguno en su existencia, sino que obra sobre la ejecución de la obligación contraída, retardándola durante el tiempo establecido (art. 1.172). Por lo tanto, la obligación contraída á término, existe ciertamente desde el momento en que se verifica el concierto de las dos voluntades, y desde este momento, así como es cierto, por una de las partes el derecho adquirido, es cierto, por la otra, el deber contraído. Pero esta existencia de la obligación á término hace que cada uno pueda obligarse actualmente demorando la ejecución del contrato hasta después de su muerte; porque existiendo ya la obligación, ésta se transmite á los herederos, á los cuales corresponde ejecutarla (1).

---

(1) Cas. Florencia, 30 Dic. 1873.

Para evitar que la obligación á término degenere en obligación condicional, es necesario que el término puesto sea cierto por lo que se refiere á su existencia, no pudiendo referirse la incertidumbre sino al *cuándo* se cumplirá el término fijado. El que dijese: me obligo á darte mil cuando te cases, no contraería una obligación á término, sino condicional, pues no se sabe si contraerás matrimonio; si, por el contrario, se dice: tú pagarás mil cuando Ticio muera, la obligación es á término y no condicional, porque la muerte de Ticio es segura y sólo es incierto el tiempo en que habrá de ocurrir.

129. Cuando no se haya marcado un término á la obligación deberá ésta ejecutarse desde luego (artículo 1.173): *Quoties in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecunia debetur* (L. 14, Dig. *de reg. jur.)* Este principio es perfectamente racional. En efecto; desde el momento que la obligación es perfecta es por necesidad exigible; tal fuerza ejecutiva puede suspenderse por la voluntad manifiesta de las partes poniendo á la obligación un término; luego si no se ha puesto ningún término, no hay obstáculo que detenga la ejecución, y por consiguiente, es lógico que ésta sea inmediatamente exigible. El término puesto á la obligación puede ser expreso ó tácito. Si es expreso, la obligación debe ejecutarse una vez cumplido el término fijado, y como las convenciones son ley entre las partes, y el magistrado tiene el deber de aplicar la ley y no de reformarla á su capricho, de aquí que el término establecido por las partes no pueda ser prorrogado por el juez á su voluntad (1).

Se entiende tácito el término en dos casos: el prime-

(1) Cas. Roma, 31 Enero 1878.

ro, cuando bien por la cualidad de la obligación, bien por el modo como debe ser ejecutado, ó por el lugar convenido para su ejecución, es necesario conceder cierto término, dentro del cual se ejecute. Supongamos que yo me obligo á construirte una casa; si en la obligación no se puso término alguno expreso, no puede por esto colegirse que la obligación haya de ser ejecutada inmediata y completamente: se entiende, por el contrario, que se concedió el término necesario para la construcción del edificio. El segundo caso se presenta cuando la ejecución de la obligación se deja á la voluntad del deudor. Porque si la obligación es cosa seria no es presumible que se haya dejado al capricho del deudor ejecutar la obligación cuando más le agrade, pues esta ilimitada facultad destruiría la obligación. Para conciliar, pues, la seriedad de la obligación contraída con la facultad concedida al deudor, es necesario suponer que las partes no quisieron abandonarse al capricho ilimitado é irracional del deudor, sino á aquel discreto juicio propio de un hombre prudente que obra de buena fe.

13. ¿A quién corresponde decir cuál y de qué duración es el término concedido tácitamente?

Esta facultad corresponde á la autoridad judicial tanto en uno como en el otro caso (art. 1.173); ni podía ser dejada á una de las partes, porque ésta podría, atendiendo sólo á sus intereses, perjudicar los derechos de la otra; mientras el juez, inspirándose en la equidad, y procurando garantir tanto los derechos del deudor como los del acreedor, emite un juicio que no puede menos de estar conforme con la presunta intención de los contratantes.

Surge aquí la cuestión de si el término asignado por el juez es improrrogable ó no. No puede resolver-

se esta cuestión *a priori*, pues es necesario tener presente la sentencia y con arreglo á ella resolver la controversia. En efecto; la ley habla del término que deberá establecer la autoridad judicial, pero no dice precisamente que el juez no pueda, vistas las circunstancias, establecer un término diferente del ya establecido, por lo que esta determinación de un nuevo término por parte de la autoridad judicial no encuentra obstáculo en la ley. Pero ¿podrá tener lugar siempre la fijación de un nuevo término? Debe tenerse presente siempre la sentencia para responder á tal pregunta. Porque si la sentencia declarase perentorio el término fijado reconociendo, por ejemplo, en la otra parte el derecho de proceder inmediatamente de transcurrido el término á la ejecución de la obligación, ó declarando resuelta la obligación, es claro que en tales hipótesis la asignación de un nuevo término no puede hacerse sin infringir la sentencia, lo que no es posible por ser la cosa juzgada irrevocable. Pero si el juez no ha enseñado ningún término, ni ha pronunciado la resolución del contrato por haber transcurrido infructuosamente el término fijado; si, en otros términos la concesión de una nueva dilación no encuentra obstáculo en la sentencia anterior, podrá tener lugar siempre que las circunstancias ó la necesidad demuestren la conveniencia de asignar un término más largo al deudor.

¿Cuándo comienza á transcurrir el término fijado por la autoridad judicial? Si la sentencia de primer grado está provista de cláusula provisional, el término transcurre desde la notificación de ésta; pero si la sentencia no se declaró ejecutoria provisionalmente y contra ella se interpone recurso de apelación, el término transcurre desde la notificación de la sentencia

de apelación confirmatoria de la primera, siendo aquélla por su propia virtud ejecutoria. Pero si no se interpuso recurso, el término concedido por la ley para apelar ¿se computará en el término asignado por el juez para ejecutar la obligación, ó bien éste no empezará á correr sino desde que termine el plazo de apelación?

El Tribunal de Apelación de Nápoles ha resuelto que si la sentencia de primer grado no es exigible durante el tiempo concedido para apelar, nada impide que en este espacio de tiempo pueda adquirir las condiciones de ejecución potencial, deduciendo de aquí que el término para apelar se computará en el plazo para ejecutar la obligación (1). Esta doctrina no nos parece en armonía con el espíritu de nuestras leyes. El término para apelar, en efecto, se concede á la parte para que durante el transcurso delibere si le conviene ó no aceptar la sentencia; es ilógico, por tanto, que el término concedido por la ley en su favor se convierta en su daño. Por otra parte, el hacer que transcurra el término asignado para ejecutar la obligación implica, á nuestro juicio, que la sentencia está en situación de ser ejecutada; porque la asignación de este término representa un beneficio para el deudor, y cada instante de este término no hace sino disminuir el beneficio; si, por tanto, la sentencia no es aún exigible, no tiene el poder de disminuir tal beneficio; por esto el término para apelar no debe comprenderse en el concedido por el juez para satisfacer las obligaciones contraídas.

131. ¿Cómo se computa el término puesto á la obligación? No pueden fijarse reglas absolutas, porque

(1) Decis. 9 Abril 1869.

todo depende de la voluntad de las partes, manifestada en la convención, ó de la declarada en su sentencia, según que de aquélla ó esta última proceda la designación del término. Pero si no se dice nada en el contrato ni en la sentencia, se debe suponer que se aceptaron los criterios usuales. Y como es máxima que en el cómputo del término no se comprende el *dies a quo*, esto es, el día en que la obligación se contrajo ó en que la sentencia se notificó; de aquí que, dado el silencio de las partes ó del juez, es aplicable la regla susodicha.

Si el término puesto ó fijado por el juez es de uno ó varios meses en el silencio de las partes ó del juez, ¿se computarán éstos según el calendario, ó, por el contrario, de treinta días, como dispone el art. 2.133 para la prescripción? Siendo esta disposición excepcional, no puede elevarse á regla general para aplicarla más allá de los límites que el legislador la asigna; por lo que creemos que el mes debe computarse como comúnmente se entiende, esto es, según el calendario (1).

132. Mientras el término está pendiente pueden ejecutarse todos los actos de conservación de los derechos del acreedor, porque si es lícito proceder á ellos cuando por la condición suspensiva el derecho es incierto, con mayor motivo lo será si es cierto, así como la obligación del deudor; pero no puede pedirse la ejecución, por ser el efecto del término retardarla. Pero si el acreedor no puede exigir antes del término, el deudor no puede repetir lo que pagó antes del término, aunque ignorase la existencia de éste (art. 1.174). El motivo de esta disposición es evidente; porque el

(1) Apel. Florencia, 15 Julio 1876.

término no hace incierta la obligación, y no puede decirse, por tanto, que pague indebidamente quien en el momento de pagar es verdadero deudor. ¿Por qué la ley niega el derecho de repetir también en el caso de que el deudor pague antes del término, por ignorar su existencia? Creemos que quien paga siendo verdadero deudor, si bien cae en error, éste no es esencial, sino accidental, por versar, no sobre la esencia, sino sobre una modalidad de la obligación, y es sabido que el error accidental no priva al hecho jurídico de sus efectos.

Si durante el término no puede obligarse al deudor á cumplir la obligación, ¿se puede, por otra parte, proceder contra él en juicio para obtener sentencia condenatoria ejecutoria en su día, esto es, una sentencia exigible sólo después de transcurrido el término? No; porque el acreedor, pendiente el término, no tiene acción para pedir el pago. Además, el juicio preventivo se resuelve en una molestia contra el deudor, que éste tiene derecho á evitar mientras subsiste el término á su favor.

33. Hemos dicho que durante el término no puede el deudor ser obligado á pagar; lo que supone que el término se ha establecido en favor del deudor, no pudiendo el acreedor privarle de su beneficio, que para él se resuelve en un derecho adquirido. Pero si de la convención resultase que el término se estableció sólo en interés del deudor, al cual no le conviene que la obligación se ejecute inmediatamente, el deudor podrá ser obligado á pagar antes del término fijado, porque éste no es sino un beneficio concedido al acreedor, el cual puede renunciarle. Y si el término aparece establecido tanto en interés del deudor como del acreedor, no puede una de las dos partes renun-

ciarle en perjuicio de la otra, y ni el acreedor puede pedir ni el deudor pagar antes de vencer el término. Pero en caso de duda, el término se presume establecido en favor del deudor (art. 1.175); por lo que si éste puede, valiéndose de tal presunción, obligar al acreedor á recibir el pago antes de que venza el término, y si el acreedor rehusa el pago, aduciendo que el término se estipuló en su interés ó en el de ambos contratantes, está obligado á suministrar la prueba para destruir la presunción de la ley contraria al mismo.

134. El deudor decae del beneficio del término estipulado en su favor, y puede, por lo tanto, ser obligado al pago antes de que haya llegado el término, en dos casos: en caso de insolvencia y en caso de no prestar la fianza prometida ó de haber disminuído la ya dada (art. 1.176). Ocupémonos de ambos. ¿Cuándo es insolvente el deudor? El legislador no lo dice; por lo que queda al arbitrio del juez el decidir si el deudor, por su negligencia ó torpeza, compromete los derechos de sus acreedores de modo que éstos puedan temer que no ejercitando sus derechos no puedan hacerlos efectivos más tarde, esto es, después de vencido el término.

La cuestión de si el deudor prestó ó no la fianza es de hecho y no puede suscitar dificultades de derecho que merezcan ser resueltas *a priori*, pero pueden muy bien surgir si se trata de apreciar si la fianza ha sido disminuída; por lo que debemos estudiar este punto, y ante todo es preciso tener presente que por efecto de la disminución de la fianza el deudor no pierde el beneficio del término sino cuando es por su culpa (artículo 1.176). Suponiendo, pues, que el fundo hipotecado sea destruído por las aguas, ó por un incendio, ó terremoto ú otro accidente no imputable al deudor, el

acreedor no tiene derecho á considerar al deudor decaído de su beneficio. Y si por efecto de tales desgracias, el deudor se viese reducido á la insolvencia por ésta y no por la disminución de la fianza, puede ser obligado el deudor al pago antes de vencer el término.

La venta del inmueble hipotecado hecha por el deudor ¿puede considerarse como una disminución de la fianza? Suele distinguirse entre la venta total hecha á favor de un solo comprador, y la de parte del fundo ó de su totalidad, pero á varias personas, para decidir que en el primer caso no hay disminución y sí en el segundo. Esta doctrina absoluta no nos parece aceptable, porque el solo hecho de encontrarse el fundo hipotecado en manos de varias personas no supone siempre una disminución en la garantía del acreedor. Por lo que á nuestro modo de ver es preciso, antes de responder á la pregunta, examinar si el haber dividido el fundo entre varios propietarios disminuye la fianza, atendida la clase de cultivo ó su destino hasta comprometer los derechos del acreedor, ó bien si subsistiendo el valor del fundo en su integridad, los gastos á que el acreedor está expuesto para proceder á la expropiación contra todos los terceros poseedores fueran tan grandes que comprometiesen el crédito. En estos y parecidos casos sólo puede suponerse una disminución en la fianza y declararse decaído al deudor del beneficio del término.

135. ¿Cuáles son los efectos de la pérdida del beneficio del término? Supongamos que el deudor, en el momento en que se hace insolvente ó retarda prestar la fianza prometida ó disminuye por su culpa la ya prestada, es á su vez acreedor de la otra parte en una suma igual á la debida; ¿podrá oponer la compensa-

ción? Digamos ante todo que nuestra pregunta no comprende el caso de quiebra del deudor por estar éste regulado por el Código de Comercio; por lo que si se alude á la insolvencia se alude solo á la insolvencia propia de toda persona, no á la del comerciante. Esto sentado, creemos que si la compensación se puede oponer por el acreedor, que es á su vez deudor después de la sentencia ejecutoria que declara al deudor decaído del beneficio del término, no tiene lugar antes de que esta sentencia haya sido pronunciada. ¿Qué dice, en efecto, el art. 1.176? Que el deudor no puede reclamar el beneficio del término en los casos allí previstos. Ahora esto supone que el deudor ha sido demandado en juicio para el cumplimiento de la obligación, por lo que es necesario que la pérdida sea dictada en juicio para que produzca sus efectos. No teniendo, por tanto, lugar, la pérdida en cuestión, *de derecho*, se comprende fácilmente que la compensación no puede tener lugar antes que la pérdida sea declarada con sentencia firme.

La pérdida por parte del deudor del beneficio del término, ¿perjudica al fiador? Se dice que el beneficio del término es un derecho propio también del fiador, del cual no puede ser privado por el hecho del deudor. Contestaremos que el fiador, si bien tiene derecho á un término, en tanto lo tiene en cuanto tal derecho corresponde también al deudor, no siendo concebible que el fiador, que está obligado del mismo modo que el deudor, no pueda ser constreñido á pagar cuando lo puede ser el deudor. Además, la obligación del fiador no existe por sí misma, sino que es accesoria de la constituída principalmente por el deudor, y todo el mundo sabe que lo accesorio sigue la misma suerte que lo principal.

Pero si son dos ó más los deudores *in solidum*, la pérdida en que incurre uno de ellos, ¿perjudica también á los demás? Respecto al fiador, hémos de advertir que en tanto le perjudica la pérdida del acreedor, en cuanto su obligación es accesoria de la de éste. Esta razón no milita en orden á los codeudores solidarios; porque la obligación de cada uno de ellos existe por sí y es independiente de la del otro, por lo que no hay inconveniente en afirmar que uno de los deudores solidarios pueda ser obligado al pago mientras á los demás les corresponde aún el beneficio del término.

CAPITULO III

DE LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

SUMARIO: 136. Elementos constitutivos de la obligación alternativa.—137. Si la prestación de una de las dos cosas debidas es imposible ó ilícita, la obligación es simple en cuanto á la otra.—138. Influencia de la obligación alternativa en la transmisión del derecho.—139. Derecho de elección.—140. Cuándo una vez hecha la elección es irrevocable.—141. Si la ignorancia de la obligación alternativa puede dar lugar á la acción de pago indebido.—142. Pérdida de la cosa anterior á la elección.—143. Continuación.—144. Continuación.—145. Pérdida de la cosa después de haberse hecho irrevocable la elección.—146. Deterioro de las cosas debidas alternativamente.—147. Aplicación de las reglas expuestas al caso en que las cosas debidas alternativamente sean más de dos.

136. La obligación es alternativa cuando se debe una de las dos cosas indicadas, por lo que en dicha obligación concurren dos elementos: pluralidad de prestaciones y derecho del deudor á eximirse de una de ellas por la prestación de la otra. En cuanto á las prestaciones, deben estar comprendidas disyuntivamente en la obligación, porque si lo fueran conjuntamente, se deberían todas y la obligación carecería de su carácter alternativo.

Por lo que concierne al derecho del deudor, observamos que si éste puede liberarse con satisfacer una de las prestaciones, no puede pretender la liberación satisfaciendo parte de las unas y de las otras (artículo 1.177); por consiguiente, si yo te debo mi fundo

A ó diez mil liras, no puedo obligarte á recibir la mitad del fundo y cinco mil liras. Y la razón es evidente. En las convenciones, en efecto, la voluntad de las partes tiene fuerza de ley entre ellas; ahora bien, si los contratantes han querido que se debiese una cosa ú otra en su totalidad, dicha voluntad sería del todo ineficaz si quedara al arbitrio del deudor satisfacer su obligación prestando la mitad de una cosa y de otra, y si el acreedor pudiese exigir la prestación de parte de una cosa y parte de otra. La obligación alternativa difiere de la condicional en cuanto en esta última la deuda es incierta; mientras que en la otra la obligación del deudor es cierta, y la incertidumbre sólo se refiere á cuál de las cosas debidas alternativamente deberá ser prestada en definitiva.

Tampoco ha de confundirse la obligación alternativa con la llamada facultativa, que existe siempre que al deudor se le concede la facultad de sustituir la prestación de una cosa distinta á la que constituye el objeto de la obligación. Yo, por ejemplo, estoy obligado á entregarte mi fundo *b*, y tengo la facultad, si no me agrada entregarte dicho fundo, de satisfacer mi obligación prestándote el fundo *e*. En este caso no hay obligación alternativa, porque el objeto de la obligación es sólo una prestación; por lo que el acreedor adquiere derecho á ésta y no á otra. La prestación de una cosa distinta de la estipulada que el deudor puede efectuar, si lo cree oportuno, es facultad suya, y no crea ningún derecho á favor del acreedor, el cual no puede pedir más que la única cosa á cuya entrega se ha obligado el deudor. De aquí que perdida por caso fortuito la cosa objeto de la obligación, el deudor no está obligado á satisfacer la prestación facultativa, justamente porque no puede transformarse en obliga-

ción lo que es sólo facultativo; mientras en la oblig ción alternativa, si una de las dos cosas perece, debe la otra.

Tampoco puede confundirse la obligación altern tiva con la obligación con cláusula penal. En efec el acreedor no puede exigir las penas en lugar d cumplimiento de la obligación, sino sólo cuando deudor incurre en mora; mientras que tratándose dos cosas alternativamente debidas, el acreedor pue exigir la prestación de la una ó de la otra. De aquí deduce que la cláusula penal no es más que una ob gación accesoria, cuyo objeto es garantir el cump miento de la obligación principal, mientras en la ternativa la obligación es siempre principal, ya preste la una ó la otra de las dos cosas debidas.

137. Cuando una de las dos ó más prestacion alternativamente debidas es imposible ó contraria á ley ó á las buenas costumbres, ¿subsistirá la obligaci en orden á la otra? El art. 1.179 responde de e modo: «La obligación será simple, aunque contra en forma alternativa, si una de las dos cosas prome das no puede ser objeto de la obligación.» ¿Por q razón la prestación convenida de cosa imposible ó cita no invalida por completo la obligación? La ra es que el objeto de la obligación alternativa no es s la prestación de la cosa imposible ó ilícita, sino a más la de la cosa posible y lícita, consentida igu mente, como aquélla, en vía principal, no conjun sino disyuntivamente. Por tanto, si la convención puede tener eficacia en orden á la primera prestaci no hay nada de ilógico en que sea eficaz, por lo se refiere á la segunda, puesto que el objeto de segunda reúne también los dos consentimientos y p de, por lo tanto, dar vida á una verdadera obligac

El principio establecido por el artículo en examen no es, á nuestro juicio, aplicable cuando bajo la apariencia de una obligación alternativa se haya contraído una obligación ilícita con cláusula penal; porque en este caso, representando la cláusula penal una obligación accesoria, no puede menos de ser eficaz si falta la principal. El determinar si las partes quisieron contraer una obligación alternativa ó una obligación con cláusula penal es cuestión de apreciación é interpretación de la voluntad de las partes que queda exclusivamente á la iniciativa del magistrado. Pero ¿á quién incumbe la prueba? La apariencia de la obligación contraída alternativamente dispensa al acreedor de toda prueba, y por lo tanto, puede reclamar en juicio aquella prestación que sea lícita; por consiguiente, al deudor corresponde rechazar la acción del actor demostrando que, bajo las apariencias de una obligación alternativa, se quiso contraer una obligación sobre cosa ilícita, proveyéndola de cláusula penal.

138. ¿Qué influencia ejerce la obligación alternativa sobre la transmisión del derecho de propiedad relativo á las cosas objeto de la obligación? Supongamos que Ticio me debe su fundo *b* ó su fundo *a*, ¿adquiero yo algún derecho de propiedad apenas contraída la obligación, ó no le adquiero hasta que, por efecto de la elección hecha irrevocable, mi derecho se hace puro y simple respecto de uno de los fundos?

Disponiendo el art. 1.125, que en los contratos que tienen por objeto la traslación de la propiedad ó de otro derecho, la propiedad ó el derecho se transmiten y adquieren por el consentimiento legítimamente manifestado, pudiera creerse que también por efecto de la obligación alternativa la propiedad ó el derecho se

debería adquirir una vez que concurren las dos voluntades. Pero nótese que es premisa indispensable del artículo citado que la cosa cuya propiedad ú otro derecho quiere transmitirse ha de ser determinada por no ser concebible la idea de un propietario de cosa indeterminada. Ahora bien; en la obligación alternativa, el objeto no es determinado, porque puede prestarse una ú otra cosa; y ¿cómo es posible que por el solo efecto de la misma se transmita el derecho de propiedad? Hecha y aceptada la elección, el objeto de la obligación es cierto y determinado; por lo que desde entonces y no antes se transmite el derecho de propiedad al estipulante. Ni la elección, al igual de la condición cumplida, puede tener efectos retroactivos; porque en la obligación que depende de condición existe la certidumbre y la determinación del objeto, lo que no existe en la alternativa. Por tanto, transmitiéndose el derecho de propiedad en el momento en que la elección de las cosas alternativamente debidas se hace irrevocable, los actos con los cuales el estipulante ha dispuesto de la cosa antes de la elección no tienen ninguna validez como hechos por quien todavía no ha adquirido derecho de propiedad sobre la cosa, y esto, aun cuando tales actos se hayan realizado respecto de la cosa sobre la cual más tarde recayese la elección.

Suponiendo que el deudor debe, á su elección, una suma de dinero ó cosa determinada, y no pagando á su vencimiento adquiere el acreedor el derecho al dinero, la mora puede obligar al deudar á resarcir el daño ocasionado, pero no altera la índole de su obligación; por consiguiente, si ésta es tal que el deudor puede liberarse prestando una cosa determinada, conserva su carácter, á pesar de la mora. De aquí que mientras le sea al deudor posible prestar la cosa de-

terminada, puede siempre liberarse de la obligación haciendo la entrega al acreedor, aun cuando éste proceda en virtud de título ejecutivo y actos de coacción (1).

139. La elección, según dispone el art. 1.178, corresponde al deudor, si no ha sido expresamente concedida al acreedor. El deudor, pues, tiene, por lo que se refiere al derecho de elección, una presunción á su favor; mientras el acreedor, si quiere ejercitar la elección, debe probar que en la obligación se excluyó la presunción legal y se le atribuyó el derecho de elección. ¿Por qué el legislador creyó en el silencio de las partes establecer tal presunción á favor del deudor? Porque el silencio de los contratantes hace surgir la duda respecto á quién se confirió el derecho de elección, y en la duda, hay que acudir al principio establecido en el art. 1.137, á saber: que el contrato debe interpretarse á favor del deudor.

El legislador, por lo que se refiere á la elección, no habla más que del deudor y del acreedor; pero, *¿quid juris* si las partes hubieran convenido dejar la elección á un tercero por ellos designado? Se dice generalmente que en este caso la obligación se hace condicional en cuanto se hace depender de si el tercero puede y quiere hacer la elección; por lo que debe ser regulada, no ya con las reglas de la alternativa, sino con las de la condicional. Esta doctrina no puede, á nuestro juicio, aceptarse con el sentido absoluto con que se enuncia. Cierto que la intención de los contratantes puede ser hacer depender la existencia de la obligación del hecho del tercero llamado á ejercitar la elección, y en este caso la obligación es convencional;

(1) Ap. Génova, 23 Mayo 1881.

por lo que si el tercero no puede ó no quiere elegir, la obligación no existe, por faltar la condición. Pero también es cierto que las partes pueden tener una intención distinta, cual es la de que la obligación sea cierta desde el momento en que se contrae sin hacerla depender en modo alguno del cumplimiento de una condición determinada y designar al tercero para la elección al objeto de tutelar los derechos de las partes haciendo que se proceda á aquélla con criterios informados en la rectitud y equidad. Dada, pues, esta intención en las partes, ¿cómo puede sostenerse que han querido estipular una obligación condicional? La obligación en esta hipótesis conserva su verdadero carácter de alternativa; y si el tercero no puede ó no quiere hacer la elección, creemos que puede hacerla la autoridad judicial, respetándose así la intención de las partes, manifestada en sentido de que la elección debe hacerse según la equidad y teniendo en cuenta los intereses de ambos.

La elección, ya pertenezca al deudor ó al acreedor, puede ser retardada por el primero para diferir el cumplimiento de su obligación, y por el segundo para poner en grave apuro al deudor, al cual le urja satisfacer su deuda sin dilación; cuando esto suceda, la parte perjudicada por el retraso puede obtener del juez que éste haga la elección ó que la autorice, si la otra parte no la hiciere en el término señalado para ello, ó en el que conceda el mismo juez. De lo contrario, se infringiría el principio que establece que la convención debe ejecutarse de buena fe, y se daría facultad á uno de los contratantes para perjudicar el derecho adquirido por el otro.

Cuando el derecho de elegir corresponde á varios deudores ó acreedores, ó bien á varios deudores del

acreedor ó deudor, pueden no ponerse de acuerdo sobre ella, y en este caso, *¿quid juris?* Impedir que la obligación se ejecute por falta de acuerdo en la elección implica la violación del derecho adquirido por las partes y el desconocimiento de su voluntad, manifestada ya en el sentido de dar vida á una obligación seria cuyo cumplimiento puede exigirse. Luego si la obligación se debe cumplir, y si, por otra parte, el desacuerdo en la elección impide tal ejecución, es preciso que el magistrado intervenga y proceda él mismo á la elección, teniendo en cuenta los intereses de todos aquellos á quienes corresponde el derecho de elegir.

140. Una vez hecha la elección, ¿es irrevocable? Nótese que la elección es un derecho ó beneficio concedido á la parte que elige; luego la sola determinación de la voluntad del elector, aunque manifestada por completo, no puede constituir para él un vínculo porque éste no surge sino cuando hay acuerdo de consentimientos. Pero cuando la otra parte declara que acepta de hecho recibiendo la cosa elegida, se da el acuerdo de dos voluntades sobre un mismo objeto y surge el vínculo jurídico que una de las partes no puede deshacer á su arbitrio, y la elección, por lo tanto, es irrevocable. De este principio se deriva la consecuencia de que si la elección, sin que haya habido dolo recae, por ejemplo, sobre cosa afecta de vicio redibitorio, el acreedor no puede exigir la restitución de la cosa recibida y su cambio por otra, y sólo puede ejercitar la acción *quanti minoris* para la restitución del precio, como si se tratase de obligación pura y simple desde el principio.

141. Hemos visto que el carácter propio de la obligación alternativa es que, si bien es cierta la exis-

tencia de la deuda, es incierta la cosa que se debe, pudiéndose prestar una ú otra de las indicadas. Supóngase ahora que el deudor, ignorando que debe dos ó más cosas alternativamente con facultad en él de elegir, presta al acreedor una cosa creyendo que la debe pura y simplemente: ¿podrá ejercitar la acción de indebido declarándose dispuesto á prestar la otra? No vacilamos en afirmarlo. En efecto; el art. 1.146 dispone que quien erróneamente se creyese deudor, tendrá, si pagó, el derecho de repetir contra el acreedor. Es verdad que en la hipótesis el error no está en haberse creído deudor, sino en haberse creído deudor de una determinada cosa; pero por lo que atañe á la repetición de indebido, el no ser deudor equivale á no serlo de la cosa prestada, por lo que el caso en examen no puede menos de estar comprendido en la disposición general del art. 1.146. Por otra parte, el error en que en la hipótesis incurre el deudor, es un error que no cae sobre accidente, sino sobre la esencia de la cosa; es, por consiguiente, lógico que tal error vicie el pago de modo que el deudor tenga derecho á obtener la restitución de la cosa prestada.

142. Veamos ahora á cargo de quién corren los riesgos y peligros de las cosas debidas alternativamente. Para proceder con orden, debemos distinguir el caso en que el riesgo sea anterior á la elección, de aquel en que sea posterior á la elección hecha irrevocable. Comenzando por el primero, tres hipótesis debemos tener presentes: aquella en que la elección corresponda al deudor y aquella en que corresponda al acreedor, y, por último, aquella en que corresponda á un tercero. Si corresponde al deudor y una de las cosas perece aún por culpa de éste, la obligación se convierte en simple y el deudor debe puramente la

cosa restante, y no puede satisfacer la obligación pagando el precio de la cosa perdida (art. 1.180). El principio establecido por el legislador en este artículo, no es exacto, y sus palabras expresan más de lo que él quería. En efecto; si una cosa perece sin culpa del deudor, la obligación se hace simple, porque si la cosa restante perece sin culpa del deudor, éste queda libre (art. 1.182). Pero si la primer cosa pereció por culpa del deudor, éste no queda libre si la otra pereció casualmente, sino que debe, según dispone el art. 1.180, al precio de la que pereció últimamente; luego no es exacto decir que en este caso la obligación se hace simple. Pero si el legislador no se ha expresado con exactitud, su disposición es justa; porque la culpa del deudor no puede perjudicar en modo alguno los derechos del acreedor, lo que sucedería si produjese el efecto de liberar al deudor en el caso de que la otra cosa pereciese casualmente.

¿Por qué el deudor á quien corresponde la elección debe, cuando todas las cosas hayan perecido y entre ellas alguna por su culpa, el precio de la que pereció últimamente y no puede optar por pagar el precio de la que primeramente pereció? Si la culpa del deudor fué sólo por la pérdida de la última cosa, la disposición en examen es perfectamente conforme con los principios de derecho, porque habiéndose perdido la primera fortuítamente, la obligación se hace pura en cuanto á la restante; por lo que es lógico que pereciendo ésta por culpa del deudor deba pagar su precio. Pero si tuvo culpa por la pérdida de la primera, es preciso suponer que el legislador quiso privarle en este caso del derecho de elección obligándole á pagar el precio de la última perecida, aunque ésta valiese más que la primera.

Puede darse el caso, no previsto por el legislador, de que ambas cosas perezcan á un mismo tiempo por culpa del deudor; *¿quid juris* en este caso? Aplicando los principios generales débese suponer que corresponde al deudor elector pagar el precio de una de ellas, porque la disposición excepcional que priva al deudor del derecho de elección en el caso en que las cosas hayan perecido sucesivamente, y la primera de ellas por su culpa, no puede extenderse al caso distinto en que las cosas hayan perecido simultáneamente.

Tampoco prevé el legislador el caso, difícil de presentarse, de que la cosa perezca por culpa del acreedor mientras la elección corresponde al deudor; pero el caso, aunque no previsto, se resuelve fácilmente merced á la aplicación de los principios generales de derecho, los cuales, en la hipótesis que nos ocupa, son dos: uno, que el deudor no puede ser privado de su derecho de elección por el hecho del acreedor; otro, que éste está obligado á resarcir el daño, consecuencia de su culpa. Supongamos, por tanto, que una de las cosas perezca por culpa del acreedor y quede la otra; el deudor puede prestar tanto la cosa perecida como la restante; si prefiere dar la primera, su deuda se compensa con la contraída por el acreedor por efecto de su culpa y consistente en el resarcimiento del daño; si prefiere dar la segunda, conserva el derecho de exigir la indemnización por la otra. Y si la segunda perece casualmente, el deudor está libre de su obligación, porque si queda libre cuando las dos cosas hayan perecido fortuitamente, mucho más lo debe quedar cuando una perece por culpa del acreedor y la otra por azar; pero el deudor conserva en este caso el derecho de obtener el resarcimiento del daño ocasionado por la pérdida de la primera cosa por culpa del deudor. Pero

si ésta pereció casualmente y la segunda por culpa del acreedor, el deudor obtiene, sí, su libertad, pero no puede exigir el resarcimiento del daño; porque habiéndose la obligación del deudor convertido en pura y simple en orden á la segunda y después perecida fortuitamente la primera, la culpa del acreedor produce daño á éste y no al deudor, por lo que es lógico que que éste no pueda pedir el resarcimiento. Supongamos otro caso: que todas las cosas hayan perecido por culpa del acreedor; conservando el deudor su derecho de elección puede preferir la entrega de una de ellas, y, por consiguiente, tiene el derecho de pedir al acreedor el resarcimiento del daño relativo á la pérdida de la cosa sobre la cual no recayó elección.

Supongamos otro caso, no previsto tampoco por el legislador: que una de las cosas perezca por culpa del deudor, que tiene derecho á elegir, y la otra por culpa del acreedor. Es preciso saber qué culpa es anterior á la otra. Si precedió la culpa del deudor, deberá la cosa restante ó el precio de la misma si se pudiese (artículo 1.180), pero el acreedor debe, por otra parte, el resarcimiento del daño; luego los derechos respectivos se compensan, y el acreedor no puede exigir por esto el cumplimiento de la obligación habiendo liberado con su hecho al deudor, ni éste puede pedir el resarcimiento de daños. Pero si procedió la culpa del acreedor, el deudor debe siempre, en virtud del artículo 1.180, el precio de la cosa perecida últimamente, y conserva el derecho de obligar al acreedor á pagar el precio de la otra que pereció por culpa suya.

143. Procedamos ahora á la otra hipótesis, es decir, á aquella en que la elección corresponde al acreedor. Las reglas dictadas á este propósito por el artículo 1.181, son las siguientes: 1.ª Si una de las cosas

pereció sin culpa del deudor, el acreedor pierde el derecho de elección estando obligado á recibir la restante, y esta regla es una consecuencia del principio de derecho que dispone que perecida fortuitamente una de las dos cosas, la obligación alternativa se hace pura y simple en orden á la restante. 2.ª Si la cosa pereció por culpa del deudor, el acreedor puede pedir la restante ó el precio de la otra. También esta regla tiene su fundamento en los principios de razón, porque la culpa del deudor no debe privar al acreedor de su derecho de elección, si no se quiere que uno de los contratantes pueda á su capricho empeorar la condición del otro. 3.ª Si ambas cosas perecieron y el deudor incurre en culpa respecto de ambas ó de una sola de ellas, el acreedor puede pedir el precio de una ú otra á su elección. Esta regla no se ha eximido de justas censuras. En efecto; está en perfecta conformidad con los principios de derecho cuando la primera cosa pereció por culpa del deudor, porque en este caso su obligación, como ya hemos dicho anteriormente, no se hace pura y simple por no poder éste, por un hecho suyo, perjudicar los derechos del acreedor; pero se desvía de los principios de razón cuando la primera cosa perece fortuitamente; porque, haciéndose en este caso la obligación pura y simple y perdiendo el acreedor su derecho de elección como dispone el art. 1.181, no es lógico que el acreedor tenga el derecho de exigir el precio de la cosa fortuitamente perdida. Pero de todos modos el legislador así lo ha establecido y no se puede sustituir á su voluntad la del intérprete.

Tampoco en esta hipótesis dicta el legislador ninguna regla para el caso en que la cosa ó cosas perezcan por culpa del acreedor, por lo que es preciso resolver la duda aplicando los principios generales. Suponga-

mos, en primer lugar, que una sola de las cosas perece por culpa del acreedor; ¿conservará su derecho de elección? No lo dudamos, porque si su culpa puede producir el efecto de obligarle á resarcir el daño consiguiente, no puede privarle de un derecho adquirido; luego podrá elegir la cosa restante y el deudor obligarle á pagar el precio de la cosa perdida por su culpa. Algunos opinan en este caso que, teniendo el deudor derecho á exigir el precio de la cosa perecida, puede obligarle á recibir ésta en pago, obteniendo así que el pago sustituya al resarcimiento de daños. No compartimos esta opinión, porque, á nuestro modo de ver, la obligación del acreedor de pagar el precio de la cosa perdida por su culpa no le priva de su derecho de elección; por lo que, si en virtud de su derecho de elección puede conseguir la cosa restante, y si el deudor, por la culpa del acreedor, puede pedir á éste el resarcimiento de daños, existen dos derechos con diverso objetivo, entre los cuales no puede darse compensación, por lo que cada cual podrá exigir la satisfacción de lo que le corresponde. Suponiendo, en segundo lugar, que todas las cosas hayan perecido por culpa del acreedor, estando obligado á pagar los daños, mientras conserva su derecho de elección, puede elegir entre las cosas perecidas una cuyo precio reembolse al deudor.

Y si una cosa perece por culpa del deudor y la otra por culpa del acreedor, este último puede siempre pedir que le sea pagado el precio de la que pereció por culpa del deudor, pero quedando sujeto á la obligación de pagar al deudor el precio de lo que pereció por su culpa, porque, ya sea la culpa del deudor, anterior ó posterior, el acreedor no pierde nunca su derecho de elección.

144. Pasemos á la última de las tres hipótesis, aquella en que la elección se deja á un tercero. En el silencio de la ley sobre este punto es preciso recurrir á los principios de derecho. Si una cosa perece sin culpa del deudor ó del acreedor, la obligación deja de ser alternativa y se convierte en pura y simple respecto á la cosa restante, la cual se deberá exclusivamente. Y si todas las cosas alternativamente debidas perecen sin culpa del deudor ó del acreedor, la obligación se extingue, conforme al art. 1.182. Pero supongamos que una de ellas perece por culpa del deudor ó del acreedor, ¿cuáles serán las consecuencias? El principio de derecho enseña que la culpa de una de las partes no puede perjudicar al derecho de la otra; y como entre los derechos de la otra parte está el de que el tercero pueda proceder á la elección, teniendo en cuenta sus intereses, de aquí que la culpa del uno y del otro contratante no impide al tercero elegir entre la cosa perdida y la restante. Si el tercero elige la cosa perdida, el deudor debe su precio, si pereció por culpa suya; pero si fué por la del acreedor, éste estará exento de resarcir el daño; eligiendo el tercero, por el contrario, la cosa no perdida, el deudor soportará el daño de la pérdida, si ésta fué culpa suya, y tendrá derecho á exigir la indemnización si hubiese perecido por culpa del acreedor. Y si ambas cosas hubiesen perecido por una ú otra parte, ó de ambas, el tercero procederá igualmente á la elección, y el deudor deberá el precio de la cosa elegida si pereciese por su culpa, salvo que fuera indemnizado por el acreedor por la pérdida de la otra, si ésta ocurrió por culpa suya.

145. Hasta ahora hemos supuesto el caso de que la pérdida de la cosa sea anterior á la elección; supongamos ahora que perece por culpa de una ú otra de

las partes, cuando la elección se haya hecho irrevocable; ¿cuáles serán las consecuencias? Siendo irrevocable la elección, la obligación es pura y simple en cuanto á la cosa elegida. Por lo que los riesgos deben ser regulados del mismo modo que en la obligación pura y simple. Por tanto, si la cosa perece mientras el deudor en mora, y por efecto de ésta, el acreedor tiene derecho á ser indemnizado, pero no puede exigir otra cosa porque, convertida ya la obligación en pura y simple, no puede volver á ser alternativa; y si la cosa perece por culpa del acreedor, éste sufre la pérdida, sin poder exigir la otra. Si faltase la cosa sin culpa de ninguno de los dos, la obligación se extingue.

146. Si una de las cosas debidas alternativamente no pereciese pero sufriese deterioro, ¿á cargo de quién estará éste? Supongamos que la elección corresponde al deudor y el deterioro sobreviniese por su culpa; ¿pierde el derecho de elección? Según las disposiciones del art. 1.180, el deudor pierde este derecho cuando una de las dos cosas perece, pero el caso de deterioro es distinto del de pérdida, luego á aquél no puede serle aplicada una disposición especial referente á este último; por esto el deudor conserva el derecho de elegir la cosa deteriorada, pero con la obligación de indemnizar al acreedor del daño que va á experimentar por efecto de su culpa. Y si la cosa se deterioró por culpa del acreedor, no hay duda que el deudor puede hacer recaer la elección sobre ésta sin estar obligado á prestar indemnización alguna. Supongamos ahora que la elección corresponda al deudor y que una de las dos cosas debidas se deteriora por su culpa; por efecto de ésta debe indemnizar al deudor, pero conserva el derecho de elección; por lo que si elige la cosa no dete-

riorada, deberá indemnizar al deudor por el deterioro de la otra, y si elige ésta no deberá nada á título de indemnización. Y si la cosa se deteriorase por culpa del deudor, el acreedor que eligiese ésta tiene derecho á exigir de aquél el resarcimiento de daños. Suponiendo, por último, que el deterioro tuviera lugar sin culpa de ninguno, no se debe indemnización, y el deudor tiene derecho cuando á él le corresponda la elección á prestar al acreedor la cosa deteriorada.

147. Las reglas de que hemos hablado hasta aquí son aplicables también, según el art. 1.183, al caso en que en la obligación alternativa se comprendan más de dos cosas. Por consiguiente, si en la obligación alternativa se comprenden, por ejemplo, tres cosas y una de ellas perece sin culpa de nadie, la obligación sigue siendo alternativa en cuanto á las otras dos; pero si las cosas perdidas fortuitamente son dos, la restante se debe pura y simplemente. Y si en la pérdida de una ó varias cosas debidas tuviese culpa el deudor ó el acreedor, se recurrirá á las reglas anteriormente expuestas y con ellas se regulará, tanto el derecho de elección, como el de resarcimiento de daños.

CAPITULO IV

DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS RESPECTO Á LOS ACREEDORES

SUMARIO: 148. Concepto de la solidaridad de los deudores.—149. Cada acreedor solidario es mandatario de los demás por los derechos que le corresponde en el crédito.—150. La solidaridad entre los acreedores no se presume ni se deriva de disposición legal alguna.—151. Si uno de los acreedores solidarios quiere exigir su cuota solamente, el deudor y los demás acreedores pueden oponerse.—152. Si un acreedor solidario puede hacer novaciones ó aceptar cosa distinta de la debida.—153. El deudor puede elegir el crédito que ha de pagar.—154. Cuándo cesa tal facultad.

148. No es frecuente en materia civil la solidaridad entre acreedores, lo cual nos exime de tratarla extensamente, ateniéndonos estrictamente á la exposición de los principios que la rigen y á las principales consecuencias que de éstos se derivan.

¿En qué consiste la solidaridad entre acreedores? Cuando yo me obligo á pagar mil á Ticio y á Cayo, cada uno de ellos tiene el derecho á exigirme quinientas liras, por la razón de que estipulando cada uno por su cuenta é interés, los dos acreedores no han querido estipular más que el derecho de crédito que á cada uno de ellos corresponde; por lo que, dado el deudor de una determinada suma ó cosa divisible, y dados varios acreedores, cada uno de éstos no adquiere el derecho á todo el crédito, sino á la parte que sobre dicho crédito le corresponde. Esta es la regla, á

cuyo lado está la excepción fundada en la solidaridad de los acreedores. Cuando dos ó más de éstos estipulan el derecho de exigir cada uno del deudor la totalidad de la deuda y éste queda libre merced al pago hecho á uno de ellos, existe la solidaridad entre los acreedores, que constituye precisamente la excepción al principio general expuesto.

Si cada uno de los acreedores solidarios puede exigir el pago de la suma total debida por el deudor, y si con dicho pago el deudor obtiene su liberación con respecto á todos, ¿cuáles serán los derechos de los acreedores solidarios en sus relaciones recíprocas? ¿Se dividirá ó no entre los mismos el beneficio de la obligación? En el derecho moderno no hay nadie que ponga en duda la divisibilidad de los beneficios entre los acreedores solidarios, salvo expreso pacto en contrario; y el legislador patrio acepta esta doctrina, porque diponiendo en el art. 1.185 que la remisión hecha por uno solo de los acreedores *in solidum* no libera al deudor sino *por la porción* de este acreedor, presupone necesariamente que el beneficio del derecho solidario es divisible entre aquellos que lo estipularon. Pero es preciso responder á una dificultad. En el art. 1.134 se dice que la obligación es solidaria aunque el beneficio de la misma se pueda dividir entre los diferentes acreedores. Ahora bien; puede decirse que si el legislador tuvo cuidado de declarar que puede haber varios acreedores solidarios aunque el beneficio de la obligación sea divisible entre ellos, es señal de que cree que puede haber obligación solidaria no divisible entre acreedores, y que, por lo tanto, la divisibilidad del beneficio no se deriva *ipso jure* de la solidaridad, sino de pacto expreso, merced al cual cada acreedor adquiere el derecho de divisibilidad. Razonando de este

modo se sobreentiende el pensamiento del legislador. En efecto; al declarar éste que pueden existir varios acreedores solidarios, aun cuando el beneficio de la obligación se divida entre ellos, ha querido dar á entender que la divisibilidad de la obligación no se opone á su solidaridad respecto á los acreedores, desterrando toda duda sobre este punto; pero no ha querido afirmar ciertamente que el beneficio de la obligación no se divida entre varios acreedores solidarios sino mediante pacto expreso, pues dicho artículo no menciona la necesidad de dicho pacto.

La solidaridad entre acreedores en derecho moderno no corresponde á la del derecho romano. En efecto; según este derecho, la obligación del deudor con el acreedor solidario se consideraba como una especie de obligación alternativa, de la cual se liberaba el deudor, ya satisfaciendo la obligación contraída con Ticio, acreedor social, ya la del otro acreedor. De lo cual se deriva que por efecto de la solidaridad, el acreedor, á quien no se había hecho el pago, no tenía derecho á exigir su cuota del acreedor á quien el deudor había pagado, y sólo podía pretender la división del beneficio cuando probaba que existían relaciones de sociedad entre él y el acreedor que había recibido la cosa debida. De este distinto modo de entender la solidaridad entre acreedores se deduce la consecuencia de que las disposiciones del derecho romano en esta materia no pueden siempre invocarse provechosamente para resolver las cuestiones á que puede dar lugar la solidaridad en que nos ocupamos. Y esto basta para llamar la atención del intérprete.

149. Supuesto que el beneficio de la obligación es divisible entre los diversos acreedores solidarios, de aquí que cada uno de ellos adquiera, al contratar, una

cuota proporcional al crédito. ¿Cómo, pues, adquiriendo cada uno su cuota, puede, sin embargo, exigir la suma ó cosa entera debida por el deudor y liberarlo de este modo aun con respecto á los demás acreedores? Este efecto jurídico no puede explicarse, sino suponiendo que existe entre los acreedores solidarios un mandato tácito, por el cual cada uno de ellos representa á todos contra el deudor pudiendo exigir, no sólo su cuota, sino la de sus mandantes. En efecto; si el acreedor solidario que ha cobrado el crédito del deudor debe dividir el beneficio con sus acreedores, es señal de que cobró lo que se le debía á él y á los demás; pero ¿de qué modo podría exigir legal y válidamente lo que se debe á los demás liberando así al deudor, si no estuviera autorizado en virtud de mandato recibido de aquellos á quienes el crédito beneficia? Sentado, pues, que la solidaridad entre acreedores depende del mandato recíproco que cada uno de ellos da y recibe de los demás, veamos las consecuencias de este principio.

150. El mandato no se presume, debe probarse que existe, expreso ó tácito; por consiguiente, la solidaridad entre acreedores no se presume sino que debe resultar de modo cierto de la misma obligación ó de acto posterior á la misma, no siendo precisamente necesario que la solidaridad surja simultáneamente á la obligación del deudor, porque el mandato de que la solidaridad depende, puede ser conferido por cada acreedor á los demás, tanto en el contrato como posteriormente. Por tanto, debiendo la solidaridad resultar de la obligación ó de documento posterior, es claro que la cuestión sobre la existencia ó no de la solidaridad, es de apreciación é interpretación de voluntad que no puede resolverse *a priori*, siendo necesario el examen,

no sólo del documento, sino de las circunstancias que rodearon el acto para conocer la verdadera intención de los contratantes. Sólo advertiremos que en nuestro Código no existe ninguna disposición que establezca la solidaridad entre acreedores, por lo que ésta no puede proceder más que de contrato ó de testamento. Muerto, por tanto, uno de los acreedores solidarios, cada uno de sus acreedores no puede pretender ser acreedor solidario como lo era su autor, sino que el crédito solidario pertenece á todos los coherederos juntos en cuanto reunidos representan íntegramente la persona del *de cujus*, y, por lo tanto, cuando estén todos de acuerdo, pueden exigir el crédito solidario del mismo modo que podía exigirlo su autor.

151. Ya hemos notado que cobrado el crédito por uno de los acreedores, los otros pueden reclamar el beneficio de la división obligando así al mandatario á rendir cuentas de su gestión. Supongamos que algunos de los acreedores, para sustraerse á la rendición de cuentas, exijan sólo su cuota, ¿puede el deudor oponerse y pueden oponerse los demás acreedores? Creemos que sí. El primero, porque no puede estar obligado á pagar una parte de la deuda si prefiere obtener su completa liberación; los segundos, porque su derecho de exigir la totalidad de la suma debida no desaparece, según la ley del contrato, sino cuando hayan sido prevenidos por uno de ellos, que haya pedido ó cobrado toda la deuda; por lo que es evidente que tal derecho no puede ser modificado á capricho de uno de los contratantes.

Pero si uno de los acreedores, sin oposición del deudor, cobra una parte del crédito que no exceda de su cuota, los demás ¿tienen derecho á pedir la división del beneficio obtenido merced á la cobranza de parte

del crédito? En favor de la contestación negativa podría observarse que está sujeto á división el crédito entero, no la cuota correspondiente sobre el mismo á cada acreedor; por lo que, limitándose el cobro á dicha cuota, no puede ser admitida la demanda de los otros acreedores. Pero este razonamiento no nos parece exacto, porque el crédito es uno, y con respecto á él, cada acreedor es mandatario de los demás; por lo cual, cualquiera que sea la suma percibida por uno de ellos, la percibió en virtud de mandato y debe rendir cuenta á sus mandantes. Es verdad que todo acreedor adquiere al contratar, el derecho al beneficio de la división; pero tal derecho sólo puede adquirirlo cuando el crédito se cobró, no antes; por lo que hecha efectiva una parte del crédito, todos los acreedores pueden hacer valer sobre la misma el derecho á la división.

152. Del principio de que los acreedores solidarios son mandatarios recíprocos, no puede liberarse el deudor frente á los demás acreedores sus mandantes. Ahora bien; como el mandato que cada acreedor da al otro es el de conservar y exigir el crédito, de aquí que se excedan los límites del mandato cuando se sustituye otro deudor á aquél que se ha declarado tal en la convención ó cuando la cosa debida se sustituye por otra. La *datio in solutum*, por tanto, y la novación que uno de los acreedores solidarios consiente con el deudor no son válidas para liberar á éste ante los demás acreedores. Pero ¿pueden éstos aprovecharla si quieren? No vacilamos en afirmarlo, porque si uno de los acreedores, traspasando los límites del mandato, ha realizado algo útil para sus mandantes, éstos pueden considerarle como gestor de sus negocios y mantener así la obligación que frente á él contrajo el deudor.

Del mismo principio se deriva también la conse-

cuencia de que trata el segundo párrafo del art. 1.185, á saber: que la remisión hecha por uno solo de los acreedores no libera al deudor sino por la porción en que le es deudor; porque si tiene mandato de los otros coacreedores de conservar y exigir el crédito que les pertenece, obra evidentemente fuera de los límites de tal mandato cuando perdona y condona al deudor; por tanto, si el deudor á quien uno de los acreedores solidarios exige el pago, exhibe un recibo obtenido de otro acreedor, ó en prueba del pago enseña el título de la deuda, puede el acreedor demandante probar que el pago ha sido simulado y que el título se entregó sin previo pago, sino con el sólo fin de perdonar la deuda.

Pero si uno de los acreedores no puede liberar al deudor frente á los demás perdonando la deuda, ¿podrá compensar su crédito con una deuda suya particular? Por la afirmativa podría observarse que la compensación es una forma de pago, y que es preciso, por tanto, concederle sus mismos efectos. Esta opinión no es, á nuestro juicio, exacta. Porque si la compensación es una de las formas de extinguir el crédito, es, por otra parte, muy distinta del pago; por lo que si el acreedor solidario está autorizado para exigir el crédito, no puede considerarse autorizado á compensar. Por otra parte, cada uno de los acreedores solidarios no es más que un mandatario de los derechos de los demás, y ¿puede acaso el mandatario compensar el crédito correspondiente á su mandante con una deuda suya particular?

Se observa, en contrario, que el legislador, al declarar en el art. 1.290 que el deudor *in solidum* no puede pedir la compensación de lo que el acreedor debe á su codeudor sino hasta la concurrencia de la

parte de su codeudor y guardar silencio respecto á los acreedores solidarios, no ha querido extender á éstos la misma disposición, reconociendo así en cada uno de ellos el derecho de liberar al deudor frente á todos, en virtud de la compensación del crédito, con una deuda suya particular. Pero tal argumento no tiene valor, porque en el silencio de la ley se aplican los principios generales de derecho, y éstos exigen, como ya hemos demostrado, que uno de los acreedores solidarios no pueda liberar al deudor respecto á los demás compensando el crédito con una deuda suya particular. Por otra parte, la disposición del art. 1.290 no es más que una aplicación de estos mismos principios generales, como á su tiempo se probará; por lo tanto, no puede ser obstáculo á la tesis que defendemos.

Pero tanto la remisión como la compensación tienen efecto por la cuota correspondiente al acreedor que remite la deuda ó que alega la compensación, puesto que el motivo de la disposición del art. 1.185, relativo á la remisión, se extiende también al caso de la compensación. Pero en la cuota remitida ó compensada, los otros acreedores ¿pueden pedir la división del beneficio del mismo modo que pueden pedir tal división cuando uno de los acreedores ha obtenido una sola parte del crédito que no exceda de su cuota? No; porque si el acreedor que exige una sola parte del crédito, aunque sea inferior á la cuota que le corresponde, obra en virtud del mandato recibido de los otros acreedores, y, por tanto, está obligado á rendir cuenta, obra en su propio interés y no como mandatario cuando remite ó compensa la deuda por el valor de su cuota, y no puede, por tanto, ser obligado á rendir cuentas.

153. Por efecto del mandato recibido, cada acree-

dor puede pedir al deudor el pago de la totalidad del crédito; pero si ninguno de los acreedores pide el pago, y, al deudor, llegado el término establecido, le interesa liberarse de su obligación, ¿puede elegir el acreedor á quién ha de pagar? El art. 1.185 responde afirmativamente y con fundamento. En efecto; si no puede cuestionarse el derecho del deudor á conseguir su liberación por el pago de la cosa debida, cuando expira el término ó cuando quiere renunciar al beneficio del término, puesto solo á su favor, es preciso concederle una forma práctica de ejercitar este derecho. Y ¿qué otra habrá fuera de la que consiste en dejar al deudor la elección del acreedor á quien pagar? Porque si no pudiese elegir, y ninguno de los acreedores se tomase el trabajo de exigir el crédito, no podría nunca obtener la liberación á que, sin embargo, tiene derecho mediante la prestación de la cosa debida. Por otra parte, si todo acreedor solidario tiene el mandato para demandar en juicio al deudor, tendrá también el derecho de exigir á éste la suma ó cosa que espontáneamente paga; por consiguiente, el acreedor elegido por el deudor para el pago, obra dentro de los límites de su mandato recibiendo el pago. Y si el acreedor elegido por el deudor rehusase exigir la suma debida, podrá éste hacerle la consignación, que es el medio que la ley concede al deudor para liberarse cuando el acreedor se niega á aceptar el pago.

154. El derecho del deudor de elegir el acreedor solidario, cesa, según el art. 1.185, cuando fué demandado judicialmente por otro de los acreedores. Suponiendo, por tanto, que requerido el deudor judicialmente por uno de los acreedores para el pago, pagase la suma debida á otro de los acreedores, ¿puede pretender ser liberado para con todos? Por derecho

romano dicho pago no servía para liberar al deudor (1), máxima aplicable al derecho patrio como derivada de principios aceptados en ambos derechos. Y, en efecto, el deudor que se obliga con varios acreedores *in solidum* se obliga necesariamente á pagar á aquel de ellos que antes le reclame el pago, por estar dicha prelación establecida en la ley; pagando, pues, á un acreedor distinto, infringe la obligación contraída y no puede pretender liberarse con los demás acreedores. De otro lado, el acreedor que exige la suma después de haber sido prevenido judicialmente y por otro acreedor, no puede ya obrar como mandatario de los demás, puesto que el mandato recibido cesa cuando otro acreedor, antes que él, exigió el pago.

Nótese que la demanda del acreedor, debe ser propuesta judicialmente para impedir al deudor que pague válidamente á otro acreedor; por lo que, si el pago se pidió judicialmente, esto no impide al deudor elegir el acreedor ni á cada uno de los acreedores que demanden judicialmente al deudor, para ser pagado con frecuencia á aquél que no exigió el pago por la vía judicial.

(1) Leg. 16 Dig. *de duobus reis*, etc.

CAPITULO V

DE LAS OBLIGACIONES «IN SOLIDUM» ENTRE LOS DEUDORES

SUMARIO: 155. Concepto de la solidaridad entre deudores.—156. Relaciones de los deudores solidarios entre sí.—157. Las modalidades de la obligación pueden ser distintas entre uno y otro deudor solidario.—158. La solidaridad no se presume.—159. No se extiende á los herederos.—160. *Quid* si la obligación se anula ó rescinde en interés de uno de los deudores.—161. Acciones del acreedor contra cada uno de los deudores solidarios.—162. Excepciones que cada deudor *in solidum* puede oponer al acreedor.—163. Si la cosa debida perece por culpa de uno de los deudores solidarios, cuál es su responssbilidad y la de los demás.—164. La demanda de intereses propuesta contra un deudor sirve para que se devenguen también á favor de los demás.—165. El acreedor puede renunciar á la acción solidaria contra alguno de los deudores.—166. Primera excepción á este principio.—167. Segunda excepción.—168. Tercera excepción.—169. Cuarta excepción.—170. El deudor que paga toda la deuda, qué cuota puede repetir de los demás codeudores.—171. Quién sufre la pérdida de alguno de ellos es insolvente.—172. Quién, si después de renunciada la acción solidaria contra uno de los deudores, alguno de ellos se hace insolvente.—173. Si el deudor que ha pagado una parte sólo de la deuda tiene acción de reembolso.—174. Las disposiciones concernientes al fiador no se aplican al deudor solidario en sus relaciones con los demás deudores.—Excepción á esta regla.

155. Así como varios acreedores que estipulan el pago de una determinada suma ó prestación de cosa

divisible, adquieren tantos derechos de crédito cuantos son aquéllos, así varios deudores que se obligan al pago de una suma ó á la prestación de cosa divisible contraen tantas deudas cuantos ellos son, dando así vida á obligaciones diversas, correspondientes en número á los obligados. También la regla encuentra una excepción por efecto de la solidaridad de la obligación contraída por ellos. La obligación, dice el artículo 1.186, será *in solidum* por parte de los deudores, cuando estén obligados á una misma cosa; de modo que cada uno de ellos puede ser obligado por el todo, y el pago que se realice por uno solo libra á los otros para con el acreedor. Por tanto, la solidaridad debe reunir tres elementos: pluralidad de personas obligadas, unidad de prestación, vínculo entre deudores y acreedor; así como entre uno y otro deudor, por el cual cada obligado pueda ser compelido á pagar el todo y librarse á sí mismo y á los demás ante el acreedor común.

La necesidad de los dos primeros elementos es evidente. En efecto; si falta la pluralidad de deudores es absurdo hablar de solidaridad, porque el obligado es uno solo; y si falta la unidad de prestación, podrá existir concurrencia de varias obligaciones, pero no de personas ligadas por la solidaridad en una misma obligación. En cuanto al tercer elemento, se resuelve tanto para los acreedores solidarios como para los deudores obligados *in solidum* en un mandato tácito por efecto del cual cada deudor puede representar á los demás ante el acreedor, por lo que se refiere al pago de la cosa debida y á la liberación de la obligación común.

Pero nótese que tal mandato se da recíprocamente de un deudor á otro, no en interés de los obligados,

sino en el del acreedor al cual hace más fácil y cierto el pago, dándole el derecho de poderle exigir por entero de cualquiera de los obligados. Pero ¿cuáles son los límites del mandato en cuestión? Según una resolución de la Casación de Palermo (1), el mandato se extiende á todo lo que concierne á la actuación y desarrollo de la obligación contraída; y el mismo tribunal deduce que si los deudores solidarios hubieran encargado el pago de una suma á un acreedor, y éste revocase después este cargo, notificándolo á uno de los deudores, la notificación es válida con respecto al otro. No creemos que llegue á tanto el mandato recíproco entre deudores solidarios. Prescindiendo también de que es muy difícil precisar en la práctica el sentido de la expresión *actuación* y *desarrollo de la obligación,* bástenos sólo advertir que el mandato recíproco no tiene otro fin que facilitar al acreedor la cobranza del crédito, por lo que se resuelve necesariamente en un mandato de pagar por cuenta ajena, obteniendo así la liberación común. Por lo tanto, en todo lo que se refiere á la liberación de ésta, cada deudor no puede menos de considerarse mandatario de los demás; pero cuando no se trata de esto, sino de modalidades referentes á la obligación, cada deudor conserva para si solo el ejercicio de los derechos que le corresponden, y, por consiguiente, no puede haber mandato sino cuando expresamente se pactase.

156. Si, frente al acreedor, cada uno de los deudores solidarios está obligado por el todo, en las relaciones entre estos últimos cada uno está obligado por su cuota. El art. 1.198 dice que la obligación contraída *in solidum* con el acreedor se divide de derecho entre

(1) Decis. 23 Enero 1866.

los deudores; éstos no están obligados entre sí sino por su cuota. Cuota que no puede ser otra que la personal, ó sea la que corresponde á cada uno según el número de los que concurren en una misma obligación.

Pero ¿es necesario para la existencia de la solidaridad que cada deudor esté obligado en sus relaciones con los demás deudores por esta cuota personal, de modo que no pueda haber entre ellos solidaridad si no están obligados por una misma cuota, ó si uno de ellos está obligado y el otro no? No vemos razón alguna para que se dé tal necesidad, porque si uno puede declararse deudor, aunque no participe correlativamente en la misma obligación, bien pueden obligarse solidariamente varias personas, aunque alguna de ellas no participe de la obligación en modo alguno ó participe en menor proporción que los demás. El artículo 1.201 confirma este principio, previendo el caso de que uno de los deudores solidarios sea extraño al negocio por que fué contraída la deuda, y al prever este caso demuestra que no es incompatible con la solidaridad de la obligación. Si el negocio por que fué contraída la deuda *in solidum* no hiciere relación más que á uno de los obligados solidarios, éste quedará obligado por toda la deuda respecto de los demás, los cuales serán considerados para con él como simples fiadores. Si, pues, aquel que en sus relaciones con el deudor no es más que fiador y no participa en modo alguno en la reciprocidad de la obligación, puede obligarse solidariamente con el acreedor, mucho más podrá obligarse el que participe en una parte menor. De aquí que el art. 1.198 no hace sino establecer una presunción *juris tantum*, la cual, como toda otra de este género, puede ser destruída por prueba en contrario. Por tanto, si en la obligación no se dice nada respec-

to de las relaciones de los deudores solidarios entre sí, cada uno se considerará, respecto de los demás, obligado por la cuota personal, aun cuando esté obligado por el todo con el acreedor; pero si las relaciones recíprocas entre los deudores solidarios están reguladas en el contrato ó en otro documento redactado por ellos, la disposición del artículo en examen no tiene efecto y sus relaciones se regulan por el pacto celebrado.

157. Ya vimos que la unidad de prestación es elemento indispensable de la solidaridad: ahora bien, ¿dicha unidad implica necesariamente que las modalidades de la obligación tengan que ser las mismas para todos los codeudores? La obligación, dice el art. 1.187, podrá ser solidaria aunque uno de los deudores esté obligado de modo distinto que los demás al pago de la misma cosa; como cuando la obligación del uno es condicional y la del otro simple, ó bien si á uno se le concedió término para pagar y al otro no. Y ¿por qué las modalidades de la obligación pueden ser diversas para uno y otro deudor? Porque la solidaridad de los deudores implica que uno de ellos pueda ser compelido á pagar por todos, lo cual, si bien exige imperiosamente que la cosa sea la misma para todos los obligados, no exige en cambio que todos lo sean del mismo modo, no habiendo ningún inconveniente para que el acreedor pueda desde luego proceder contra uno de los deudores solidarios y no pueda hacerlo contra los demás, sino después de transcurrido el término ó de cumplirse la condición.

No es tampoco necesaria para la solidaridad del deudor la unidad de lugar y de tiempo. Supongamos que yo presto cien mil liras á Antonio, de las cuales éste se constituye en deudor; si después Antonio ad-

mite á Sempronio á participar del beneficio de este préstamo, y éste, con el consentimiento del acreedor y del otro deudor, se declara obligado solidariamente á la restitución de la suma prestada por mí, ¿qué dificultad hay para que la obligación se considere solidaria? La unidad de lugar y de tiempo, ¿es acaso necesaria para dar vida á la obligación? No, porque ésta depende de la reunión de los consentimientos y éstos pueden reunirse en tiempos y lugares distintos. ¿Será necesaria teniendo en cuenta la solidaridad de la obligación? Tampoco, porque ésta es el efecto del consentimiento como lo es la obligación, y el consentimiento para producir sus efectos, no es necesario que se manifieste en el mismo lugar y tiempo.

158. La obligación solidaria no se presume, sino que debe ser estipulada expresamente (art. 1.188). El motivo de esta disposición es bien claro. En efecto; la solidaridad no hace sino agravar la condición del deudor, exponiéndole á pagar, no sólo por su cuenta, sino por la de los demás; ahora bien, en la duda la convención se interpreta á favor del deudor (art. 1.137); luego la solidaridad no puede nunca establecerse en virtud de presunción, sino que debe ser estipulada expresamente. Pero ¿qué se entiende por estipulación expresa de que habla el art. 1.188? Se engañaría quien creyese que la expresión *obligación solidaria* es sacramental de modo que deba ser usada de modo imprescindiblemente para conseguir el objeto deseado; porque en nuestro Código no hay formas sacramentales, y tratándose de la manifestación de la voluntad, no debe sacrificar la intención verdadera y cierta de los contratantes al rigorismo de una fórmula. Por tanto, cualesquiera que sean las expresiones usadas por os contratantes, es necesario que se demuestre hasta

la evidencia que los deudores quisieron obligarse *in solidum* para que la obligación contraida pueda considerarse solidaria.

Ya hemos dicho que la solidaridad entre acreedores no está establecida en ningún caso en la ley, por lo que depende exclusivamente de la voluntad del hombre; en cambio la solidaridad entre los deudores se establece alguna vez en las obligaciones que nacen de la ley, y por esto en el segundo párrafo del art. 1.183, se lee que la regla establecida en la primera parte de éste y en la cual ya nos hemos ocupado, cesa en los casos en que la obligación solidaria nace de la ley. No es aquí oportuno examinar todos los casos en los cuales la obligación solidaria se establece por la ley, porque ya hemos tratado de ellos y trataremos al comentar los artículos del Código que á los mismos se refieren; basta, pues, tener presente, por ejemplo, que la solidaridad se establece por la ley en las obligaciones derivadas de delito ó cuasi-delito (art. 1.155) en lo que se refiere á varios ejecutores testamentarios obligados á rendir cuentas (art. 910), ó varios mandantes ante el mandatario (art. 1.756), etc. Nótese que las disposiciones de la ley en las cuales se establece la solidaridad entre deudores son de interpretación, en cuanto constituye un agravio de condición del deudor, por lo que no es dado hacerlas extensivas por analogía del caso previsto al no previsto.

159. La solidaridad impuesta por la ley ó por la voluntad del hombre á uno de los deudores no se extiende á sus herederos, los cuales, tomados en conjunto, pueden ser obligados á pagar toda la suma que el acreedor podía exigir de su autor, pero considerados aisladamente no están obligados sino por la cuota personal. Suponiendo, por lo tanto, que Antonio y Julio

son deudores míos solidarios por mil, y que Antonio, al morir, deja dos herederos, yo no puedo exigir de cada uno de ellos más que quinientas liras, dividiéndose entre los mismos la obligación á la cual estaba obligado el *de cujus*.

¿Pero puede, en virtud de pacto, extenderse la solidaridad á los herederos? Supongamos que Ticio y Antonio, obligados solidariamente, declaran que obligan también solidariamente á sus herederos; ¿puede el acreedor en este caso exigir la suma total de un heredero de uno ú otro deudor? Creemos que no hay razón alguna para no reconocer eficaz un pacto de este género. Al hablar anteriormente (1) de la transmisibilidad de las obligaciones á los herederos del deudor, vimos que puede ponerse á cargo de uno solo de los herederos el pago de la obligación contraída, cuando con ello no se hace más que designar el heredero que deberá pagar al acreedor, salvo la acción contra los demás coherederos. Ahora bien; el imponer la solidaridad á los herederos no altera en modo alguno sus derechos en las relaciones entre éstos y la herencia; tal pacto, por lo que se refiere á los derechos sucesorios, no ataca á su esencia, no hace más que establecer una modalidad conveniente al cumplimiento de la obligación; por lo cual lo creemos lícito y eficaz.

Si uno de los codeudores es heredero del acreedor, ¿puede exigir la totalidad de la deuda, del otro ó de los otros coobligados? Podría decirse que representando el codeudor heredero, al acreedor, le corresponde el mismo derecho que á su autor. Pero no se olvide que en su cualidad de codeudor no puede exigir de los demás la cuota por la cual está obligado; por consiguien-

(1) Véase este volumen, núm. 49.

te, la deuda debe considerarse extinguida por el valor de su cuota, según dispone el art. 1.194. Por lo tanto, podrá exigir de cada uno de los demás coobligados la totalidad de la deuda, después de deducida su cuota. El mismo principio es aplicable, según dispone el citado artículo 1.194, en el caso en que el acreedor sea heredero de uno de los deudores. En tal caso, pasando al acreedor la obligación de su autor, no puede exigir toda la deuda de los demás deudores, sino que debe deducir de ésta la parte en que estaba obligado el autor de la sucesión.

160. La solidaridad entre deudores supone una obligación válida contraída por cada uno de ellos, y un mandato recíproco entre ellos para satisfacer toda la obligación.

Supongamos ahora que la obligación contraída por uno de los deudores solidarios es anulada ó rescindida; ¿continuarán los otros deudores estando solidariamente obligados por el todo? Creemos que no puede darse una respuesta absoluta, siendo necesario, á nuestro modo de ver, distinguir los casos. Si yo vendo mi fundo á dos personas, que le adquieren en común, pero obligándose ambos solidariamente á pagarme todo el precio, y la venta se anula después ó se rescinde en las relaciones entre yo y uno de los adquirentes, es claro que yo no puedo exigir del otro todo el precio, sino la mitad, correspondiente á la mitad del fundo por el cual la venta es eficaz; para exigir la otra mitad no tengo derecho alguno, porque la obligación correlativa, si subsistiese, carecería de causa. Supongamos ahora otra hipótesis: doy á préstamo á Julio y Antonio mil liras, que se obligan á restituirme en un plazo convenido; por otra parte, Julio, siendo menor, deduce la nulidad de la obligación contraída por

él, y, por consiguiente, yo no tengo acción para obligarle al pago; ¿quedará, en tal caso, obligado Antonio por la restitución de toda la suma prestada por mí? En esta hipótesis no puede oponerse la falta de causa, puesto que yo efectivamente he desembolsado la suma cuya restitución reclamo; luego por este lado no puede haber obstáculo para que yo exija toda la suma á Antonio. ¿Puede ser obstáculo la circunstancia de que no habiendo Julio contraído una obligación eficaz, Antonio no puede ejercitar contra él acción de reembolso, si no paga toda la suma? Creemos que no, por no ser esta acción necesaria para que exista la obligación solidaria. Y en efecto, cuando uno de los deudores no tomó parte en el negocio por el cual la obligación se contrajo y se le considera con arreglo al artículo 1.201 como fiador de los demás, no puede estar expuesto á la acción de reembolso por parte de quien ha pagado, no obstante lo cual, los otros deudores están solidariamente obligados por el todo. Por otra parte, la solidaridad se impone en beneficio del acreedor, y no del deudor, y con la intención de facilitar la cobranza del crédito; esto sentado, ¿no se va contra el concepto fundamental de la solidaridad cuando se pretende que la solidaridad cesa en el momento en que no pudiendo el acreedor proceder contra uno de los deudores, se le hace más difícil la exacción del crédito?

161. Expuestos de este modo los principios generales que rigen la solidaridad entre deudores, veamos las consecuencias que se derivan, tanto en las relaciones entre el acreedor y los deudores, como de los deudores entre sí, desde que la obligación, por efecto del pago ó, de otro modo, se extingue.

Entrando en el examen de los efectos de la solida-

ridad entre el estipulante y los promitentes, el acreedor puede, con arreglo al art. 1.189, volverse contra uno de los deudores á su elección, sin que el deudor pueda oponerle el beneficio de la división; porque si tal beneficio pudiera oponerse no se conseguiría el fin de la solidaridad, que es precisamente facilitar al acreedor la exacción de la cosa debida. Así como el acreedor puede proceder contra cada uno de los deudores por toda la deuda, puede también limitarse á exigir de uno de ellos una parte tan sola del crédito; pero el deudor solidario, demandado para el pago de una parte de la deuda, ¿puede obligar al acreedor á recibir el pago de todo el crédito? La afirmativa es á nuestro juicio indudable. No se olvide, en efecto, que cada uno de los acreedores solidarios confiere al otro mandato para pagar toda la deuda, y que este mandato se reconoce por el acreedor al prestar su consentimiento á la obligación; ahora bien, ¿puede el acreedor impedir que el deudor satisfaga su obligación, y la satisfaga del modo indicado en el pacto? Cierto que no; de otro modo, quedaría al arbitrio de una de las partes el destruir los efectos de la convención; luego si uno de los deudores quiere cumplir el mandato recibido, pagando toda la suma debida, el acreedor no tiene derecho á impedirlo. Demandado uno de los deudores para el pago de toda la deuda, puede, sin duda, ejercitar su acción de reembolso contra los codeudores, y puede hacerlo en el mismo juicio promovido contra él por el acreedor, pero á condición de que esta demanda de reembolso no retrase el curso de la acción principal (art. 199, Cod. proc. civ.)

La instancia promovida contra un deudor no priva al acreedor del derecho de promover otra semejante contra los demás deudores (art. 1.190). Esta disposi-

ción se deriva del principio de que la renuncia á un derecho no se presume nunca, sino que debe ser probada claramente. Ahora bien; si el acreedor trata de proceder contra uno de los deudores, creyendo que puede conseguir del mismo lo que se le debe, ¿renuncia acaso con ello á sus derechos contra los demás, en tanto no sea completamente satisfecho de su haber? Cierto que no; luego la acción promovida por él contra uno de los deudores no puede ser obstáculo para que se proponga la misma acción contra los demás mientras la obligación se mantenga en pie.

162. El deudor solidario demandado por el acreedor puede oponer todas las excepciones que le son personales y las que son comunes á todos los demás deudores; pero no puede oponer las excepciones que son personales á alguno de los demás deudores (artículo 1.193). Si yo, obligado solidariamente con otros, hubiera sido inducido á contratar por error, violencia ó dolo, ó bien contraté siendo menor, puedo oponer al acreedor que procede contra mí la nulidad de la obligación; pero si el menor, interdicto ó inhabilitado era otro de los deudores, ó contrato con error, violencia ó dolo, ¿puedo yo oponer al acreedor la excepción de nulidad? No; porque la obligación en este caso no es nula frente á todos, sino sólo frente al que fué engañado, sufrió violencia ó no tenía capacidad para obligarse; y dicha nulidad depende de causa exclusivamente personal, que no tiene influencia en las relaciones entre el acreedor y los demás coobligados, y que, por tanto, sólo puede ser deducida por aquel á cuyo favor es causa de nulidad. Y si la obligación es nula por falta de objeto ó de causa, por defecto de forma ó es rescindible por lesión, en estos casos y otros semejantes, siendo común la excepción á todos los coobliga-

dos, puede ser opuesta por cualquiera de los deudores.

Con los mismos principios ha de resolverse la cuestión de si en los contratos bilaterales el cumplimiento de la obligación por parte del acreedor puede ó no oponerse á todos los deudores solidarios. Supongamos que yo vendo á Ticio y á Cayo un fundo de mi propiedad, contrayendo éstos la obligación solidaria de pagar el precio estipulado; si yo entrego el fundo en el término establecido, y no obstante procedo contra uno de los adquirentes para el pago de todo el precio, éste puede indudablemente oponerme el incumplimiento de la obligación contraída por mí por tener él también interés en la entrega del fundo cuyo precio reclamo. Pero si el incumplimiento de la obligación contraída por mí se da sólo respecto de uno de los compradores, y no por el otro, aquel con el cual cumplí no puede oponerme el incumplimiento cuando le demande en juicio para el pago del precio, porque no puede valerse de una excepción que es personal de otro coobligado. Y si después el otro adquirente obtiene la rescisión de la venta por no haber el vendedor cumplido sus obligaciones, el que pagó todo el precio tiene derecho á repetir del vendedor la parte correspondiente á la cuota á cargo del otro comprador, si la venta se rescindió en su interés. La dilación concedida por el acreedor á uno de los codeudores constituye una excepción personal á éste, no inherente á la índole de la obligación; por consiguiente, no tienen derecho los otros codeudores á aprovecharse de ella (1).

163. La cosa debida por varios deudores solidarios puede perecer por culpa de alguno de ellos ó por efecto de la mora de uno; ¿cuál será en este caso la obli-

(1) Ap. Catania, 24 Octubre 1881.

gación de los demás codeudores que no incurrieron en mora ni en culpa? El art. 1.191 distingue entre la obligación de pagar el precio de la cosa perdida y la que se refiere al resarcimiento del daño que sufre el acreedor á consecuencia de la pérdida de la cosa debida. Pone la primera á cargo de todos los obligados, y la segunda sólo á cargo de aquéllos que incurrieron en culpa ó mora. Esta disposición nos parece informada en un principio de justicia. En efecto, la pérdida de la cosa por culpa del deudor no extingue la obligación; subsistiendo, por tanto, la obligación, y no siendo posible prestar la cosa en natura, es lógico que todos los obligados solidariamente estén obligados á pagar el precio. El resarcimiento del daño no tiene su causa inmediata en la obligación contraída, sino en el hecho culposo ó en la mora de los que dieron lugar á la pérdida de la cosa; derivando, pues, tal obligación de un hecho posterior á la obligación contraída, es justo que grave sólo á aquellos que por su culpa ó mora contribuyeron á la pérdida de la cosa debida. Lo mismo por paridad de razones ha de decirse del deterioro de la cosa imputable á alguno de los cooligados; por lo que todos los deudores están obligados al pago del precio correspondiente á la disminución de la cosa y á los daños, solamente aquellos por culpa ó mora de los cuales ocurrió el deterioro.

Los que incurrieron en culpa ó mora ¿deben responder solidariamente de los daños al acreedor ó bien *á prorata?* Adviértase que en este caso se trata de obligación derivada de delito ó cuasi-delito; por lo que es aplicable el art. 1.156, el cual previendo el caso en que el delito ó el cuasi-delito sea imputable á varias personas, dispone que todos están obligados *in solidum* al resarcimiento del daño causado. Pero las par-

tes pueden derogar el principio que pone el resarcimiento del daño á cargo exclusivo de los que incurrieron en culpa, por ser disposición encaminada á regular interés privado; por lo que si en el contrato se previó el caso de la pérdida de la cosa debida, fijándose una pena á cargo de todos los obligados, cada uno deberá pagar la pena estatuída aun en la parte que se refiere al resarcimiento del daño, no pudiéndose invocar la disposición del artículo en examen que el contrato derogó.

164. La demanda de intereses, dice el art. 1.192, propuesta contra uno de los deudores *in solidum*, hace que corran los mismos con respecto á los demás. ¿De qué intereses habla aquí el legislador? Sólo de los moratorios, los cuales se deben desde la demanda, mientras que los convenidos corren en virtud del pacto é independientemente de toda demanda; luego la disposición del artículo en examen no puede referirse más que á los primeros. Indaguemos la causa.

La demanda que se exige para que se devenguen intereses por todos los obligados solidariamente ¿es necesario que se proponga judicialmente? Cuando la ley no deroga de modo indubitado una regla general, debe siempre aplicarse ésta; ahora, por la disposición del art. 1.223, la demanda que hace correr los intereses moratorios no es otra cosa que un acto, por el cual el deudor se constituye en mora; luego tal acto es, á tenor del art. 1.192, suficiente para hacer correr los intereses en cuanto á todos los obligados solidariamente.

Pero ¿cuál es el fundamento de tal disposición? A nuestro parecer debe buscarse en la unidad de la obligación contraída por todos los deudores solidarios, frente al acreedor común. Y como por efecto de tal

unidad, la prescripción interrumpida entre el acreedor y uno de los deudores, se considera interrumpida para los demás deudores (art. 2.130), así en gracia también de la unidad, la mora de uno de los deudores hace que incurran en ella todos los demás que con el mismo contrajeron la misma obligación.

No aplicándose la disposición en examen á los intereses convenidos, de aquí que el pacto posterior en que establezcan tales intereses en las relaciones entre el acreedor y uno de los deudores, no sirve para que sean devengados por los demás, puesto que no es dado á uno de los deudores agravar la condición de los que con él están obligados. Pero si entre el acreedor y el deudor no se hiciese otra cosa que establecer los intereses debidos á consecuencia de la mora, tal pacto equivale, en este caso, á un acto de constitución en mora y es, por tanto, válido frente á los coobligados hasta la concurrencia de los intereses debidos en virtud de la ley, pero no en cuanto al exceso convenido.

165. Estando establecida la solidaridad en interés del acreedor, puede constituir objeto de renuncia por parte de éste; porque un derecho es renunciable. Pero la renuncia á la solidaridad respecto de uno de los deudores implica, además, renuncia respecto de todos. El art. 1.210 del Código francés dispone, en este caso, que el acreedor conserve su acción solidaria contra los demás deudores, pero deducida la porción del deudor á quien ha liberado de la obligación solidaria. Tal deducción ¿se funda en algún principio de justicia? Creemos que no; porque ¿qué razón hay para disminuir la obligación solidaria de los demás deudores? Si el acreedor puede exigir todo su crédito de uno de los deudores sin molestar á los demás en

modo alguno, y aun después de haber ejercitado infructuosamente su acción contra otro de los deudores, con mayor motivo podrá exigir todo el crédito después de haber procedido contra uno de los deudores por una parte solamente. Ni los otros deudores pueden deducir que su condición se haya empezado por haber liberado el acreedor á uno de ellos de la solidaridad porque su acción contra el codeudor liberado subsiste, por lo que, conservando el derecho de ejercitar tal acción, es justo que continúen obligados por el todo con el acreedor. El legislador, pues, ha hecho bien al disponer, en el art. 1.195, que el acreedor que consiente en la división de la deuda en favor de uno de los codeudores, conservará su acción *in solidum* contra los otros por el crédito íntegro; suprimiendo así la adición que se ve en el correspondiente artículo 1.210 del Código francés.

La renuncia á la solidaridad, como toda renuncia, no se presume, sino que debe ser demostrada, y tratándose en este caso de interpretación de voluntad, no puede establecerse *a priori* si tal caso contiene renuncia á la solidaridad y tal otro no, sino que es preciso tener en cuenta las circunstancias especiales del caso que ha de resolverse para ver si el acreedor quiso ó no quiso renunciar á la solidaridad.

166. La ley deroga en algunos casos el principio de que la renuncia á la solidaridad no se presume. El primero le encontramos en el art. 1.196, concebido así: «El acreedor que reciba separadamente la parte de uno de los deudores sin reservarse en el recibo la obligación *in solidum* ó sus derechos en general, no se entenderá por eso que renuncia á la obligación *in solidum* sino respecto de este deudor. No se presumirá que el acreedor ha dispensado al deudor de la obliga-

ción *in solidum,* cuando haya recibido de éste una suma igual á su parte, si el recibo no declarase que la ha percibido por ésta.» Por lo tanto, la presunción de que en este artículo se habla, se refiere solamente al deudor del cual se ha recibido una cuota del crédito, no de los otros deudores contra los cuales el acreedor conserva la acción solidaria, y tiene sólo lugar cuando se da el concurso simultáneo de estos tres elementos, á saber: primero, que el acreedor haya recibido de uno de los deudores una suma igual á su parte; segundo, que en el recibo haya declarado el deudor que dicha suma le fué entregada por el acreedor; tercero, que en el recibo no se haya reservado la acción *in solidum* ó sus derechos en general. Examinemos separadamente estos tres elementos.

Si el acreedor recibió de uno de los deudores una cuota mayor ó menor de su parte, ¿tiene lugar la presunción establecida por la ley? No; porque todas las presunciones legales son de interpretación estricta, y no puede, por lo tanto, dárseles una extensión que no contenga el texto. Por otra parte, si el acreedor cobró de uno de los deudores su parte de deuda, ni más ni menos, puede suponerse racionalmente que quiso, en cuanto á él, proceder á la división del crédito; pero faltando este extremo, falta el fundamento racional de la presunción legislativa.

¿Por qué es necesario que el acreedor declare que recibió la suma por la parte de deuda puesta á cargo del deudor que paga? Porque esta declaración es un argumento sobre el cual se funda el legislador para presumir que el acreedor quiso renunciar á la acción solidaria frente al deudor que paga. En efecto; haciéndose evidente con tal declaración que el acreedor considera la suma recibida, no como una parte de su

crédito, sino como cuota que grava únicamente al deudor que paga, puede, con razón, afirmarse que quiso renunciar á la solidaridad. Si en el recibo, pues, se hace constar que la suma pagada por uno de los deudores constituye la mitad, la tercera, la cuarta parte, etc., del crédito total, tal declaración no basta para dar lugar á la presunción de que nos ocupamos, á no ser que en el recibo se encuentren otras expresiones que denoten ciertamente que el acreedor quiso indicar en las palabras *mitad* ó *tercera parte* de la deuda la porción á cargo del deudor que paga, y demuestren, por consiguiente, su intención de recibir tal porción.

En cuanto á la reserva contenida en el recibo, que excluye la presunción, nótese que no es precisamente necesario que se exprese en los mismos términos empleados por el legislador, porque la reserva de la acción *in solidum* ó de los derechos generales excluye la presunción de renuncia á la acción solidaria en cuanto demuestra, por parte del acreedor, la intención de conservar íntegra su acción; luego cualquiera que sea el modo con que esta intención se manifieste, basta para excluir una presunción, la cual, si puede tener efecto faltando una manifestación de la voluntad, debe ceder su puesto á la voluntad manifestada en contrario.

Hablándose en el artículo en examen de recibo, y haciéndose éste de ordinario por escrito, ¿debemos suponer que la presunción establecida en dicho artículo no puede tener lugar cuando del pago realizado por uno de los deudores no se dice nada en documento escrito? La escritura, á nuestro modo de ver, no debe confundirse con el acto, sino que debe ser considerado como un medio de prueba de éste. Ahora bien; un

escrito no es nunca el finiquito, sino la prueba de éste, y por finiquito se entiende el acto por el cual el acreedor se declara satisfecho del deudor, manifestando así su intención de no molestarle en lo futuro. Esta manifestación, pues, ya sea declarada de palabra ó por escrito, debe dar siempre lugar á la presunción establecida por el art. 1.196, siempre que concurran los tres elementos ya mencionados.

167. La segunda presunción de renuncia á la acción solidaria contra el deudor que paga tiene lugar, según el segundo párrafo del art. 1.196, cuando contra el mismo se proponga demanda por su cuota y éste haya asentido á la misma, ó haya sido condenado. ¿Quiere hablar aquí la ley exclusivamente de demanda judicial? Creemos que no; porque si bien es cierto que la demanda seguida de sentencia condenatoria no puede ser más que judicial, también es cierto que la demanda á la cual se allana el deudor puede ser tanto judicial como extrajudicial. Ahora bien; si la ley indica la demanda á la cual se allana el deudor, sin distinguir de clases, ¿quién autoriza al intérprete para introducir una distinción que no se encuentra en el texto?

Por otra parte, fundándose la disposición de la ley en la voluntad presunta del acreedor, no hay razón que haya podido inducir al legislador á no presumir una misma voluntad, tanto en el caso en que se acepte una demanda judicial, cuanto en el que la aceptación se refiera á una demanda extrajudicial.

¿Es necesario que la sentencia condenatoria sea firme para que se dé la presunción en examen? A nuestro juicio no se puede exigir tanto sin añadir á la ley lo que en ella no se contiene. En efecto; ésta habla de sentencia condenatoria; ahora bien, la sentencia con-

denatoria existe aun cuando ésta no sea firme, luego basta que exista para que la disposición legal tenga efecto. Así que si la sentencia es anulada, revocada ó reformada, tal circunstancia no impide que la presunción tenga efecto, porque ésta existe en el momento en que la sentencia se dicta, y una vez existente no puede ser desvirtuada por un hecho posterior que no es obra de las partes, sino del magistrado. Por otra parte, el legislador, en tanto considera la demanda seguida de sentencia condenatoria como una renuncia á la acción solidaria en cuanto el acreedor, al insistir para obtener de uno de los deudores su parte de deuda hasta el punto de conseguir una sentencia condenatoria, demuestra la tácita voluntad de dividir la obligación en cuanto al deudor demandado. Ahora, esta voluntad ¿no es siempre la misma, tanto si la sentencia condenatoria es confirmada, como si es anulada ó reformada? Luego no hay razón para distinguir uno de otro caso.

Para que tenga lugar esta segunda presuncion establecida por la ley es preciso que la demanda se proponga contra uno de los deudores *por su cuota*; por consiguiente, si se pide más ó menos de ésta, no cabe la presunción. Pero ¿es necesario también que la suma se pida como parte del deudor demandado? Supongamos dos deudores solidarios por mil; ¿bastará que el acreedor pida quinientos á uno de ellos, sin añadir más, para que la presunción tenga lugar, ó bien deberá declarar que pide quinientos como parte correspondiente á dicho deudor? El texto legal declara que la demanda debe ser hecha contra uno de los deudores *por su cuota;* luego esta cuota es la que debe constituir el objeto de la demanda y no una parte de la suma debida. Por otra parte, si no se declara que se quiere

exigir la parte del deudor contra quien la demanda se dirige, falta el fundamento racional de la presunción; porque la presunta renuncia del acreedor á la solidaridad se deriva de la división de la obligación que el acreedor quiso hacer respecto de uno de los deudores, división que existe cuando se exige una suma como parte puesta á cargo del deudor que la paga.

La demanda, aunque la ley no lo dice, no debe contener reserva alguna, por parte del acreedor, de hacer valer los derechos que del contrato se derivan; porque si se contiene, el acreedor da á entender que no renuncia al ejercicio de su acción solidaria, y ante tal manifestación cede la presunción legal.

168. La tercera presunción de renuncia de que trata el artículo 1.197, tiene lugar cuando el acreedor recibe separadamente y sin reserva, de uno de los codeudores su porción de frutos vencidos ó intereses de la deuda, en el cual caso, la renuncia á la acción *in solidum* tiene lugar respecto del deudor que paga solo por los frutos ó intereses vencidos, no por los que están por vencer y mucho menos por el capital.

Esta presunción esta fundada por la ley en el hecho del pago exigido por uno de los deudores de su cuota de intereses ya vencidos, y como el pago no puede menos de ir acompañado de alguna declaración por parte del acreedor, la cual, por otra parte, no exige la ley en modo alguno; de aquí que no deba considerarse necesario, para dar lugar á la presunción en cuestión, que el acreedor declare que recibe del deudor los intereses y frutos como constitutivos de su cuota. Pero el acreedor debe recibir el pago sin reserva alguna; porque si se reserva sus derechos demuestra que no renuncia á ellos; y desde el momento que trata de

conservarlos, el legislador no puede presumir que quiera desprenderse de ellos.

Si los intereses ó frutos de que habla el artículo en examen se piden á uno de los deudores, con arreglo á lo que dispone el último párrafo del art. 1.156, ¿tendrá lugar la presunción legal de renuncia? No, porque no puede admitirse ninguna presunción legal que no resulte de un texto de ley; ahora bien, esto limita la presunción de renuncia al caso en que los frutos ó intereses sean pagados por su cuota por uno de los deudores; luego dicha presunción no puede extenderse á un caso distinto de aquel en que los intereses, en lugar de ser pagados, sean demandados.

169. La cuarta y última presunción está también establecida por el art. 1.197, y se verifica cuando el pago de su porción de frutos ó intereses sea continuado por uno de los deudores durante diez años consecutivos, sin reserva alguna por parte del acreedor; en este caso se supone que el acreedor renuncia, en orden al deudor que paga, á la acción solidaria, tanto por los frutos á intereses futuros, como por el capital. ¿Qué entiende la ley por el pago continuado por diez años consecutivos? Nótese que la continuación de que habla el artículo en examen se refiere al pago, no ya á los intereses; por lo que al exigir que los pagos se repitan por diez años consecutivos, no se satisfaría el deseo de la ley, si los intereses de diez años fueran pagados por uno de los deudores, por su porción en una sola vez y no en diez veces repetidas por diez años consecutivos. Y el motivo de la disposición legislativa nos parece ser este: el acreedor que por diez años consecutivos recibiese de uno de los deudores su cuota de intereses ó frutos, se ha habituado á considerar á éste como deudor de su cuota solamente, y de éste hábito

deduce el legislador, la implícita renuncia á la acción solidaria, aun por lo que respecta á los intereses ó frutos por vencer ó al capital; ahora bien, si no existen los diez pagos, ó si no se hicieran en diez años consecutivos, sino con interrupciones, faltan los extremos sobre los cuales el legislador quiso fundar su presunción.

Para dar lugar á esta presunción es necesario que el acreedor, al recibir los distintos pagos de uno de los deudores, no haya hecho reserva alguna de sus derechos; de lo contrario, será incompatible con la renuncia y excluirá necesariamente la presunción legal.

170. Establecidos de este modo los efectos de la obligación solidaria en las relaciones entre acreedor y deudor, pasemos á tratar de las que se refieren á las relaciones entre uno y otro deudor.

El codeudor *in solidum* que paga toda la deuda, dice el art. 1.199, no puede repetir de los demás codeudores más que la porción de cada uno de ellos. ¿Cuál es el fundamento de esta disposición? Si cada uno de los deudores solidarios está obligado por toda la deuda ante el acreedor, entre ellos, sin embargo, la obligación se divide en derecho, de suerte que no están obligados mutuamente, sino cada uno por su cuota (artículo 1.178); ahora bien, ¿se puede exigir de un deudor más de lo que realmente debe? No; luego la acción contra cada uno de los demás deudores *in solidum* no puede tener lugar más que por la porción por la cual se han obligado. Nótese, además, que entre los deudores solidarios hay mandato recíproco para el pago de la cuota de cada uno; y el mandatario que paga por cuenta de su mandante, no puede repetir más de lo que pagó efectivamente en interés de éste.

Si el codeudor que paga se hace subrogar por el

acreedor satisfecho de sus derechos, ¿puede pedir la totalidad de la deuda de los demás codeudores? No; porque el convenio entre el acreedor y uno de los deudores no puede alterar las relaciones entre un codeudor y los demás por ser estos últimos extraños á la estipulación (1).

El codeudor solidario que demuestra haber pagado efectivamente toda la deuda, tiene derecho en virtud del núm. 3 del art. 1.253 á subrogarse en los derechos del acreedor con los demás codeudores y puede proceder contra éstos con la acción derivada del mandato que se le confiere. En virtud de la subrogación puede valerse de hipoteca ú otra garantía que el acreedor tuviera contra todos ó algunos de los otros codeudores, y valiéndose de la acción derivada del mandato puede exigir el reembolso de los anticipos ó gastos hechos para la ejecución del mandato (artículo 1.753), el reintegro de los daños sufridos con ocasión del cargo aceptado (art. 1.744), así como los intereses de las primas anticipadas (art. 1.755).

La prueba del pago está á cargo del codeudor que ejercita el reembolso contra los coobligados. ¿Puede equivaler á esta prueba la presentación por el deudor del título de crédito entregado por el acreedor? Dispone á este propósito el art. 1.279 que la restitución voluntaria del título original de crédito en forma privada hecha por el acreedor al deudor, constituye la prueba de la liberación, tanto á favor del mismo deudor como del codeudor solidario. Ahora bien; entre liberación y pago hay diferencia en cuanto aquélla puede obtenerse por remisión; luego la exhibición del

(1) Véase Laurent: *Principes*, XVII, 360.—Giorgi: *Teoria delle obligazioni*, I, 201. En sentido un tanto diferente, Cas. Turín, 28 Dic. 1883.

título, si prueba la liberación, no así el pago, y no basta, por tanto, para fundamentar la acción de reembolso; es preciso demostrar *aliunde* que la liberación se obtuvo por efecto del pago.

171. *¿Quid juris* en el caso en que por la insolvencia de alguno de los codeudores, el deudor que pagó toda la deuda no pueda exigir de él su cuota? ¿Quién soportará la pérdida? El art. 1.199, después de disponer que el deudor que pagó toda la deuda no puede repetir de cada uno de los demás, sino la porción correspondiente, añade que si uno de ellos fuese insolvente, la pérdida se repartirá á prorrata sobre todos los demás solventes y sobre el que hizo el pago. Esta disposición ¿se deduce rigurosamente de los principios de derecho? Creemos que no, porque cada deudor en sus relaciones con los demás está obligado, por su cuota personal ó por la marcada en el contrato, de modo que cada uno de ellos confiere mandato al otro para pagar al acreedor la parte de deuda respectiva; ahora bien; si el mandatario no puede repetir del mandante, atendida su insolvencia, lo que pagó por cuenta de éste, la pérdida no puede menos de estar á su cargo: que antes de aceptar el mandato debió pensarlo y no puede volverse contra los demás para ser indemnizado; luego el poner á cargo de todos los demás codeudores la cuota del insolvente, no es conforme á los principios de derecho. Pero es conforme á la equidad, porque pudiendo uno ú otro de los deudores verse expuesto á pagar toda la deuda al acreedor, no se ha creído conveniente agravar la condición de aquél contra el cual el acreedor procedió, poniendo á su cargo exclusivo la cuota del codeudor insolvente, sino que se ha querido mantener la igualdad de condiciones, poniendo á cargo de todos la parte del insolvente.

¿En qué momento debe ocurrir la insolvencia del codeudor para que su cuota pueda repartirse entre los demás? Del contexto del artículo en examen se deduce que la expresión de la ley—*si uno de los codeudores* no fuese solvente—se refiere al momento en que uno de los deudores paga toda la deuda; por lo que si la insolvencia es posterior, la pérdida será soportada exclusivamente con arreglo á los principios de derecho por aquel que pagó. Y esta intepretación está también de acuerdo con el espíritu de equidad en que se informa el artículo en examen; porque el deudor que ha pagado debe hacer valer diligentemente su acción de reembolso contra los demás; y si por efecto de su negligencia sucediere que no pueda exigir de uno de sus codeudores su parte de deuda, la cual hubiera podido hacer de haber obrado prontamente, no es justo que los demás soporten también las consecuencias de su culpa.

La insolvencia debe ser, sin duda, probada por el deudor que ejercita la acción de reembolso por constituir el fundamento de su pretensión de repartir la pérdida sobre todos los demás deudores incluso él mismo; pero ¿será necesario, para ofrecer esta prueba, que se haya procedido á actos de ejecución contra el insolvente? La ley no lo exige y el intérprete no puede exigirlo tampoco. Por otra parte, si está demostrado que el deudor no posee bienes de ninguna clase, ¿para qué intentar una ejecución que implica pérdida de tiempo y de dinero? Basta, por lo tanto, que de las pruebas aportadas el juez forme la convicción de que el codeudor es insolvente para que se proceda al reparto de su cuota entre todos los demás. Si después viene á ser solvente el que antes no lo era, cada uno de los otros codeudores que soportaron la pérdida pue-

de proceder para el reembolso de lo que pagó por causa de la insolvencia.

El reparto de la pérdida se hará á prorrata, en proporción á la cuota por que cada codeudor está obligado; por lo que si los deudores son tres y uno de ellos se obligó respecto de los demás por una mitad y los otros por una cuarta parte cada uno y es insolvente uno de estos últimos, su cuota se divide en tres partes, dos de ellas á cargo del obligado por la mitad y la otra á cargo del obligado por la cuarta parte.

172. La insolvencia de uno ó varios deudores puede sobrevenir después de haber renunciado el acreedor su acción solidaria á favor de alguno de ellos; ¿cuáles serán las consecuencias entre los diversos deudores frente al que pagó toda la deuda y entre el acreedor y el deudor á favor del cual se renunció la solidaridad?

En las relaciones entre los deudores, la porción del insolvente se reparte á prorrata entre los demás, sin excluir á aquellos que fueron liberados anteriormente de la solidaridad por parte del acreedor (art. 1.200). Esta disposición es lógica consecuencia de la contenida en el segundo párrafo del artículo anterior; porque si la equidad aconseja que se reparta entre todos las partes del deudor insolvente, la misma equidad aconseja también que las relaciones así establecidas entre los distintos deudores no vengan á ser alteradas por una convención expresa ó tácita celebrada entre uno de ellos y el acreedor.

En lo que se refiere luego á las relaciones entre el acreedor y el deudor respecto del cual se renunció á la acción solidaria, la ley guarda silencio, por lo que deben aplicarse los principios generales del derecho. Si la renuncia es expresa deberá atenderse á las pala

bras con que está redactada y á las circunstancias que la acompañan, etc., para ver si el acreedor quiso ó no extender tal renuncia á la cuota de aquél ó aquéllos de los coobligados que después fueran insolventes. Y si faltan los elementos para determinar cuál fué la voluntad del acreedor ó se trata de renuncia tácita no acompañada de ninguna manifestación expresa debe, en la duda, interpretarse la renuncia estrictamente y no en sentido lato, por lo que es preciso limitarla á la cuota de los codeudores solventes. No comprendiéndose, por lo tanto, esta cuota en la renuncia, cuya extensión no puede medirse con seguridad, el acreedor conserva siempre el derecho de exigirla íntegramente del deudor favorecido por dicha renuncia.

173. El art. 1.199 concede acción de reembolso al codeudor *in solidum* que haya pagado toda la deuda, pero si el codeudor hubiese pagado solamente una parte de la deuda, pero superior á la cuota por que estaba obligado, ¿podrá repetir contra el pago más de su cuota? Si varios codeudores pagasen cada uno parte de la deuda, de modo que el acreedor quedase satisfecho de su deuda, en tal caso, habiendo sido liberados todos los demás codeudores, es justo que los que pagaron puedan repetir de los demás por lo que cada uno de ellos pagó más de su cuota. Pero si uno ó varios codeudores pagasen una parte de la deuda, sin extinguirla por completo, en dicha hipótesis no habrán liberado á los otros codeudores de pagar el resto, por lo que no podrán repetir contra los demás.

174. El art. 1.927 declara liberado al fiador, aunque sea solidario cuando por un hecho del acreedor no puede tener efecto á favor de aquél la subrogación en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor; ¿es esta disposición aplicable en las relaciones entre

el acreedor y los deudores solidarios, cuando por un hecho del acreedor, estos últimos no pueden subrogarse en los derechos ó garantía que el acreedor mismo tenía contra alguno de ellos?

Creemos que no, por dos razones. Primero, que el legislador habla en el citado artículo del fiador solidario y no del codeudor solidario, por lo que es de aplicar la regla, *inclusio unius exclusio alterius*. En segundo lugar, porque en la fianza solidaria se da el concurso de varias obligaciones conexas, mientras que en la deuda solidaria hay concurrencia de varias personas en una misma obligación; por consiguiente, las disposiciones que atañen al fiador no pueden extenderse al codeudor *in solidum* (1).

El fiador puede, en algunos casos enumerados en el artículo 1.919, proceder contra el deudor, aun antes de haber pagado; pero esta disposición, por los motivos anteriormente expuestos, no es en modo alguno aplicable á los acreedores solidarios; por lo que ninguno de ellos puede ejercitar la acción de reembolso contra los demás antes de haber pagado. Ahora bien; debemos hacer la excepción del codeudor extraño al asunto por el cual se contrajo la deuda ó que por otras causas no participó de los beneficios de la obligación. Tal codeudor, en efecto, está considerado respecto de los demás obligados con él solidariamente como su fiador (art. 1.101); por lo que debe concedérsele en las relaciones con los codeudores, valerse de todos los preceptos legales referentes á los fiadores.

(1) Cas. Florencia, 4 Dic. 1884.

CAPITULO VI

OBLIGACIONES DIVISIBLES É INDIVISIBLES

SUMARIO: 175. La divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación supone el concurso de varios partícipes en la misma.—176. La indivisibilidad puede depender de la índole de la cosa debida ó de la voluntad de las partes.—Ejemplos.—177. Diferencia entre la obligación solidaria y la indivisible respecto á su origen y á su modo de ser.—178. Diferencia en cuanto á sus efectos.—179. Continuación.—180. Continuación.—181. Continuación.—182. Si el acreedor, dada la indivisibilidad de la obligación, puede exigir el cumplimiento parcial.—183. Excepciones al principio de que la deuda es divisible entre los herederos.—Primera excepción.—184. Segunda excepción.—185. Tercera excepción.

175. Es indivisible, según dispone el art. 1.202, la obligación que tenga por objeto una cosa ó hecho que no sea susceptible de división, ó una cosa ó hecho que, aunque por su naturaleza divisible, deja de serlo en consideración á la voluntad de las partes; toda otra obligación será divisible. Para formarse una idea exacta de la divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación, es preciso tener presente que dichas indivisibilidad ó divisibilidad no representan sino una forma jurídica ó modo con que varias personas concurren en una misma obligación, ya estipulando, ya prometiendo. Porque si en la obligación tenemos un deudor frente á un solo acreedor, es inútil hablar de divisibilidad ó indivisibilidad, por no tener esta distinción

ningún sentido positivo. Ocurre con la divisibilidad ó indivisibilidad lo que con la solidaridad. En efecto; ¿puede hablarse de obligación solidaria cuando hay un solo deudor y un solo acreedor? Cierto que no; pues no puede darse el concepto de la solidaridad si no concurren varios deudores ó varios acreedores que lo sean tal respecto á una misma obligación. Por el mismo motivo no puede hablarse de divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación cuando sólo hay un deudor y un acreedor. El art. 1.204 suministra una prueba evidente de nuestro aserto; pues en él se lee que la obligación, que es susceptible de división, debe cumplirse entre el acreedor y el deudor como si fuese indivisible. Si yo soy deudor de mil á Ticio, mi obligación es evidentemente divisible; pero yo no puedo satisfacerla en parte pagando hoy, por ejemplo, la mitad y mañana la otra mitad de la suma debida, y el acreedor podrá negarse á aceptar el pago parcial; por lo que el concepto de la divisibilidad ó indivisibilidad no tiene objeto positivo cuando el deudor es uno y el acreedor uno también. La divisibilidad, añade el artículo 1.204, no es aplicable más que á los herederos del acreedor ó deudor, los cuales no pueden exigir la deuda, ni están obligados á pagarla, sino por su correspondiente cuota, ó por aquella á que están obligados como representantes del acreedor ó deudor. En el artículo siguiente se establecen las excepciones á este principio, enumerándose los casos en que la obligación debe considerarse indivisible entre los herederos del deudor ó acreedor. ¿Por qué, pues, el concepto de la divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación es aplicable á los herederos del acreedor ó deudor? Porque cuando varios herederos representan al deudor ó acreedor, se da el concurso de varios acreedores ó

deudores en una misma obligación, y, dándose este concurso, surge la necesidad de indagar si la obligación es divisible ó indivisible, para establecer las relaciones jurídicas entre varios acreedores y un solo deudor, ó viceversa, ó entre varios acreedores y varios deudores.

176. Dado, pues, este concurso de varios partícipes en una misma obligación, ya sean deudores ó acreedores, veamos con qué criterio se debe proceder para establecer la divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación. «La indivisibilidad de una obligación, dice la Casación de Turín al interpretar el art. 1.202 (1), no consiste exclusivamente en el hecho de que la cosa debida no sea susceptible de división material, sino que también se da, aun cuando siendo por su naturaleza divisible, por el modo como fué considerado por las partes, ó por el fin que se perseguía en el contrato represente un todo constitutivo de una unidad que no podría descomponerse sin que faltase la cosa misma sobre la cual las partes convinieron, alterándose el carácter especial y propio de la misma convención; por tanto, cuando la cosa que es también divisible *solutione* se hace indivisible *jure et intellectu,* y esta indivisibilidad está equiparada en los efectos á la indivisibilidad absoluta por los artículos 1.204 y 1.205 del Código civil, por los cuales, destruída toda la importancia de la antigua distinción doctrinal de la indivisibilidad *in contractu,* de la indivisibilidad *in obligatione* y de la *in executione,* es aplicable á todas la doctrina de Papiniano, consignada en la Ley 72, Dig. 45, I, *de verb. obl.-stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt.*» Para de-

(1) Decis. 25 Abril 1877.

terminar, pues, la divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación es preciso ver si, concurriendo varios partícipes en una misma obligación, puede ó no aplicarse la regla *concursu partes fiunt*. Si cada deudor puede pagar su parte de deuda, ó cada acreedor exigir su cuota de crédito, la obligación es divisible; y si el objeto de la prestación no es divisible, la obligación se considera indivisible. La exclusión de la regla *concursu partes fiunt* puede depender, tanto de la naturaleza del objeto ó hecho que ha de prestarse, cuanto de la intención de los contratantes, que consideraron el objeto ó hecho como indivisible, aunque sea por sí susceptible de partes materiales.

Algunos ejemplos servirán para aclarar la idea. Si dos personas están obligadas á prestarme un caballo, un cuadro ú otro objeto determinado, la obligación es indivisible, teniendo en cuenta el objeto de la prestación, no siendo posible que cada deudor pueda prestarme la mitad del caballo, del cuadro ú objeto determinado en la convención. Igualmente, si Ticio se obliga conmigo y con Antonio á construir una máquina, un edificio, etc., la obligación es indivisible, atendiendo al hecho en que consiste la prestación, por no poder yo ni Antonio exigir la mitad de la máquina ó del edificio. En orden al fin que se propusieron las partes, la obligación será indivisible cuando consideren el objeto de la prestación, ya expresa ó tácitamente, como un todo inseparable. Ticio y Cayo, por ejemplo, se obligan á suministrarme un tronco de caballos; si consideramos el número de objetos debidos en relación al número de los obligados, debemos considerar la obligación divisible, porque cada uno de los deudores puede prestarme un caballo; pero si tenemos en cuenta que yo no he estipulado la prestación de dos

caballos cualesquiera, sino de dos caballos que forman tronco y constituyen un todo armónico é inseparable, estamos en el caso de considerar indivisible la obligación.

Una aplicación de los principios que regulan la indivisibilidad de la obligación, atendiendo al fin que se propusieron las partes, encontramos en el siguiente caso, que por su importancia merece referirse. «Un fundo fué sacado á subasta judicial, en la que aparecía como postor un procurador de persona incierta; este procurador designó como mandantes y adquirentes á varios individuos. Surgió la cuestión de si respecto á los distintos individuos de un lote único la obligación de pagar el precio, divisible por su naturaleza, debía considerarse indivisible respecto á la intención de los contratantes. Pues bien; á nuestro juicio, la Casación de Turín, en la resolución mencionada, considera indivisible la obligación.» El fin que se propusieron los vendedores, dice, sería perturbado gravemente si el precio que quisieron percibir en su integridad tuvieran que repetirlo en tantas fracciones como compradores, y en las distintas partes por las que cada uno de ellos quiso adquirir. Y esto se comprende mejor en el caso en que alguno de los rematantes no pagara, puesto que la nueva subasta de la parte del fundo correspondiente al mismo, no sería posible, por aquella indivisibilidad, en vista de la cual se vendió el fundo. La nueva subasta del fundo entero perjudicaría los derechos de quien pagó su parte, y el negarse á ella destruiría el derecho de los vendedores; lo que demuestra que aun cuando por parte de los licitadores no pudiere el precio ser considerado bajo diverso aspecto del que era considerado por los vendedores, y como el mismo fin que éstos se propu-

sieron se ajustase también el interés de aquéllos, es forzoso deducir que dicho precio fué mirado por la común intención de las partes como cosa que no puede satisfacerse parcialmente, y, por tanto, indivisible *jure et intellectu* (1).

Cuando se trata de establecer la indivisibilidad de la obligación, atendiendo al modo cómo las partes consideraron el objeto de la prestación, es cuestión de apreciación ó interpretación de voluntad que escapa al examen de la Corte Suprema y que debe resolverse, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso (2).

177. La obligación estipulada *in solidum*, dice el art. 1.203, no adquiere los caracteres de indivisibilidad; y de aquí que solidaridad é indivisibilidad de la obligación son conceptos distintos que no deben confundirse. Entre la obligación solidaria y la indivisible hay de común que como cada acreedor solidario puede exigir el total y cada deudor solidario ser obligado á pagar toda la deuda, así también un solo acreedor puede exigir, y de un solo deudor puede exigirse la satisfacción total de la obligación indivisible; á pesar de lo cual, la obligación indivisible no es una obligación solidaria y su diferencia consiste, tanto en el diverso origen de ambas, como en sus distintos efectos.

«Respecto al origen, la indivisible, dice la Casación de Turín (3), se distingue de la solidaria, principalmente en que ésta es complentamente subjetiva; esto es, nace, ó de contrato, ó de ley, ó de testamento, por

(1) Véase Cas. Turín, 24 Agosto 1880; Cas. Florencia, 8 Febrero 1889.

(2) Cas. Nápoles, 9 Marzo 1876.

(3) Decis. sopra cit.

cuya virtud, en interés del acreedor, varias personas deben una é idéntica cosa, que aunque sea susceptible de partes, sin embargo, ninguna de ellas puede ser obligada á prestarla en su totalidad. Por el contrario, la obligación indivisible es meramente objetiva; la indivisibilidad está en la misma cosa debida independientemente de toda obligación personal derivada de la ley ó de testamento, no puede ser prestada sino total é íntegramente. Por esto, la una puede subsistir sin que concurran los elementos propios de la otra.»

Pero no es esta la única diferencia entre la solidaria y la indivisible, atendiendo al modo de nacer ó formarse. En efecto; por lo que concierne á la solidaridad, vimos que ésta trae su origen de un mandato tácito, por efecto del cual cada acreedor ó deudor solidario representa á todos los acreedores ó deudores. En la indivisible, por el contrario, este mandato recíproco entre las partes interesadas no existe y ninguna de ellas representa á las otras. ¿Por qué? Porque la indivisibilidad no surge del modo como las partes se han obligado, sino del objeto de la prestación, tanto considerado en sí mismo como en relación al objeto que persiguen los contratantes; por lo que si un acreedor puede exigir la totalidad y un deudor ser obligado á satisfacer completamente la obligación, esto acontece por la fuerza misma de las cosas, no pudiendo fraccionarse el objeto de la prestación, ni hay necesidad de recurrir á un mandato tácito para autorizar á uno de los acreedores á exigir la totalidad y para obligar por toda la deuda á uno de los deudores.

178. Estas observaciones nos ayudarán á distinguir la obligación solidaria de la indivisible respecto también á los efectos que cada una produce. Comen-

cemos por señalar la diferencia entre varios acreedores solidarios y varios acreedores de una prestación indivisible. Uno entre varios acreedores solidarios puede exigir del deudor el pago de la totalidad sin que esté obligado á garantir que satisfará los derechos de los otros acreedores sobre el crédito; y si uno de éstos remitiese la deuda, tal remisión no librará al acreedor sino por la porción correspondiente á tal acreedor (art. 1.185). Muy otros son los efectos del concurso de varios acreedores en una obligación indivisible. Cada coheredero del acreedor, dice el artículo 1.207, puede exigir el cumplimiento total de la obligación indivisible con la obligación de prestar fianza bastante para la indemnización á los demás coherederos; pero no puede él solo remitir la deuda ni recibir el valor de la cosa. Advertiremos, en primer lugar, que aun cuando en el artículo citado se habla de coherederos del acreedor, sin embargo, su disposición es aplicable también al caso en que desde el origen sean varios los acreedores de una prestación indivisible: tal es el espíritu de la ley por ser su fundamento la naturaleza del objeto ó del hecho que se debe prestar; por otra parte, fácil es comprender que si el legislador habla de varios coherederos de un acreedor, es por ser este el caso más frecuente en que se da el concurso de varios acreedores en una obligación indivisible, por lo que no puede haber querido excluir de la aplicación de la regla los casos menos frecuentes, pero posibles. Esto sentado, dispónese que, mientras el acreedor solidario no está obligado á dar alguna fianza cuando exige el cumplimiento completo de la obligación, en cambio el acreedor de una prestación indivisible debe, cuando exija la ejecución total, dar fianza bastante para indemnizar á los demás acreedores.

¿Cuál es el motivo de esta fianza? El motivo está en la falta de mandato recíproco. Uno de los acreedores solidarios representa, en virtud del mandato tácito, á todos los demás acreedores, y al proceder, por lo tanto, parte en nombre propio, parte como mandatario de los demás, no está obligado á prestar casación alguna. Por el contrario, no existiendo mandato entre los varios acreedores de una prestación indivisible, uno de ellos no puede considerarse representante de los demás cuando exija toda la prestación, á la cual también los demás tienen derecho; y he aquí el por qué de la obligación de la fianza. Esta deberá estar en proporción á los intereses que los demás acreedores tienen en la prestación; esto es, de la cuota que les corresponde.

Uno solo de los acreedores de la prestación indivisible no puede remitir la deuda entera ni recibir el valor en lugar de la cosa; pero si hace lo uno ó lo otro, los demás acreedores, según el art. 1.207, no podrán pedir la cosa indivisible si no cargándose á su cuenta como deuda la porción del coheredero que hizo la remisión ó recibió el valor. Si un acreedor solidario remitiese la deuda, los demás acreedores pueden exigir el pago, deduciendo la cuota que sobre el crédito correspondiese al acreedor que hizo la remisión; por el contrario, si se trata de obligación indivisible y uno de los acreedores remitiese la deuda ó recibiese el precio de la cosa, los demás pueden exigir el cumplimiento total, pero haciéndose cargo de la cuota del acreedor (lo que quiere decir pagando en dinero al deudor) que ha remitido la deuda ó recibido el precio de la cosa, aunque la remisión ó el pago del precio haya tenido lugar por toda la deuda. La misma disposición, por identidad de razones, es aplicable á la

novación ó compensación entre uno de los acreedores y el deudor; por lo que los otros acreedores pueden exigir la prestación entera haciéndose cargo de la cuota del que ha hecho la novación ó compensación.

El cargo, por parte del acreedor que exige toda la prestación, de la cuota del coacreedor, supone que perciba provecho de la condonación de la deuda hecha por el otro coacreedor; y si tal provecho no existe no hay razón para cargar nada al acreedor que pide la ejecución de la obligación contraída. Si, por ejemplo, tú contraes la obligación de poner á mi disposición y á la de Antonio un buque para hacer un largo viaje por mar y este último renuncia por su parte á la ejecución de la obligación, yo, que pido su cumplimiento respecto solamente de mí, no obtengo ninguna ganancia por la remisión hecha por el coacreedor, y no debo, por consiguiente, pagar nada al deudor, que cumple con respecto á mí, íntegramente, la prestación pactada.

179. Pasemos ahora á estudiar las diferencias entre varios deudores solidarios de una prestación indivisible. Aquellos, dice el art. 1.206, que contrajeren conjuntamente una deuda indivisible, estarán obligados cada cual por la totalidad, aunque la obligación no se haya contraído *in solidum,* lo que se verificará también respecto de los herederos de aquel que se haya obligado á una prestación indivisible. Por lo tanto, en cuanto cada uno de los deudores de una prestación indivisible puede ser demandado por toda ella, está equiparado al deudor solidario; pero esto no basta para hacer de la deuda indivisible y de la contraída *in solidum* una sola cosa, porque ya veremos que la deuda indivisible produce efectos distintos de la solidaria.

Sabemos por el art. 1.189 que el acreedor puede dirigirse contra uno de los deudores solidarios cualquiera, sin que el deudor pueda oponerle el beneficio de división, porque cada codeudor representa, en virtud de mandato tácito, á los demás. El codeudor demandado por el total de una prestación indivisible, puede pedir un plazo para citar al juicio á sus codeudores, excepto en el caso en que la deuda sea de tal naturaleza que no pueda ser satisfecha sino por el demandado, hipótesis en la cual él solo puede ser condenado, salvo la acción contra los demás (art. 1.208). Es preciso, ante todo, advertir que en este artículo el legislador habla de varios herederos de un deudor, pero que, por las razones especiales expuestas ya en el párrafo precedente, su disposición se extiende también al caso en que originariamente sean varios los deudores de una prestación indivisible.

La citación á juicio que el deudor demandado puede hacer á los demás deudores, tiene por objeto extender también á éstos la condena que el acreedor haya pedido contra uno solo ó contra algunos, lo cual resulta evidente confrontando la última parte de dicho artículo con la primera. Porque si en el caso, excepcional, de que la deuda no pueda ser pagada sino por el deudor demandado, corresponde á éste la acción contra los demás; es claro que cuando la deuda puede ser pagada por los demás, no tendrá el solo objeto de ejercitar la acción contra ellos, sino el de hacerles extensiva la condena pedida por el acreedor. De lo contrario, esto es, si una misma disposición debiera aplicarse á uno y otro caso, no se comprende el por qué de la distinción. Pero ¿cuáles serán las consecuencias de hacer extensiva la condena á los demás deudores? Cierto que el acreedor tiene siempre el derecho de exi-

gir el cumplimiento total de la obligación del deudor preferido por él; luego desde este punto de vista nada gana el deudor demandado con haber citado á los demás. Pero suponiendo el caso en que la prestación se haga imposible y que todos los deudores estén obligados á la indemnización, la condena extendida á todos hará que si se trata de exigir una suma de dinero, que es cosa divisible, el acreedor no pueda demandarla á un solo deudor, sino á todos á *pro rata*.

180. Otra diferencia entre los efectos de la deuda solidaria y de la indivisible se da respecto de la pérdida de la cosa debida, por culpa de alguno de los deudores. El art. 1.191 dispone que si la cosa debida perece por culpa ó durante la mora de uno ó varios deudores *in solidum*, los demás no quedan exentos de la obligación de pagar el precio que cada uno debe solidariamente (1). Esta disposición se funda en las relaciones entre los diferentes deudores solidarios por efecto de las cuales, representándose unos á otros recíprocamente, la culpa ó la mora de uno de ellos se considera como culpa ó mora de todos. Ahora bien; entre los deudores de una prestación individual no existen las mismas relaciones que entre los solidarios, por no haber entre ellos el mandato tácito que los segundos se confieren recíprocamente; luego no puede extenderse á ellos la disposición del art. 1.191.

Para determinar, por tanto, las consecuencias de la culpa en orden á la pérdida de la cosa indivisible y entre los diversos deudores de la misma, es preciso recurrir á los principios generales de derecho. Pueden suponerse dos hipótesis, á saber: que la pérdida de la cosa sea consecuencia de la culpa ó mora de todos los

(1) Véase núm. 163.

deudores ó sólo de alguno de ellos. En el primer caso tal culpa engendra un delito ó cuasi-delito, y, por consiguiente, según el art. 1.156, todos están obligados á resarcir daños. Si es consecuencia de la mora de todos, la mora no equivale, según la ley, al delito ó cuasi-delito, por lo que el art. 1.156 no es aplicable. Estando, pues, todos los deudores obligados en esta hipótesis á responder de las consecuencias de la mora, y no siendo la obligación solidaria, cada uno de ellos estará obligado á *pro rata* al resarcimiento del daño. Supongamos ahora que la pérdida de la cosa debida es consecuencia de la culpa ó mora de alguno de los deudores; ¿estarán los demás obligados á la indemnización? No, porque no representándose los unos á los otros, la culpa ó mora de uno constituye respecto de los demás á ella extraños lo que se llama caso fortuíto, por lo que los demás quedarán libres de la obligación, y la indemnización se deberá sólo por el culpable ó moroso.

181. Otra diferencia es que la obligación contraída *in solidum* se divide entre los herederos del deudor, mientras la indivisible sigue siendo tal, aun frente á los herederos de uno de los deudores (art. 1.206). Y el motivo de la diferencia es evidente. Entre los herederos de uno de los deudores no existe mandato recíproco de representación, por lo que no hay solidaridad entre ellos. Por el contrario, dependiendo la indivisibilidad de la obligación del objeto de la prestación, que conserva la misma índole frente á los herederos del deudor, tiene que ser tal con respecto á éstos también.

182. La indivisibilidad de la obligación, como ya hemos dicho, puede provenir, tanto de la índole de la cosa, como de la intención de las partes que consideren el objeto de la prestación como inseparable ó in-

divisible. Ahora bien; si la indivisibilidad depende de la naturaleza de la cosa debida; es claro que el acreedor no podría, aunque quisiera, proceder contra cada uno de los deudores *pro rata*, sino que por la necesidad de las cosas se ve obligado á exigir el cumplimiento total de la obligación de uno ó del otro, á su arbitrio. Pero ¿puede decirse lo mismo en el caso en que la indivisibilidad de la obligación dependa del modo cómo las partes consideran el objeto de la prestación? Podría decirse que el carácter de indivisibilidad de la obligación debe ser absoluto, en cuanto la obligación presente una imposibilidad material ó jurídica de división; por lo que, si es indivisible para los deudores, lo debe ser también para el acreedor, que no puede, por tanto, proceder al fraccionamiento. «La razón común, dice con justicia la Casación de Turín (1), rechaza la idea de que quien tiene derecho á obtener un todo no pueda pedirle y obtener una parte, salvo que la cosa sea por su naturaleza indivisible. En este solo caso es aplicable el artículo 1.208; pero en los demás lo son los 1.206 y 1.207. Por el 1.206 se establece que los que contrajeron conjuntamente una deuda indivisible, quedan obligados cada uno por la totalidad, aunque no haya solidaridad; pero no establece que cuando varios hayan estipulado un crédito indivisible no pueda cada uno pedir su parte. Lo contrario se lee en el art. 1.207, pues que en el *se concede* al heredero del acreedor, *no se le impone*, que pueda pedir la ejecución total de la indivisibilidad; y al concederle tal facultad, se la sujeta á la condición de prestar fianza suficiente para la indemnización á los demás coherederos, por lo que la ley excluye manifiestamente la doctrina contraria.

(1) Decis. 22 Mayo 1878.

183. Al principio de que la obligación es divisible entre los herederos del deudor, pone el art. 1.201 algunas excepciones. La primera se da cuando se debe un objeto determinado (art. cit. núm. 1). Pero ¿es esta, en realidad, una excepción al principio de la indivisibilidad? No, porque un objeto determinado no puede dividirse materialmente; por lo que, siempre que éste sea el objeto de la prestación, tendremos una obligación indivisible por su naturaleza, no ya por excepción. Mientras no hay más que un deudor no se puede hablar de divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación, porque no tiene fin práctico; pero cuando á un deudor se subrogan varios, debe atenderse á la cosa debida para establecer su divisibilidad ó indivisibilidad. Claro está, pues, que lo que la ley considera excepción no es sino aplicación de la regla general.

Entre varios herederos del deudor de un objeto determinado, ¿quién está obligado á prestarlo? Aquel que posee la cosa, salvo su acción contra los coherederos (artículo citado, párrafo último); por consiguiente, si al proceder á la división, el objeto debido entró á formar parte de la cuota asignada á uno de los coherederos, éste sólo es el obligado, y no los otros, pero con el derecho á ejercitar su acción contra éstos para que el peso de la deuda se reparta *pro rata* entre todos los coherederos.

184. Otra excepción se da en el caso en que uno solo de los herederos sea, en virtud del título, el encargado del cumplimiento de la obligación (art. 1.205, núm. 2). Ya hemos hablado de la facultad de poner en la obligación el cumplimiento á cargo de uno solo de los herederos, y de los límites de tal facultad. Notemos sólo que en este caso el heredero designado está

obligado á satisfacer la obligación, salvo su acción contra los demás.

185. Por último, existe otra excepción cuando resulte, ó de la naturaleza de la obligación, ó de la cosa, ó del fin que se proponen los contratantes, que la intención de éstos fué que la deuda no pudiera ser satisfecha parcialmente (art. 1.205, núm. 3). También aquí debemos notar que no estamos en el caso de una excepción, sino de una obligación indivisible, por el objeto que se propusieron los contratantes. Y como tal indivisibilidad se da frente á varios que se obligan originariamente, así ésta existe ante los varios herederos de un solo deudor; por lo que cada uno de ellos puede ser demandado por la totalidad, salvo la acción contra los demás.

CAPITULO VII

DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL

SUMARIO: 186. Cláusula penal.—Su concepto.—187. Pena debida por la mora.—188. La pena se debe si el cumplimiento de la obligación se ha hecho imposible por culpa del deudor.—189. La cláusula penal equivale á la indemnización en caso de incumplimiento.—190. El deudor no puede pedir que se rebaje la pena.—191. El acreedor, por regla general, no puede exigir el cumplimiento de la obligación y el de la pena.—Excepciones.—192. Si el acreedor puede exigir además de la pena la indemnización de los demás daños.—193. El deudor no puede sustraerse á la obligación pagando la pena.—194. Quién debe la pena cuando concurren varios deudores.—195. A quién se debe cuando concurren varios acreedores.—196. Arras.—Su concepto.—En qué difieren las arras confirmatorias de la multa de arrepentimiento.

186. La cláusula penal, dice el art. 1.209, es aquella con que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se obliga á alguna cosa en caso de no cumplirla ó de retardar su ejecución. La cláusula penal, además, según el art. 1.912, es la compensación de los daños que sufre el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal. De estas disposiciones legislativas puede deducirse la siguiente definición de la cláusula penal: una obligación accesoria que tiene el doble objeto de asegurar el incumplimiento de la principal y de establecer la indemnización debida en caso de incumplimiento de aquélla.

Es preciso detenerse en esta definición para comprender bien la índole de la cláusula de que nos ocupamos.

La cláusula penal es siempre una obligación accesoria, porque la pena no puede ser fin en sí misma, ni objeto principal de la obligación, sino medio para la consecución de un determinado objeto. De este carácter de obligación accesoria se deduce, según el artículo 124, que la nulidad de la obligación principal produce la de la cláusula penal por no poder subsistir lo accesorio sin lo principal, y porque falta la necesidad del *medio* cuando falta el objeto á cuya consecución se dirigía; pero la nulidad de la cláusula penal no produce la de la obligación (art. cit.), tanto porque lo principal puede subsistir sin lo accesorio, cuanto porque subsistiendo el fin de la obligación éste puede ser conseguido por otro medio que no sea la cláusula penal.

La nulidad de la obligación principal implica la de la cláusula cuando no es capaz de producir efecto alguno; pero si la obligación, aunque nula, puede dar lugar al resarcimiento de daños como en la venta de cosa ajena, la penal subsiste porque representa la cuantía de la indemnización. «La nulidad de la obligación principal, dice la Casación de Nápoles (1), trae consigo la de la penal cuando aquélla está afecta de una nulidad radical, absoluta, que hace inexistente la misma obligación; pero no sucede lo mismo cuando la principal es relativamente nula, y para poderse actuar necesita del concurso de aquél, por cuyo acto se promete la pena. En tal caso la obligación principal existe y su ejecución puede ser garantida legalmente por una pena prometida, especialmente por el tercero,

(1) Decis. 24 Nov. 1866.

de modo que no verificándose el hecho garantido la pena se debe también por vía de daños é intereses. Igualmente rige la fianza cuando se trata de una obligación que subsiste por sí, y para ser anulada hay necesidad de una excepción puramente personal de aquel cuyo hecho se promete» (art. 1.899).

187. Siendo el objeto de la pena garantir el exacto cumplimiento de la obligación, se deberá hacer cuando el cumplimiento estipulado no tenga lugar. Puede verificarse una de estas dos hipótesis, á saber: que el obligado incurra en mora, ó que el cumplimiento sea imposible, con ó sin culpa del deudor; ¿se debe en ambos casos la pena? No puede caber duda de que se debe, por efecto de la mora. Sobre este punto no deja lugar á dudas el art. 1.213 Si la principal, dice, contiene un plazo para su ejecución, se incurre en la pena al expirar el plazo; si no lo contiene, la pena no se debe sino al constituirse en mora. Ya veremos cuáles son los actos que á falta de un plazo fijado en el contrato para su ejecución constituyen en mora al deudor, y cuándo se considera que el deudor incurrió realmente en mora, si ésta depende de un acto del acreedor intimando á aquél; basta aquí tener presente el principio de que el acreedor adquiere derecho á la penal cuando el deudor incurre en mora, ya dependa ésta del vencimiento del plazo, ya de la intimación hecha por el acreedor al deudor. Supongamos ahora que el acreedor hubiera concedido al deudor en mora una prórroga; ¿perderá el derecho á exigir la penal? Cuando la pena se estipula por el simple retraso en el cumplimiento de la obligación, como en el caso supuesto, el acreedor está en el derecho de exigir con el cumplimiento de la obligación la pena estipulada (art. 1.212). La prórroga concedida no significa más sino la renun-

cia por parte del acreedor del derecho á exigir inmediatamente la ejecución, obligándose á esperar el vencimiento del nuevo plazo concedido, antes de pretender tal ejecución; pero el derecho á la pena ya adquirido por efecto de la mora se verifica, y es un derecho distinto al de exigir el cumplimiento de la obligación; luego la nueva estipulación, en la cual se dispone respecto á este derecho, deja intacto el otro, y no puede, por tanto, modificarle. Si no se demuestra, pues, que el acreedor renunció al derecho de exigir la penal, ésta no puede deducirse de la prórroga concedida, puesto que la renuncia no se presume, sino que debe probarse claramente (1).

188. Si se hace imposible el cumplimiento de la obligación por culpa del deudor, ¿se deberá la pena pactada? Podría decírsenos que el art. 1.213 prevé solamente el caso de mora, y que el silencio del legislador no autoriza á extender su disposición del caso previsto al no previsto. Pero es fácil replicar que si en el art. 1.213 sólo se habla de mora, no es sólo por limitar á ella la aplicación de la pena pactada, sino con el objeto de dar reglas para apreciar cuándo el deudor puede considerarse en mora para los efectos de la cláusula penal. Y el legislador patrio tuvo sus motivos para dictar estas reglas en cuanto con ellas se separa de las del 1.230 del Código francés, en el cual se dispone que tanto en el caso en que se haya puesto un plazo á la obligación, como en caso contrario, no se incurre en pena si no se incurre en mora. Por otra parte, el privar al acreedor del derecho á exigir la pena en el caso en que la obligación no pueda cumplirse por culpa del deudor repugna á la razón

(1) Consult. Cas. Turín, 22 Dic. 1875.

natural; porque si la pena es un medio coercitivo para asegurar el cumplimiento y para indemnizar en caso de incumplimiento, es claro, que si encuentra explicación en el caso de mora por parte del deudor, mucho más será aplicable cuando éste incurra en culpa. Notemos, por último, que en el párrafo del artículo 1.212, se prevé el caso en que la pena no se haya pactado por el simple retraso en cumplir la obligación; ahora bien, ¿cuál puede ser este caso distinto de la mora, sino aquél en que el cumplimiento de la obligación se ha hecho imposible por culpa del deudor?

Pero si el deudor no tuvo culpa alguna en la imposibilidad de cumplir la obligación extinguiéndose la obligación principal por el art. 1.278, no puede continuar subsistiendo la obligación accesoria consistente en el pago de la pena (1).

189. El objeto de la cláusula penal, como aparece de la definición dada anteriormente, es establecer la indemnización debida al acreedor en el caso de incumplimiento; pero supongamos que el deudor prueba que el acreedor no sufrió daño, ¿estará obligado aquél á prestar la pena? «El deudor, dice la Apelación de Turín (2), no puede ser oído cuando para sustraerse á los efectos de la cláusula penal, ofrece la prueba de que el acreedor no sufrió daño alguno por incumplimiento de la obligación; porque precisamente para no dar lugar á discusiones sobre la existencia de los daños y su cantidad, fué introducida la cláusula penal, la cual sustituye á la incertidumbre y eventualidad de su comprobación en juicio, la estimación convenida que excluye toda controversia sobre este punto.» Y estos mismos efectos jurídicos se atribuían á la

(1) Apel. Bolonia, 17 Julio 1876.
(2) Decis. 25 Junio 1872.

cláusula penal en el Derecho romano, el cual, con su precisión lacónica decía: *poenam enim cum stipulatur quis non illud inspicitur quod intersit ejus, sed quae sit quantitas stipulationis* (§ 10, *Inst. de inutil. stipul.*) «Pero se objetará: si no hay daño ¿cuál es el fundamento de la pena? El fundamento, responderemos, es que la voluntad de las partes tiene entre ellas fuerza de ley. Por otro lado, la cláusula penal tiene también el fin de garantir el incumplimiento de la obligación, y si concedemos facultad al deudor de eximirse de la pena, demostrando que el incumplimiento no perjudica al acreedor, quitamos toda eficacia á dicha cláusula en cuanto proporcionamos al deudor el modo de eludir este medio coercitivo.

190. Si el deudor no puede por el solo motivo de no haberse ocasionado daños negarse á prestar la pena, no puede tampoco pretender que se reduzca por excesiva ó no proporcionada á los daños sufridos por el acreedor, porque la voluntad de las partes es ley y el juez no puede modificar á su arbitrio la ley bajo pretexto de equidad (1). Este principio sufre una limitación en el art. 1.214, en el que se dispone que la pena puede ser rebajada por el juez cuando la obligación principal fué ejecutada en parte. Se trata aquí de una simple facultad que no puede transformarse para el juez en un deber, por lo cual queda á su prudente arbitrio hacer ó no uso de ella; y por esto el no haber rebajado el juez la pena, no puede dar lugar al recurso de casación porque no infringe ningún precepto legal no usando de una facultad que le corresponde. Pero ¿qué condiciones se exigen para que el juez pueda considerarse autorizado á disminuir la pena

(1) Consult. Apel. Florencia, 10 Octubre 1876; Cas. Nápoles, 19 Dic. 1877.

sufrida? ¿Se exigirá en primer lugar que la ejecución parcial de la obligación haya tenido lugar antes de la mora del deudor, ó bien podrá el juez rebajar la pena aun en el caso en que la ejecución parcial de la obligación haya tenido lugar después de constituído en mora el deudor? Verificada la mora, el acreedor ha adquirido un derecho á la pena; ¿y puede el magistrado modificar un derecho adquirido? No puede ni es de presumir que el legislador haya querido con su disposición atentar á un derecho adquirido; luego la ejecución parcial de la obligación debe haber tenido lugar antes de la mora del deudor; esto es, antes de que el acreedor haya adquirido el derecho al pago de la pena para que el magistrado pueda hacer uso de la facultad de reducción que le concede la ley (1). Por otro lado, la disposición del artículo en examen está dictada con objeto de conciliar el principio de equidad con el de justicia; ahora bien, ¿cuándo surge la necesidad de poner de acuerdo ambos principios? Surge cuando en el momento de incurrir el deudor en mora hubiera satisfecho parte de la obligación, porque no habiendo el acreedor antes de la ejecución parcial de la obligación, adquirido el derecho á exigir el pago de la pena, puede dudarse si después de la ejecución parcial se debe la pena, en caso de mora, por entero ó en parte.

Si la pena se ha establecido sólo en consideración del retraso en ejecutar la obligación, ¿puede el juez hacer uso de la facultad que le concede el artículo en examen? No falta quien sostiene la negativa (2); pero creemos preferible la opinión contraria, porque, ya se refiera la pena al caso de incumplimiento absoluto de

(1) Consult. Apel. Aquila, 24 Marzo 1869.
(2) Consult. Apel. Florencia, 10 Octubre 1876.

la obligación, ya al caso en que su cumplimiento se retrase, en uno y otro caso el acreedor no adquiere el derecho á exigir la pena sino cuando se comprueba la imposibilidad de exigir completamente la obligación ó cuando el deudor se constituye en mora. Ahora bien; en el momento en que la mora se verifica, habiéndose ejecutado ya en parte la obligación, surge la necesidad de conciliar el principio de equidad con el de justicia, por lo que es aplicable el artículo en examen.

Es necesario, por último, entender el sentido que se debe dar á la ejecución parcial de que habla el artículo 1.214. Supongamos el siguiente caso: yo me comprometo á desecar un terreno pantanoso, prometiendo una pena en caso de incumplimiento; si al vencer el término fijado, yo he disminuído la cantidad de agua que cubría el suelo, pero no he desecado, sin embargo, más que una mínima parte, ¿puedo sostener, para los efectos de la disposición contenida en el artículo en examen, que ejecuto parcialmente la obligación? No, porque ésta solo puede considerarse cumplida en parte, cuando se ha conseguido en parte el objeto prefijado por los contratantes. Ahora bien; en el caso supuesto el fin se habría conseguido en parte, si se hubiera desecado una cantidad de terreno menor de la pactada, no ya disminuyendo, simplemente, la cantidad de agua, puesto que el terreno sigue aún bañado y no puede servir para el cultivo; luego no estamos en el caso de que el juez pueda hacer uso de la facultad concedida por la ley, de reducir la pena (1).

191. Desempeñando la cláusula penal el papel de indemnización en caso de incumplimiento, de aquí

(1) Apel. Turín, 25 Junio 1872; Apel. Florencia, loc. cit.

que el acreedor no pueda exigir al mismo tiempo el cumplimiento y la pena, porque una vez cumplida la obligación no puede hablarse de daños derivados de su incumplimiento. Pero este principio señala una excepción en el caso en que la pena se haya estipulado por el mero retraso. Y tiene su fundamento racional; porque el daño en esta hipótesis se deriva solo del hecho del retraso, por lo que el acreedor tiene derecho á exigir el daño ocasionado y el cumplimiento de la obligación. El decidir luego si la pena se impuso por el simple retraso ó por el incumplimiento de la obligación, y, por consiguiente, con el solo objeto de asegurar la ejecución es cuestión de hecho y de interpretación de voluntad.

Con la pena, ¿pueden exigirse, además, los intereses moratorios? Estos equivalen á los daños, así como la pena equivale á la indemnización; luego el principio de justicia no consiente que se exija por un solo título doble indemnización á no ser que las partes hubieran estipulado otra cosa (1).

192. Si el deudor, representando la pena la indemnización fijada en una medida convencional, no puede bajo pretexto de que entre los daños y la pena no hay proporción, exigir que se rebaje ésta; ¿puede al acreedor, previendo mayores daños, exigir que la pena se aumente? La regla es que el acreedor no puede exigir tal aumento, porque si no es lícito al deudor infringir el pacto que tiene fuerza de ley, tampoco puede hacerlo el acreedor. Este principio, ¿es aplicable también al caso en que se trate de daños, consecuencia del dolo del deudor? Creemos que la cláusula penal no comprende el caso de dolo, si no resulta de la con-

(1) Apel. Nápoles, 2 Marzo 1869.

vención que las partes lo incluyeron también. La cláusula penal se refiere de ordinario, y según la intención común de los contratantes, al caso de la mora y al de la culpa; luego cuando el dolo no se previó al estipular la cláusula, no puede decirse que la indemnización pactada se extiende también á los daños, consecuencia del dolo, por consiguiente, en orden á estos puede exigirse del acreedor un resarcimiento especial, además del pago de la pena.

193. Constituído en mora el deudor, ¿puede sustraerse al cumplimiento de la obligación, pedido por el acreedor, obligándole á recibir la pena estipulada? No se olvide que la cláusula penal es un medio coercitivo para obligar al deudor al cumplimiento de la obligación, y constituye por esto una obligación accesoria. Ahora bien, ¿puede ser lícito al deudor cambiar el medio por el fin de la obligación, eximiéndose de la prestación personal pagando la pena? Por otra parte, si fuese facultativo en el deudor pagar la pena ó cumplir la obligación principal, se convertiría la obligación con cláusula penal en alternativa, en la cual ambas prestaciones son principales, mientras que en aquélla una es principal y la otra accesoria. En armonía con estos principios, el art. 1.211 dispone que el acreedor puede pedir al deudor que incurra en mora la ejecución de la obligación principal en lugar de la pena estipulada.

El haber pedido el acreedor la pena, ¿le impide arrepentirse y pedir el cumplimiento de la obligación? Se ha dicho que la cláusula penal no es sino un medio para obligar al deudor al cumplimiento de la obligación; ahora el que reclama el medio, ¿puede decirse que renuncia al fin? Este razonamiento no es, á nuestro juicio, muy exacto. En efecto; mientras está pen-

diente el plazo en el cual el deudor puede ejecutar la obligación, la cláusula obra como medio coercitivo, en cuanto por el temor de la pena excita al deudor á ser diligente en el cumplimiento de su deber; pero desde el momento que la obligación no se ejecutó, la demanda de la pena, por parte del acreedor, no vale ya como medio para asegurar el cumplimiento de la obligación, sino que se resuelve en la demanda de indemnización por causa de incumplimiento. Es preciso, pues, ver si en esta demanda de indemnización se contiene ó no implícita la renuncia á exigir el cumplimiento de la obligación principal. Al proceder á esta investigación, debemos distinguir el caso en que la pena se imponga por el solo retraso de aquel en que no se refiere más que al incumplimiento de la obligación. En el primero, la cuestión de que nos ocupamos no es tampoco proponible, porque el acreedor puede pedir la pena y el cumplimiento de la obligación; por lo que es claro que la primera demanda no excluye la segunda. Por el contrario, en el segundo la pena no puede acumularse al cumplimiento de la obligación, y desde el momento que el acreedor, al pedir la pena no hace sino demandar la indemnización de los daños, consecuencia del no cumplimiento de la obligación, renuncia implícitamente á pedir el cumplimiento, por ser incompatible la voluntad de exigir los daños, á causa del incumplimiento, con la de ver ejecutada la obligación; por consiguiente, la demanda de la pena impide, en este caso, al acreedor, pedir que la obligación principal se ejecute.

194. Si fueren varios los partícipes de una misma obligación con cláusula penal, ¿por quién y contra quién puede exigirse la pena? Comencemos por la hipótesis prevista por el legislador: la de que sean va-

rios los deudores. Para responder en esta hipótesis á la cuestión propuesta, conviene ver si el objeto de la prestación principal es ó no divisible. Si este objeto es indivisible, se incurre en la pena por la contravención de uno solo de los deudores, y puede pedirse, en su totalidad, contra el infractor ó contra cada deudor, por su parte ó con la acción hipotecaria por el total, salvo el reembolso, tanto en el caso en que se proceda hipotecariamente, cuanto en el que se proceda á *pro rata* contra cada uno de ellos, contra aquel por culpa del cual se ha incurrido en la culpa (art. 1.215). Y si el objeto de la prestación principal es divisible, en tal caso, debiéndose la obligación por todos los deudores, de modo que haya otras tantas deudas, no incurre en la pena más que el deudor que contravino á la obligación, y sólo por su parte, no pudiéndose proceder contra los que la ejecutaron (art. 1.916). Pero á esta regla señala el mismo artículo una excepción en el caso en que, habiéndose impuesto la pena con la intención de evitar los pagos parciales, uno de los deudores ha impedido que la obligación fuese cumplida por completo; caso en el cual puede exigirse de éste la pena íntegra, y de los demás codeudores la porción de cada cual, salvo el reembolso de éstos contra el que impidió la ejecución. ¿Por qué, se preguntará el acreedor, puede proceder en la hipótesis supuesta también contra los demás deudores que ejecutaron la parte de obligación puesta á su cargo, desde el momento en que éstos, por no estar en mora, no pueden incurrir en ninguna pena? Porque estando impuesta la pena con la intención de evitar una ejecución parcial, cada uno de los deudores está frente al acreedor, comprometido á que la obligación se cumpla totalmente; por lo que si el cumplimiento total no se ha realizado,

aquellos que por su parte satisficieron la obligación responden mediante el pago de la parte correspondiente de pena de la obligación asumida por ellos respecto del acreedor.

En las mencionadas disposiciones legales, ¿se supone que la pena consiste en la prestación de cosa indivisible, *quid juris*, por tanto, si la pena consiste en la prestación de cosa indivisible? La cuestión se resuelve pronto aplicando los principios generalos de derecho, según los cuales la cosa indivisible puede ser exigida de cada uno de los deudores, salvo á quien la presta el reembolso de los demás cuando proceda. Añadimos *cuando proceda,* porque si el deudor que pagó la pena es aquel por cuya sola culpa la obligación no se cumplió, no puede ejercitar ninguna acción contra los demás.

195. El caso en que el concurso de varios copartícipes en una obligación se verifique por parte de los acreedores, no está previsto por la ley, por lo que es necesario aplicar las reglas generales del derecho. Distingamos ante todo la obligación divisible de la indivisible. Si la obligación se divide á favor de varios acreedores, sólo puede pedir la pena aquel respecto del cual la obligación no ha sido satisfecha, y la pedirá en proporción de su parte de crédito si la pena consiste en cosa divisible, y por entero, si en cosa indivisible. Si se trata de obligación personal indivisible, pero el objeto en que la pena consiste fuera divisible, creemos que ésta, salvo pacto en contrario, no podrá exigirse por entero de cada acreedor, sino en proporción de su cuota de crédito; porque la pena, desempeñando el papel de la indemnización de daños, se divide entre todos los acreedores del mismo modo en que entre ellos se divide la acción dirigida á con-

seguir la compensación de daños derivados del incumplimiento.

196. Semejante á la cláusula penal es la anticipación de una suma, que en los contratos suele hacerse por una de las partes á la otra, conocida comúnmente bajo el nombre de *arras*. Cuando no aparece una voluntad contraria, dice el art. 1.217, lo que se da anticipadamente cuando se celebra el contrato, se considera como una fianza para el reconocimiento de daños en caso de incumplimiento, y se denomina *arras*. Las arras tienen este significado, que les atribuye el artículo 1.217, cuando las partes no les dan otro distinto, según se expresa en dicho artículo, por lo que es preciso ocuparse de los diversos significados de que en la práctica es susceptible lo que la ley llama arras.

«En el lenguaje jurídico, observa la Apelación de Perugia (1), el vocablo arras ha tenido dos significados. El primero, más auténtico, denotaba lo que se anticipaba del precio para dar fe de la celebración del contrato como sello de promesa de cosa mayor y como principio de actuación de dicha promesa, según atestigua Gayo en el fragmento 35, *De contr. empt.: ut evidentior probari possit convenisse de pretio*. Con el otro adoptado posteriormente por la legislación Justinianea, Const. 17, *de fide instrum.*, denotaba la medida de la pena del incumplimiento. Posteriormente, entre nosotros los italianos, el vocablo ha conservado ambas significaciones, como lo demuestra el Código civil vigente y los anteriores. Por lo que no basta que los contratantes hayan empleado la voz arras, para considerarla, sin más, como medida del daño, sino que

(1) Decis. 1.° Febrero 1871.

debe buscarse otro sentido en que emplearse para dar aplicación al art. 1.217 del Código civil.» Las arras, interpretada la palabra en el primer sentido, se resuelven en un pago parcial, que se repite cuando el que lo recibe no ejecuta la obligación, y que da derecho á exigir el resto en caso de cumplimiento. Para suponer que la voz *arras* se ha empleado en este sentido encontramos un argumento en la reserva hecha por las partes de pedir la indemnización en el caso en que alguna de ellas falte á su compromiso; porque si las partes se reservan la acción de daños, quiere decirse que las arras no representan dicha indemnización, y, por consiguiente, no se puede atribuir el significado que le da el art. 1.217 (1).

Las arras, según las entiende dicho artículo, tienen el mismo significado que la cláusula penal, cual es el de ejercer una coacción sobre el obligado para que ejecute la obligación contraída; en caso de incumplimiento representan la medida de la indemnización. Se llaman arras *confirmatorias* para denotar que refuerzan el contrato, obrando como medio coercitivo para su ejecución. Pero hay otro modo de entender las arras, conocido con el nombre de *multa penitencial*, cuyo objeto no es confirmar el contrato, sino dar al deudor un medio que consiste en perder dichas arras para sustraerse al cumplimiento de la obligación. De la voluntad de los contratantes depende el dar á las arras uno ú otro significado; por lo que el determinar si las arras han de interpretarse en un sentido ó en otro, exige una investigación sobre la voluntad manifiesta de las partes, en la cual es preciso tener en cuenta todas las circunstancias del caso.

(1) Apel. Perugia, sop. cit.

¿Cuáles son los efectos de las arras confirmatorias y cuáles los de la multa de arrepentimiento?

Si se trata de la primera, la parte que no incurrió en culpa puede, según el art. 1.217, si no quiere pedir el cumplimiento de la obligación, quedarse con las arras recibidas ó pedir el doble de lo que dió. Las arras confirmatorias, pues, no dan derecho á la parte á sustraerse al cumplimiento de la obligación, sometiéndose á la pérdida de lo entregado ó restituyendo el doble de lo recibido; pero aquél no incurrió en culpa, y puede, por tanto, pedir que la otra parte satisfaga su obligación puede elegir entre obligar al culpable á ejecutar la obligación, ó apropiarse las arras, ó reclamar el doble de las dadas. Por el contrario, cuando las arras no son más que una multa, se resuelven en una obligación facultativa, y da al deudor el derecho de sustraerse al cumplimiento de la obligación, perdiendo las arras ó restituyendo el doble de las que ha recibido. Esta restitución tendrá lugar cuando, en el silencio de las partes, sus relaciones deban ser reguladas por la ley; pero éstas pueden estipular una restitución mayor ó menor, porque tratándose de intereses privados, los contratantes pueden regularlos á su gusto.

TITULO III

Efectos de las obligaciones.

CAPITULO PRIMERO

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

SUMARIO: 197. El deudor está obligado á cumplir exactamente la obligación.—198. Obligación de dar.—En qué consiste.—Deberes del deudor.—Conservación de la cosa debida. Entrega de la misma.—199. Responsabilidad del deudor por la falta de entrega de la cosa debida.—200. Obligación de hacer.—201. Obligación de no hacer.—202. Incumplimiento por caso fortuito.—203. Incumplimiento por culpa del deudor.—204. Incumplimiento por dolo del deudor.

197. El que contrae una obligación está obligado á cumplirla exactamente, y, en su defecto, al resarcimiento de daños. He aquí el principio fundamental establecido por el art. 1.218, cuyo valor ó significado es necesario entender con claridad, para comprender toda su extensión y apreciar las consecuencias que entraña.

Ya vimos á su debido tiempo que la obligación no es más que un vínculo; este vínculo, según dispone el artículo en examen, no consiste en otra cosa que en el exacto cumplimiento de la obligación misma, ó, en otros términos, en la exacta prestación del objeto de

la obligación. Al exigir la ley el cumplimiento *exacto* de la obligación, quiere que ésta se cumpla del modo estipulado y no de otro; por lo que el deudor no puede recurrir á ninguna excepción ó pretexto para sustraerse á su cumplimiento. Si la obligación no se cumple, el acreedor tiene derecho á exigir el resarcimiento de daños; pero adviértase bien que este derecho no es más que subsidiario, por lo cual le es dado al acreedor conseguir por otra vía el beneficio que hubiera obtenido de haber cumplido el deudor su obligación; por lo que tal derecho no le impide exigir el cumplimiento de la obligación siempre que sea posible. De aquí que no pueda quedar al arbitrio del deudor el sustituir al objeto de la obligación el resarcimiento de daños; porque su vínculo es el de ejecutar la prestación por que se obligó, y el acreedor, por tanto, está siempre en el derecho de exigir el cumplimiento exacto de tal deber. Si fuese de otro modo, toda obligación se resolvería en otra alternativa y no serían posibles las obligaciones contraídas pura y simplemente.

¿Puede el acreedor exigir una fianza no estipulada en el contrato, con el fin de asegurar el cumplimiento de la obligación? Por la negativa podría decirse que la fianza no estipulada constituye una nueva carga del deudor; por lo que, si el acreedor tiene derecho á exigir el exacto cumplimiento de cuanto constituye el objeto de la obligación, no puede ciertamente exigirle más. Pero obsérvese que circunstancias imprevistas pueden modificar la condición del deudor de modo que ya no ofrezca aquella garantía que en el momento de contraer la obligación; de aquí que la fianza, en el caso supuesto, no constituiría ya una carga injusta en daño del deudor, sino que pondría al deudor, ante su

acreedor, en la misma condición en que se encontraba al contraer la obligación. «Habiendo, dice la Apelación de Bolonia (1), sufrido el estado económico del deudor una alteración, y disminuyendo, por consiguiente, el crédito y la confianza que antes inspiraba, surge la necesidad de una garantía para restablecer entre las partes la recíproca confianza é igualdad, destruídas por aquel principio de razón, repetido en todos los códigos, de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y obligan, no sólo á cuanto en los mismos se expresa, sino á las consecuencias que, según la equidad, el uso ó la ley, de ello se derivan (art. 1.124). Pero como para que bajo el principio enunciado se comprenda naturalmente el evento posible de deberse pedir ó prestar una fianza no estipulada desde el principio *in omnibus bonae fidei judiciis, cum nondum dies praestandae obligationis venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem ex justa causa audiendus est* (Leg. 41, Dig. *de judiciis)*, es siempre necesaria, como dice la misma ley, una justa causa, á constituir la cual no basta que la fortuna del deudor sufra una modificación, aunque sea grave; es necesario que se haya hecho sospechoso de fuga, dolo ó insolvencia, como de aquellas leyes deducían los expositores.

Y el Código del Reino ofrece clara y plena confirmación, no permitiendo al deudor reclamar el beneficio del plazo (art. 1.176), al vendedor rechazar la entrega (art. 1.469), al acreedor ejercitar el rescate de la renta (art. 1.786), sino en los casos de insolvencia, expresando así claramente con frase adecuada, apta para evitar las confusiones de Francia por la no precisa locución de aquel Código, que todos estos efectos

(1) Decis. 17 Julio 1876.

no se producen, fuera del caso de quiebra en los comerciantes, ni de citación ó mandamiento, ni de pérdidas económicas, ni de cesación de pagos, sino sólo de la imposibilidad real de pagar, que es el estado de insolvencia exigido por la ley. Hecho eminentemente positivo que debe ser probado por quien formula su pretensión.»

198. Pasemos ahora á la aplicación del principio del art. 1.218 á las diversas clases de obligaciones, comenzando por la de dar. Antes de todo es preciso saber qué se entiende por obligación de dar. Se equivocaría quien creyese que en la obligación de dar se comprenden sólo aquellas que tienen por objeto la transmisión de la propiedad, porque el deudor, no sólo está obligado á dar la cosa sobre la cual ha cedido su derecho de dominio, sino también aquella respecto de la cual ha concedido otra clase de derecho; así, el arrendador está obligado á entregar la cosa arrendada, aunque no transmite su propiedad; por lo que será obligación de dar aquella que tiene por objeto una cosa, cualquiera que sea el título por el cual el deudor la debe.

Dice el art. 1.219 que la obligación de dar comprende la de entregar la cosa y la de conservarla hasta su entrega. Dos son, pues, las obligaciones del deudor: conservación y entrega. La primera se cumple en el tiempo que transcurre entre la celebración del contrato y el momento en que la prestación de la cosa se efectúa; y precisamente por cumplirse en este tiempo, el acreedor tiene el derecho, aunque no haya llegado aún el término de la prestación de invocar del magistrado las providencias necesarias para sustraer la cosa al peligro de pérdida ó deterioro á que se encuentre expuesta por negligencia del deudor.

La obligación de conservar, aunque la ley no lo indica, tiene lugar solamente en las obligaciones que recaen sobre una cosa determinada, porque al acreedor le interesa recibir la misma cosa objeto del contrato; pero si la obligación es de especie; si, por ejemplo, yo me obligo á prestarte cien quintales de grano ó cien hectolitros de vino, siendo en tal caso la obligación de cantidad, el interés del acreedor consiste en recibir la cantidad convenida, porque falta cosa determinada y concreta que pueda dar lugar á la obligación de conservar.

Consistiendo la otra obligación del deudor en la entrega de la cosa debida, puede el acreedor, valiéndose de medios caoctivos concedidos por la ley, obtener del deudor la prestación á que éste viene obligado. La aplicación de tal principio no encuentra ninguna dificultad cuando el objeto de la obligación es una cosa determinada, pudiendo el acreedor obtenerla directamente por medio de actos de ejecución; pero, tratándose de obligaciones en especie, pueden surgir dudas que debemos aclarar. Si Ticio, por ejemplo, me debe cien quintales de grano, me puede ser imposible obtener directamente de Ticio el exacto cumplimiento de tal obligación por medio de actos ejecutivos, por faltar la cosa determinada y concreta sobre la cual estos actos pueden ser ejercitados; pero ¿podré obtener autorización del juez para proveerme de la cantidad de grano debida á expensas del deudor? Por la negativa puede observarse: que la ley, sólo en orden á la obligación de hacer, concede facultad al acreedor para obtenerla á expensas del deudor (art. 1.220), y que no es lícito, por lo tanto, extender esta disposición al caso, muy distinto, de la obligación de dar.

Pero este argumento no nos parece bastante con-

cluyente. El fin del art. 1.220, ¿es acaso limitar sólo á las obligaciones de hacer la disposición que en ellas se contiene? Todo lo contrario: la intención del legislador ha sido la de extender la aplicación de un principio general á las obligaciones de hacer, respecto de las cuales podía surgir la duda de si era posible su ejecución; luego el espíritu del artículo en examen, no se opone á que la disposición contenida allí se extienda á las obligaciones de dar. Además, el principio establecido por el art. 1.218, de que el que contrae una obligación está obligado á cumplirla exactamente, no puede menos de extenderse á toda especie de obligación; ahora bien, si el deudor no quiere cumplir espontáneamente la obligación, y si por otro lado hay manera de que el acreedor pueda conseguir lo que se le debe, ¿por qué deberá obligarse á recibir una indemnización pecuniaria, en lugar de la cosa pactada?

199. Constituyéndose en mora el deudor al hacer la entrega de la cosa debida, ésta, según el artículo 1.219, corre á riesgo y ventura del mismo, aunque antes de la mora se encontrase á riesgo y ventura del acreedor. Este precepto implica una derogación al principio general *res perit domino*; ¿por qué, si yo te vendo un caballo sobre el cual tú adquieres el derecho de propiedad desde el momento en que el contrato se celebra, debo, sin embargo, indemnizarte si el caballo muere después de transcurrido el plazo estipulado para hacer la entrega? El que incurre en mora incurre en culpa y debe sufrir las consecuencias de ésta: he aquí el fundamento jurídico de la excepción de que nos ocupamos. Tanto es verdad, que aunque el deudor incurra en mora, la obligación se extingue si la cosa hubiere perecido del mismo modo en poder

del acreedor, de haberle sido entregada. Ahora bien; si el deudor no está obligado por la pérdida de la cosa ocurrida después de la mora, cuando dicha pérdida hubiese ocurrido independientemente de la mora, es señal de que en tanto pone la mora á cargo del deudor los riesgos de la cosa, en cuanto estos riesgos son una consecuencia de la misma; por lo que el principio que rige los efectos de la mora es el contenido en el artículo 1.131, que obliga á resarcir el daño á aquel, por causa del cual ha sobrevenido. De aquí que si no hubo mora por parte del deudor, sino por parte del acreedor, que injustamente se niega á recibir la cosa, el riesgo que ésta sufre proviene de culpa del acreedor y debe recaer sobre él.

Pero si hay mora por ambas partes, ¿á cargo de quién estará la pérdida ó deterioro de la cosa debida? Supongamos que después de haberme yo constituído en mora en entregarte el caballo que te he vendido, yo me apresuro á entregártele, negándote tu, sin razón legal, á recibirle; si el caballo muere, ¿de quién será la pérdida? Yo, es verdad, he incurrido en mora, pero tal mora no te ha perjudicado, porque, no obstante ella, te puedo ofrecer el caballo en el estado en que se encontraba al celebrar el contrato; y si no te he perjudicado, ¿por qué te he de indemnizar? Además, si la pérdida es consecuencia de la mora, no lo puede ser sino de la tuya, porque si hubieses recibido el caballo cuando yo te lo ofrecí, y no tenías motivo alguno para negarte á recibirlo, no habría perecido en mis manos; por esto, la pérdida debe afectarte á ti y no á mí (1).

200. Si la obligación tuviera por objeto la presta-

(1) Cas. Roma, 28 Mayo 1884.

ción de un hecho, el art. 1.220 dispone que, al no ser cumplida, el acreedor puede ser autorizado á hacerla cumplir él mismo á expensas del deudor. El principio establecido por el art. 1.218, de que quien contrae una obligación está obligado á cumplirla exactamente, por ser general, no puede por menos de aplicarse también á las obligaciones de hacer; y como quien tiene el derecho correspondiente á la obligación, tiene también el de valerse de la fuerza pública para obligar al deudor al cumplimiento de su obligación, de aquí que el derecho del acreedor de proceder á actos ejecutivos contra él, se extiende, por regla general, también á las obligaciones de hacer. Lo que sucede es que, respecto á estas obligaciones, el derecho referido encuentra dos limitaciones importantes, de las cuales es preciso dar cuenta. La primera, es que no se puede hacer violencia á la persona del deudor, para que haga lo que no quiere hacer; fuera del arresto personal, en casos especiales y determinados, nuestras leyes no admiten coacción sobre la persona del deudor, para obtener de éste que haga ó no haga una cosa. Si yo, pues, me obligo á prestar la obra de mis manos en tu bodega, en tu oficina, en tu teatro, etc., y no obstante dicha obligación, me niego á prestarte mis servicios en el lugar convenido, no puedes exigir que la fuerza pública me conduzca á los sitios indicados para que cumpla la obligación; porque la libertad personal es cosa muy sagrada, cuya violación, para un objeto meramente financiero, no puede permitir una sociedad bien ordenada. La otra limitación que deriva de la naturaleza misma de las cosas, consiste en que si el hecho es tal, que no puede ser prestado por otro que el deudor, no es lícito, en modo alguno, obtenerlo por vía de ejecución, cuando éste se niega á satisfacer su obligación;

por lo que al acreedor no le queda otro camino que pedir el resarcimiento de los daños.

Fuera de estas dos limitaciones, el acreedor de la prestación de un hecho puede valerse de medios ejecutivos para obtener el cumplimiento de la obligación, y por esto dispone el artículo en examen, que el acreedor puede ser autorizado para procurar por sí mismo el cumplimiento de la obligación de hacer á expensas del deudor. Pero la expresión—*puede el acreedor ser autorizado*—del art. 1.220 podría hacer surgir la duda de que con ella hubiera querido el legislador conceder al juez una facultad, y no un derecho al acreedor. Pero el espíritu del artículo disipa toda confusión. En efecto; el artículo en examen, como ya se ha dicho, aplica á las obligaciones de hacer el principio general, establecido por el art. 1.218, del cual hemos visto derivar el derecho del acreedor, de recurrir á medios coercitivos, para obtener el cumplimiento de la obligación; luego si en la intención del legislador, el vínculo derivado de la obligación de hacer, puede dar lugar también al empleo de medios ejecutivos, y si el acudir á estos medios, constituye para el acreedor un derecho, es claro que la disposición del artículo de que nos ocupamos, no se ha dictado con el solo objeto de atribuir una facultad, sino con el de reconocer un derecho correspondiente al acreedor. Pero adviértase que tal derecho no autoriza á procurarse á su capricho el cumplimiento de la obligación de hacer á expensas del deudor, puesto que á ninguno le es lícito tomarse la justicia por su mano, y los actos de ejecución se realizan siempre con la intervención del magistrado; por lo que á éste debe recurrir para obtener dicha autorización, que no puede serle negada si se reconoce su crédito. Ni el deudor, pedido que haya

esta autorización al acreedor, puede detener el curso de la respectiva demanda, ofreciendo la indemnización de daños, porque el acreedor, mientras es posible el cumplimiento de la obligación, tiene derecho á exigir éste con preferencia á la indemnización.

201. También se aplica á las obligaciones de no hacer, el principio de que la obligación debe ser exactamente cumplida, y que para llegar á este fin el acreedor puede valerse de medios ejecutivos, á excepción, sin embargo, de la violencia personal contra el deudor, que no puede usarse por ser la libertad humana inviolable frente á un interés material económico. En armonía con esta doctrina, el art. 1.222 dispone que el acreedor puede pedir que se destruya lo hecho contraviniendo á la obligación de no hacer, y puede pedir autorización para destruirlo á expensas del deudor, salvo el resarcimiento de daños. Creemos oportuno hacer observaciones en este punto. Una, que la autorización de destruir lo hecho á expensas del deudor no la concede la ley al acreedor por vía subsidiaria; esto es, para el caso en que el deudor se niegue á destruirlo, porque si tal hubiese sido la intención del legislador, lo habría dicho claramente. Por otra parte, infringida por el deudor la convención, surge en el acreedor el derecho de hacer que desaparezcan los efectos de la infracción, reponiendo las cosas á su primitivo estado, porque el acreedor, para hacer uso de sus derechos, no está obligado á esperar que el deudor declare si tiene propósito ó no de destruir la obra hecha. La otra consideración es, que la autorización de destruir debe ser pedida al juez por el acreedor, el cual no puede negarla si se demuestra que el deudor, con sus actos, ha contravenido al tenor de la obligación.

Ya sea que el acreedor haga destruir á costa del deudor lo hecho por éste; ya sea que el deudor se preste él mismo á destruir su obra, en ambos casos corresponde al acreedor el derecho á la indemnización, porque el art. 1.221 dispone que, consistiendo la obligación en no hacer el deudor que contraviene á la misma, está obligado á los daños sólo por el hecho de la contravención.

202. El incumplimiento de la obligación puede depender de caso fortuito, de culpa ó de dolo del deudor. Es preciso examinar estas tres hipótesis para establecer la responsabilidad del obligado en cada una de ellas.

Comenzando por la primera, dos son los principios reguladores que establece el Código: el primero, que el deudor debe ser condenado al resarcimiento de daños tanto por el incumplimiento de la obligación como por el retraso en la ejecución si no prueba que el retraso se deriva de una causa extraña no imputable al mismo, aunque no haya mala fe por su parte (artículo 1.225); el otro, que la obligación del deudor de resarcir el daño no existe, cuando á consecuencia de fuerza mayor ó caso fortuito se ve imposibilitado de dar ó hacer lo que debía, ó bien hizo lo que le estaba prohibido (art. 1.226).

Comencemos por determinar lo que se entiende por fuerza mayor y caso fortuito. A nuestro modo de ver, no hay razón para hacer distinción entre uno y otro; porque cuando se está ante un acontecimiento imprevisto y que no se pudo prever, ya para evitarle ó evitar sus consecuencias, cesa toda responsabilidad en el deudor por no poderse encontrar en un acontecimiento de tal género, elemento alguno de imputabilidad. Ya constituya, por tanto, tal hecho fuerza mayor ó

caso fortuito, las consecuencias son siempre iguales; por lo que falta el fundamento jurídico para una distinción, cualquiera que esta sea. La prueba, tanto del acontecimiento, como de no haberse podido prever, corresponde al deudor, y hasta tanto que éste no presente dicha prueba, el acreedor está en el derecho de exigir la indemnización por el hecho del no cumplimiento de la obligación. El motivo de tal disposición es puramente jurídico. En efecto, el deudor está obligado en virtud del contrato; luego el acreedor, si prueba la existencia de éste, no tiene que probar más para obtener su cumplimiento y para exigir la indemnización debida. Por el contrario, el deudor, al alegar caso fortuito, opone una verdadera excepción contra la acción del acreedor en cuanto con ella trata de sustraerse al vínculo de la obligación; por lo que está obligado á probar el fundamento de la excepción mencionada probando el caso fortuito. Y el deudor no puede pretender que ha llenado el requisito de la prueba cuando consigue demostrar su buena fe: porque la ausencia de mala fe no es lo que constituye el caso fortuíto, sino el no haberse podido prever el hecho ó la imposibilidad de evitarle; por otra parte, la obligación de probar el caso fortuito se la impone el art. 1.225, aun en el caso en que por parte suya no hubiera intervenido mala fe.

El hecho de un tercero, aunque imputable á él, puede constituir para el deudor caso fortuíto cuando pruebe que no pudo prevenirlo ni impedirlo; porque si bien un hecho de este género, hablando en absoluto, no puede ser comprendido entre los casos fortuitos, por ser responsable del mismo una persona; sin embargo, debe considerarse como caso fortuito respecto del deudor, porque el hecho no le es imputable.

203. La culpa está constituída por la falta de diligencia, porque, si no obstante la debida diligencia, el deudor se encuentra en la imposibilidad de satisfacer la obligación, no se le puede hacer ningún reproche, por lo que está exento de culpa. Pero ¿cuál es la diligencia á que está obligado el deudor? La diligencia, dice el art. 1.224, que se debe emplear en el cumplimiento de una obligación, ya tenga por objeto la utilidad de una de las partes ó de ambas, es siempre la de un buen padre de familia. El criterio, pues, es único, por lo que se infringe la ley siempre que este criterio se sustituya por otro; por ejemplo, el que se deduce de la utilidad que la obligación proporciona á una de las partes, ó el que consiste en la diligencia que el deudor acostumbre emplear en orden á sus intereses ó asuntos.

El tipo de un buen padre de familia es sin duda un tipo abstracto, que el juez debe forjarse en su imaginación; pero el ser abstracto no quiere decir que sea arbitrario. Es preciso, por tanto, que el magistrado, para formar este tipo, tenga presente los hábitos y el modo de vivir de los hombres en cada localidad, porque el legislador, al hablar del buen padre de familia, ha querido referirse al considerado como tal por la generalidad de los hombres, no al que el magistrado puede idear, pero que no existe en la realidad. Pongamos un ejemplo: El guardar los animales en un establo abierto noche y día es un acto que nadie tacha de falto de la diligencia de un buen padre de familia; pues bien; figurémonos una localidad en que no acostumbra nadie, ni aun los más prevenidos, cerrar los establos en que se guardan los animales, porque de tiempo inmemorial no se haya conocido ningún hurto de bestias; ¿se podría reprochar al deudor el robo de

alguno de los animales, por haber dejado abierto el establo? No, por cierto; ¿por qué?, porque el deudor hizo lo que en su país hacían los más previsores y diligentes, y no puede reprochársele que no haya usado la diligencia de un buen padre de familia (1).

Supongamos que el deudor use, respecto de sus cosas, una diligencia mayor de la que es propia de un buen padre de familia; ¿deberá responder de los riesgos en el caso en que haya usado, en orden al objeto de la obligación, una diligencia menor de la en él acostumbrada, pero tal que sea propia de un buen padre de familia? Sí, dicen algunos, porque en este caso el deudor usa de mala fe, empleando, respecto del acreedor, menor diligencia de la que usa para sus cosas, por lo que es justo que responda de esta mala fe. No, replicaremos nosotros, porque una mala fe de este género es una mala fe presunta, y no hay ningún texto legal que establezca tal presunción. Por otra parte, al imponer la ley al deudor la diligencia propia de un buen padre de familia, se entiende que las partes, en virtud de pacto expreso, quisieron esta diligencia y no otra mayor ni menor; luego la ley del contrato se opone á que se imponga al deudor una carga mayor de la impuesta en el contrato.

¿A quién corresponde probar que la pérdida ó el deterioro de la cosa debida no puede achacarse á culpa del deudor? Si arrojamos sobre el acreedor la obligación de probar la culpa del deudor, destruímos el principio de que quien pide el cumplimiento de una obligación á su favor, no está obligado á probar otra cosa que la existencia de la obligación. El deudor, por el contrario, al oponer el acontecimiento ocurrido sin su

(1) Cas. Turin, 2 Mayo 1866.

culpa, trata de sostener que su obligación cesó; por consiguiente, no puede corresponder á nadie más que á él la prueba completa de dicha excepción.

El principio de que el deudor debe usar la diligencia propia del buen padre de familia, sufre por el artículo 1.224 una excepción relativa al depositario, añadiendo dicho artículo que el principio se aplicará con más ó menos rigor, según las reglas contenidas en el Código. El concepto del legislador contenido en tales limitaciones nos parece ser que existen algunos contratos en los que, atendida su índole especial, se presume que las partes quisieron exigir una mayor ó menor diligencia que la propia de un buen padre de familia, por lo que es necesario subordinar la aplicación de la regla establecida por el dicho art. 1.224 á esta presunta voluntad de los contratantes, que entre ellos tiene fuerza de ley. Ya diremos en su lugar cuáles son estos contratos; bástenos ahora aclarar el concepto de la limitación que el legislador hace á la regla general para deducir que las partes pueden derogar dicha regla, no sólo tácita, sino y aún más, explícitamente, estipulando una diligencia mayor ó menor que la propia de un buen padre de familia, debiéndose entonces atender al pacto, para determinar la responsabilidad del deudor y no al precepto del artículo en examen.

204. Pasemos ahora á considerar la última hipótesis: aquella en que el incumplimiento de la obligación nace de dolo del deudor.

El dolo del deudor, de que hablan los artículos 1.228 y 1.229, no es aquel dolo especial que consiste en maniobras fraudulentas ó engaños que, como sabemos, son causa de nulidad en la obligación; el dolo de que se trata es un dolo menos determinado, esto es, entendido

en sentido más lato, y comprensivo, por tanto, de todo acto que constituya en mala fe al que lo realiza. ¿Qué diferencia hay, además, entre el dolo y la culpa del deudor? El deudor que incurre en culpa puede también tener buena fe, esto es, puede tener la mejor intención de cumplir exactamente su obligación, no obstante lo cual, no haber usado de toda aquella diligencia propia de un buen padre de familia. Por el contrario, el deudor doloso lo es de mala fe, esto es, ejecuta actos é incurre en omisiones que se oponen al cumplimiento de la obligación, con la conciencia de que no cumple la obligación. Si yo, por ejemplo, prometo prestarte mi cooperación en un negocio ó establecimiento tuyo, y traslado mi residencia á otro país, haciendo de este modo imposible el cumplimiento de mi obligación, no incurro en culpa, sino en dolo, porque muestro la intención y la plena conciencia de no cumplir la obligación contraída. Pero si yo no hubiera tenido intención de perjudicarte faltando al cumplimiento de la obligación, sino que supuse que el no cumplir la obligación te había de ser provechoso á ti, esto no excluye en mí el dolo, porque siempre será verdad que he obrado con plena conciencia de que violaba mi compromiso. El daño ajeno ó el provecho propio puede ser causa que determine al deudor á no cumplir su compromiso; pero el motivo eficiente de la acción no debe confundirse con la conciencia que se tiene de la acción que se realiza, y el dolo consiste precisamente en esta conciencia, no ya en las causas que determinan el incumplimiento de la obligación.

De la responsabilidad del deudor derivada del dolo, como de aquella que es efecto de su culpa, hablaremos en su lugar en el capítulo relativo al resarcimiento de los daños.

CAPITULO II

DE LA MORA

SUMARIO: 205. Elementos constitutivos de la mora.—206. La existencia de la mora es cuestión de hecho.—207. Por qué ley se rigen los efectos de la mora.—208. Obligaciones á plazo.—209. Herederos del deudor.—210. Obligaciones en las cuales no se ha estipulado plazo. Es necesaria la intimación, ú otro acto equivalente, para constituir al deudor en mora.—211. En qué casos estos actos no constituyen al deudor en mora.—212. Quién debe hacer la intimación.—213. Si se considera en mora al deudor una vez que se le notifica la intimación ú otro acto equivalente.—214. Qué se exige para que el deudor se constituya en mora.—215. Purgación de la mora.

205. En la constitución de la mora concurren dos elementos: un retraso culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación y la posibilidad de que la obligación pueda cumplirse. Decimos que el retraso del deudor debe ser culpable, porque si proviene de un hecho no imputable á éste, existe fuerza mayor ó caso fortuito, de los cuales no puede responder el deudor, por no serle en modo alguno imputables estas eventualidades. Añadimos luego que, no obstante el retraso, el cumplimiento de la obligación debe ser aún posible, porque de otro modo no puede hablarse de mora, sino de incumplimiento absoluto de la obligación; casos muy distintos el uno del otro, por las diversas consecuencias que engendran. Y en efecto, mientras en caso de mora el acreedor tiene derecho al

resarcimiento de daños, consecuencia del retraso, en el de incumplimiento absoluto debe ser indemnizado de los perjuicios derivados de la imposibilidad de cumplir la obligación. La mora, según el art. 1.223, tiene lugar, tanto en las obligaciones de dar como en las de hacer. Precisamente la ley guarda silencio respecto de las de no hacer, porque respecto de éstas no puede existir mora. Porque, ó el deudor se abstiene de hacer, ó hace alguna cosa contraviniendo á la obligación; en el primer caso, no hace más que cumplir la obligación, mientras que en el segundo la infringe, y á ninguno de los casos es aplicable el concepto de la mora.

206. El decidir sobre la existencia ó inexistencia de la mora, implica un juicio de hecho y de apreciación reservado exclusivamente al juez. «*An mora facta intelligitur,* dice Marciano (1), *neque constitutione ulla, neque juris auctorum quæstione decidi potest cum sit magis facti quam juris.*» En efecto; para suponer ó no al deudor en mora, no sólo es preciso ver si, según la intención manifiesta de las partes, ha llegado ó no el término establecido para el cumplimiento, sino que con frecuencia es preciso examinar si el acreedor hizo por su parte aquello á que se obligó ó que debía facilitar al deudor el modo de satisfacer la obligación. Ahora esta investigación se ejerce en el campo de los hechos; por consiguiente, la mora es siempre cuestión de apreciación (2).

207. Los efectos de la mora no sólo pueden ser pactados expresamente por las partes, sino que cuando, dado el silencio de las partes, hayan de aplicarse los preceptos legales, se entiende que los contratantes

(1) Leg. 32, Dig. *de usuris.*
(2) Cas. Florencia, 15 Febrero 1877.

se refirieron con su silencio á dichos preceptos; por lo que, aquello que dispone la ley se entiende implícita y tácitamente aceptado por las partes contratantes. Merced á la aplicación de este principio debe resolverse la cuestión de derecho transitorio sobre la ley que ha de aplicarse para apreciar los efectos de la mora, cuando ésta se ha verificado bajo el imperio de una ley distinta de la vigente al celebrar el contrato. Ahora bien; si la voluntad tácita ó expresa de los contratantes es la que debe regular los efectos de la mora, si las disposiciones legales vigentes al tiempo de celebrarse el contrato han de considerarse aplicables al caso, por haber querido tácitamente las partes referirse á las mismas, es claro que estas disposiciones, y no las de la ley posterior, son las que deben regular los efectos de la mora (1).

208. Para determinar cuándo se considera constituído en mora al deudor, es preciso distinguir las obligaciones á cuyo cumplimiento se ha puesto un término, de las que no lo tienen. Comenzando por las primeras, el art. 1.223 dispone, en orden á las mismas, que el mero vencimiento del plazo establecido en la convención basta para constituir en mora al deudor. No hay, pues, necesidad en este caso de intimación alguna al deudor para que éste se constituya en mora, aplicándose la máxima *dies interpellat pro homine.* Pero es preciso conciliar la aplicación de este principio con otro según el cual el deudor no puede, aun vencido el plazo, considerarse en mora si el acreedor no hiciera lo que á tenor del contrato debió hacer á fin de que el deudor pudiese cumplir su obligación, puesto que en tal caso el retraso es imputable al acreedor

(1) Apel. Nápoles, 5 Octubre 1870.

y no al deudor. Si suponemos que el deudor tiene obligación de presentarse en casa del acreedor, ó en un lugar determinado en el contrato para satisfacer su obligación, ciertamente incurrirá en mora si, vencido el plazo, no lo hiciere. Pero si la obligación, ya por voluntad expresa de los contratantes, ya por disposición legal á que las partes se hayan referido con su silencio, debe cumplirse en el domicilio del deudor, es claro que éste no puede satisfacer su compromiso si el acreedor ó un representante suyo no se persona en el domicilio del deudor para recibir la suma ó cosa debida. En esta hipótesis, si el acreedor, sin haberse personado en el domicilio del deudor para exigir el cumplimiento de la obligación, una vez vencido el plazo, demanda á éste reclamando el pago ó la prestación de la cosa debida, ¿puede considerarse que el deudor está en mora?

«Cuando se estipula, dice con gran exactitud el Tribunal Supremo de Turín (1) que el pago se haga en el domicilio del deudor, éste no se constituye en mora, á no ser mediante la interpelación ó demanda que el acreedor le haga en dicho domicilio, y mucho más, si la falta de pago se hace depender del vencimiento de un plazo, porque entonces nace de la presunta negligencia del deudor en cumplir su obligación, y no puede considerarse culpable aquel que no está obligado á pagar sino en su propio domicilio, y que no lo puede hacer si el acreedor no se presenta en dicho lugar á exigir el pago y dar recibo. No puede confundirse con dicha intimación la citación judicial, que es el medio de conseguir en juicio la ejecución de la obligación, y supone que el derecho á exigirla sea perfecto; y si

(1) Decis. 29 Dic. 1877 y otras.

para la exigibilidad de una suma, aun debida, es condición que se haga la demanda en el domicilio del deudor, la citación judicial, faltando aquélla, carece de un elemento indispensable para su admisión. Pretender, pues, que el deudor citado en juicio para el pago debe, aunque no haya sido intimado previamente del modo expuesto, hacer la oferta real de lo que adeuda, si quiere sustraerse á los efectos de la mora, es absurdo y envuelve una petición de principio, porque supone debido pura y simplemente lo que no es tal; libra al acreedor del cumplimiento de una obligación que pesa sobre él por convención y que es condición de su acción sobre aquélla, con ofensa evidente y daño de la situación jurídica del deudor, y le proporciona modo fácil y cómodo de hacer ilusorio el contrato.»

Por las razones expuestas, pues, no sólo no sirve la citación, en el caso propuesto para constituir en mora al deudor, sino que la demanda que acompaña á la citación no puede ser admitida, porque el acreedor no puede exigir el cumplimiento de una obligación antes de cumplir la condición que pesa sobre él para reclamar dicho cumplimiento; por consiguiente, el deber del juez es declarar inadmisible la demanda.

El acreedor debe presentarse en persona ó por medio de su apoderado general ó especial en el domicilio del deudor para reclamar el pago; si se trata de un hecho puede recurrir á cualquier medio de prueba permitido por la ley para acreditar su existencia.

209. El art. 1.223 establece una excepción al principio *dies interpellat pro homine*, cuando el plazo vence después de la muerte del deudor, disponiendo que en tal caso el heredero no se constituye en mora sino mediante una intimación ú otro acto equivalente, y después de transcurrir ocho días de la instrucción. El

motivo es claro. En efecto; el heredero puede ignorar completamente la existencia de la obligación, y la equidad aconseja que se le notifique antes de considerarle en mora. Por lo tanto, el término de ocho días se le da al heredero que pueda ignorar la existencia de la obligación para que provea á su cumplimiento. Pero ¿pueden las partes contratantes estipular que el heredero del deudor se reputará moroso sin necesidad de intimación ú otro acto equivalente? No vacilamos en responder afirmativamente, porque las disposiciones legislativas reguladoras de la mora reflejan los intereses privados, y á las partes les es lícito derogarlas.

210. Pasemos ahora á las obligaciones á cuyo cumplimiento no se puso término alguno. Respecto á éstas, el último párrafo del art. 1.223 establece que el deudor no incurre en mora sino mediante una intimación ú otro acto equivalente. Comencemos por ver qué se entiende por intimación y qué por acto equivalente á la misma.

Entiéndese por intimación el acto por el que el acreedor, por medio de un funcionario público, que puede ser el secretario ó el notario, invita al deudor á que satisfaga su obligación. Sobre este punto no cabe duda, pues todos están conformes en atribuir á la palabra *intimación* tal significado. El desacuerdo empieza cuando se trata de determinar cuáles son los actos considerados por la ley como equivalentes á la intimación. Unánimemente se conviene en que lo es la citación, pues el acreedor demuestra con ella al deudor su intención formal de exigir el cumplimiento de la obligación (1).

(1) Cas. Florencia, 17 Mayo 1880.

Pero adviértase que la citación puede ser insuficiente á este objeto si la obligación ha de satisfacerse en el domicilio del deudor si no se ha presentado el acreedor ó su apoderado ó el funcionario público encargado de ello para exigir el cumplimiento de la obligación. La declaración que el deudor haga al acreedor de constituirse en mora, equivale al acto de constituirse en mora, porque entonces se trata de un contrato que establece la mora, y el contrato es ley entre las partes.

El requerimiento verbal y el hecho por carta, ¿pueden considerarse equivalentes á la intimación? En cuanto al primero, puede observarse que al manifestar la firme intervención del acreedor, de exigir el cumplimiento de la obligación, y siendo esta intención conocida por el deudor, basta para que haya mora. Pero se replica que al exigir la ley un acto, exige necesariamente un escrito, por ser esta la forma de los actos; por lo que faltando el escrito, falta la mora; por lo que inútilmente exigiria el acreedor diferir un interrogatorio al deudor, para puntualizar el hecho de la intimación verbal. En cuanto á la carta en que se invita al deudor á pagar, se considera generalmente que siendo un escrito constituye equivalente del acto de intimación, pero esta doctrina no nos parece aceptable. En efecto; al exigir la ley un equivalente de la intimación, exige sin duda un acto que por su forma y su esencia pueda sustituir á aquélla; porque si hay una diferencia radical en orden á uno de los dos extremos, no puede haber equivalencia. Ahora, la intimación que no puede hacerse más que por un funcionario público, es acto auténtico, revestido de las formalidades legales; luego para que un acto pueda considerarse equivalente á la intimación, debe ser

también auténtico, y no lo es, por cierto, una carta privada (1).

¿Puede considerarse equivalente el mandamiento de pago? Se dice que sí porque es auténtico y contiene la formal invitación de pagar. Pero observemos que el mandamiento de pago es acto ejecutivo y distinto, por tanto, de los que determina la mora. En la mayor parte de los casos, sucede que el deudor está ya constituído en mora, cuando se le notifica el mandamiento, y entonces es inútil discutir sobre los efectos del mandamiento. Pero si cuando se notifica éste todavía no hay mora, no puede considerarse moroso al deudor porque se le haya notificado el precepto. Supongamos que yo procedo en virtud de contrato sin término, y notifico al deudor el mandamiento de pago, sin haberlo antes indicado; ¿habrá mora? No; porque, como observa la Casación de Turín (2), «lo que constituye la mora y el mandato de pago, son cosas distintas y tienen un fin diverso; por aquélla, el deudor es excitado á cumplir la deuda, si quiere evitar las consecuencias de la mora, y con éste está obligado á sufrirlas. El mandamiento no puede confundirse con el acto de constitución en mora, por otra razón; porque, en efecto, el deudor no constituído aún en mora, disfruta de dos términos distintos, aquél con el cual puede librarse de los efectos de la mora pagando, y el que la ley le concede en el mandamiento; por lo que es claro que ambos términos son distintos y no pueden confundirse.

211. Puede suceder que los actos de intimación ú otros equivalentes, no sirvan para constituir en mora al deudor; veamos cuándo. Supongamos que con el acto de intimación ú otros equivalentes yo pido más

(1) Ap. Florencia, 3 Marzo 1870.
(2) Decis. 20 Junio 1866.

de lo debido; ¿se entenderá constituído en mora el deudor? «Es principio de la jurisprudencia, dice la Casación de Florencia (1), que el deudor no incurre en mora cuando se le invita á pagar más de lo que debe y cuando por las injustificadas declaraciones y pretensiones del acreedor se encuentra en la incertidumbre de conocer qué es lo que realmente debe pagar. Si en este estado de cosas, el deudor pide al juez que declare la verdadera cuantía de la deuda, no puede considerársele en mora á tenor de la Ley 63, Dig. *de regulis juris qui sine dolo malo ad judicem provocat non videtur moram facere.*» Pero si del acto de intimación ó del equivalente, resulta que no es la intención del acreedor pedir más de lo que debe pedir, sino que exigió más por error ó equivocación, en tal caso, siéndole al deudor conocida la verdadera intención del acreedor, no puede negarse la mora.

La citación ante juez competente, ¿sirve para constituirse en mora? Si esta citación es eficaz para interrumpir el curso de la prescripción (art. 2.125), debe serlo igualmente para los efectos de la constitución en mora. Por otra parte, la citación ante juez incompetente es siempre un documento auténtico que hace conocer al deudor la intención del acreedor en orden al cumplimiento de la obligación, la cual basta para que se declare la mora (2).

¿Puede adoptarse la misma solución en caso de nulidad del acto de intimación, ó su equivalente? No puede darse una contestación absoluta, porque si la nulidad proviene de incompetencia del funcionario

(1) Decis. 10 Julio 1873.

(2) Los intereses de la mora, dice la Apel. de Casale, corren desde la fecha de la citación, aunque ésta se haga ante juez incompetente.—Decis. 21 Febrero 1881.

público que fué más allá de sus atribuciones, falta al acto su carácter de autenticidad y no puede ser, por lo tanto, útil para constituir en mora al deudor; asimismo, si la nulidad proviene de la incertidumbre de la demanda, no hay mora, porque el deudor no puede conocer las intenciones del acreedor; pero si la nulidad proviene de cualquier defecto de forma que no priva al acto de su autenticidad y que no impide al intimado comprender exactamente las intenciones del que intima, la constitución en mora debe considerarse efectuada.

212. ¿Por quién y á quién debe notificarse la intimación? De ordinario, el acreedor es quien directamente notifica al deudor, ó á quien por él deba cumplir la obligación. Si se notifica al apoderado del deudor, ¿se le considerará en mora antes de que tenga conocimiento de la notificación? Si el mandatario está encargado del pago, no es necesario que el deudor tenga noticia de la intimación hecha por que debe responder de la negligencia ó culpa de la persona encargada por él de cumplir la obligación. Pero si el procurador ó representante del deudor no hubiera recibido el encargo de pagar en tal caso, debiéndose efectuar el pago directamente por el deudor, es necesario que se demuestre que conocía la intimación hecha. Pero creemos que la intimación no puede proceder del gestor de negocios del deudor ni puede hacérsele á él, porque así como el deudor puede negarse á pagar al gestor del acreedor, éste no puede exigir el pago del gestor del deudor. Débese exceptuar el caso en que se trate de obligación nacida con ocasión de negocios ajenos, porque en este caso, el gestor tiene facultad de acción y puede ser obligado á cumplir la obligación contraída por él mismo.

En cuanto al lugar en que debe hacerse la intimación, creemos que el acto debe siempre notificarse personalmente al deudor, fuera del caso en que por efecto de la convención se haya elegido un domicilio especial, aunque la obligación deba cumplirse en lugar distinto del domicilio del deudor. Pero este lugar se indicará siempre en el documento respectivo, debiendo el deudor conocer las intenciones del acreedor y no pudiendo aquél ser obligado á cumplir la obligación en lugar distinto del establecido en el contrato.

213. Una vez notificada la intimación ú otro acto equivalente, ¿deberá el deudor considerarse, sin más, constituído en mora? Distingamos las obligaciones susceptibles de ser cumplidas inmediatamente, como, por ejemplo, la que consiste en el pago de una suma, de las que no pueden realizarse sino mediante una serie de actos, cuales son de ordinario las que suponen la prestación de un hecho. En cuanto á las primeras, si el deudor no satisface la obligación en el momento en que recibe la intimación, se constituye inmediatamente en mora, y se expone á sufrir sus efectos; en orden á las segundas, la naturaleza de las cosas exige que se le conceda al deudor todo el tiempo necesario, según los casos, para dar principio á la obligación. La duración de este tiempo debe determinarla el prudente arbitrio del juez, que tendrá en cuenta la cualidad de la obligación y de lo que se exige para su cumplimiento. Si se trata de obligaciones á plazo, el deudor no tiene derecho á exigir este tiempo antes de haberse constituído en mora, porque conociendo el término fijado para su compromiso, pudo proveer con tiempo á la ejecución; pero si se trata de obligaciones sin término, ignora el deudor la época en que el acreedor exigirá el cumplimiento, por lo que es justo que, co-

nocida la intención de éste, se conceda el espacio suficiente para proveer á la ejecución del compromiso contraído.

214. Para que el deudor se constituya en mora es, sin duda, necesario que el término impuesto al cumplimiento de la obligación haya llegado, y tratándose de obligaciones condicionales, que la condición se haya cumplido. Esto no necesita demostración. Es necesario, igualmente, que la suma debida sea cierta y líquida. Cuando no es líquida, el acreedor tiene derecho á liquidarla, y para los efectos de esta liquidación puede el deudor constituirse en mora.

Supongamos, por ejemplo, que Ticio está obligado á darme cuenta de su gestión; antes que se rindan cuentas no sé lo que me debe, pero puedo obligarle á que me presente las cuentas, constituyéndole así en mora si no lo hace, con el objeto de exigir los intereses moratorios de la suma que resulte deberme. Es, además, necesario que sea cierta la persona á cuyo favor debe cumplir la obligación, para que pueda ser constituído en mora; suponiendo, por tanto, que se discuta por dos personas á cuál de ellas corresponde el crédito, no pudiendo el deudor pagar ni al uno ni al otro, no incurre en mora mientras judicialmente ó de otro modo no se ponga en claro cuál de los dos es el deudor (1).

215. Constituído el deudor en mora, ¿puede liberarse de ella? Se entiende purgada la mora cuando se destruyen sus efectos.

Pero algunos de éstos se refieren al tiempo pasado, cual es el transcurrido entre la constitución en mora y el momento en que ésta se considera purgada; otra

(1) Apel. Nápoles, 28 Octubre 1870.

cosa es el porvenir, esto es, el que transcurrirá desde que la mora se pretende purgada. Es preciso tener presente esta distinción al valuar las consecuencias de los actos de que se hace depender la purgación de la mora.

En primer lugar, la mora puede dispensarse por voluntad del acreedor que consiente en no exigir sus efectos. Esta voluntad puede ser expresa ó tácita. La primera ya se comprende cuál es; la tácita no puede demostrarse sino por un hecho que sea incompatible con la intención de valerse de los efectos de la mora. Ya sea expresa ó tácita la intención del acreedor, siempre depende de la interpretación de ésta decidir si se cancelaron solamente los efectos futuros de la mora, ó también los pasados. Supongamos que el acreedor concede una dilación en el pago; en este caso es claro que durante la dilación los efectos de la mora no transcurren; pero ¿deberá creerse que el acreedor renunció también á los intereses moratorios operados antes de conceder la dilación? Hablando en absoluto no puede entenderse que el conceder dilación suponga renuncia á los intereses debidos en virtud de la mora; porque adquirido el derecho á los intereses, estos constituyen para el acreedor un nuevo derecho distinto del que aquél tiene sobre el capital, por lo que es necesario indagar, en cada caso especial, cuál fué la intención del acreedor, pero teniendo siempre presente el principio de que la renuncia á los derechos no se presume, y que quien la opone está obligado á presentar la prueba.

La caducidad de la instancia, cuando la constitución en mora ha sobrevenido por efecto de la citación, no sólo cancela los efectos de la mora por el tiempo sucesivo, sino también en orden al pasado; porque la

instancia caducada se considera como no propuesta y no puede, por lo tanto, producir el efecto de la constitución en mora.

El deudor que ofrece la suma debida ó que se muestra propicio á cumplir la obligación de hacer purgar la mora, por lo que se refiere al tracto sucesivo, y la mora del acreedor al recibir el objeto de la prestación, no puede perjudicar al deudor que no tiene culpa. Aquí se ha propuesto la cuestión de si el deudor purga los efectos de la mora en virtud de la mera oferta real, ó es necesario también que, rehusada ésta, proceda al depósito marcado por la ley. «La oferta de la cosa debida, dice admirablemente la Apelación de Florencia (1), debe ser seguida del depósito cuando el deudor quiera obtener su liberación como si realmente hubiese pagado, y, por consiguiente, dejar la cosa á riesgo y ventura del acreedor; pero la cosa ofrecida le basta al deudor para probar *se tradere paratum esse;* y, por consiguiente, para impedir ó para hacer cesar la mora en entregar, si acaso hubiera incurrido en ella, y para constituir en cambio á la otra parte en mora en recibir.

(1) Decis. 4 Octubre 1870.

CAPITULO III

DAÑOS É INTERESES

SUMARIO: 216. Condiciones exigidas para que el incumplimiento de la obligación ó el retraso en ejecutarla dé lugar al resarcimiento de los daños.—217. Cuándo se rige la indemnización por la ley, y cuándo por el contrato.—218. A qué lugar debe atenderse, en caso de indemnización, para establecer el precio de la cosa debida.—219. A qué tiempo se atenderá para el mismo fin.—220. Liquidación de daños.—Triple modo de hacerla.—221. Liquidación hecha por la ley.—222. Anacronismo.—Cuándo es lícito.—Bajo qué condiciones.—223. Pago de los intereses hecho por un tercero á cuenta del deudor.—Cuándo devengan intereses dichas sumas.

216. La obligación no cumplida da lugar al resarcimiento de daños (art. 1.218), y al mismo resarcimiento da lugar el retraso en el cumplimiento de la obligación (art. 1.231); es necesario, pues, ocuparnos en la indemnización debida por el deudor en virtud de su obligación.

Para que el acreedor tenga derecho al resarcimiento de daños, son precisas dos condiciones. La primera, que el incumplimiento ó retraso sea imputable á culpa ó dolo, porque éste no responde del caso fortuito ni de la fuerza mayor (art. 1.226). A propósito de esta condición, se puede formular una pregunta: si el resarcimiento del daño debido por el deudor es consecuencia de la culpa, ¿por qué el legislador ha hecho

distinción entre la culpa concerniente á la ejecución de la obligación y la que se verifica en el hecho ó en la omisión de la cual provenga daño á otro, dictando disposiciones diversas para una y otra culpa? El motivo de tal distinción ha de buscarse en la distinta índole de la obligación que se encuentra en cada uno de los dos casos. Cuando yo, por un hecho que me es imputable, estoy obligado á resarcir el daño consiguiente, nace á mi cargo, del hecho, una obligación que antes yo no tenía; por el contrario, cuando incurro en culpa por el incumplimiento ó retraso. estoy obligado al daño en virtud de la misma obligación á que estoy sujeto, no ya en virtud de nueva obligación derivada de mi dolo ó culpa; por lo que el resarcimiento en este caso, atendiendo al contrato, no puede confundirse con lo demás que se debe en virtud de delito ó cuasi-delito, por ser extraño á esto el elemento convencional.

La otra condición es que el acreedor haya sufrido realmente daño por el incumplimiento ó retraso en la ejecución, porque faltando el daño falta la razón para resarcir. Pero es de observar que, produciendo la obligación un beneficio al acreedor, el incumplimiento ó retraso se resuelve en la pérdida ó dilación del beneficio, pérdida ó dilación capaz por sí misma de producir el daño. De aquí se deduce que el acreedor que pide una condena general de daños por incumplimiento ó retraso no tenga obligación de suministrar prueba alguna, sino que corresponde al deudor que quiere evitar dicha condena probar que el acreedor no ha sufrido daño alguno. Si tú, por ejemplo, descuidas la renovación de una hipoteca en conformidad con la obligación que has contraído, yo puedo pedir contra ti una condena general de indemnización sin

necesidad de probar nada; pero si tú pruebas que la renovación no me ha perjudicado, porque las hipotecas inscritas sobre el fundo con anterioridad á la mía absorben su valor, conseguirías rechazar mi demanda. El cargo de la prueba corresponde al acreedor cuando se trata de determinar la cuantía de los daños; porque si el acreedor dice que ha sufrido una pérdida de diez ó veinte, no puede el daño hacerse subir á tal cifra si no demuestra que tal ha sido en realidad la pérdida sufrida.

217. Los criterios para la estimación de los daños están establecidos por la ley; pero entiéndase que sólo se recurrirá á ésta cuando en el contrato nada se haya estipulado; porque si las partes, previendo el incumplimiento, hubieran estipulado la indemnización que se deba pagar por el incumplimiento, se aplicará el principio que eleva el contrato á ley de las partes. Es preciso observar á este propósito que la ley del contrato es, en este punto, aplicable siempre que se trate del caso en él previsto y no de otro. Si, por ejemplo, se insta la rescisión del contrato por incumplimiento y se piden los daños derivados de la rescisión, en cuanto ésta es una consecuencia de la culpa del deudor, el pacto en que se liquidan los daños para caso de retardo no puede aplicarse al caso distinto de daños derivados de la rescisión; por lo que, á falta de daño especial sobre este punto, es necesario acudir á la ley (1). Los daños, según el precepto legal, se aprecian siempre en razón de la pérdida sufrida ó la ganancia de que fué privado el acreedor *damnum emergens, lucrum cessans* (art. 1.227). Pero los criterios para calcular estos extremos son distintos según la

(1) Cas. Nápoles, 15 Enero 1883.

causa del daño sea la culpa ó el dolo del deudor. La ley ha considerado que el elemento de la imputabilidad entra en la obligación de resarcir el daño, porque si éste es consecuencia de un hecho no imputable al deudor, no se debe indemnización. Ahora bien; como el dolo ofrece una imputabilidad mayor que la culpa, el legislador ha creído justo hacer pesar sobre el deudor que incurre en dolo una responsabilidad mayor de aquella en que incurre el deudor culpable.

Veamos, por lo tanto, la diferencia. El deudor doloso está obligado á las consecuencias inmediatas y directas del incumplimiento (art. 1.229), mientras el culpable sólo lo está á los daños previstos ó que pudieron preverse al tiempo del contrato (art. 1.228). Antes de examinar cada una de estas dos obligaciones, no olvidemos dos observaciones generales. La una, que si bien la ley en los artículos citados habla de incumplimiento, sin embargo, sus disposiciones se aplican también en el caso de retardo, tanto porque este retardo constituye por sí mismo una especie de incumplimiento, como porque las disposiciones derivadas de un principio de razón son susceptibles de interpretación extensiva. La otra, que aunque en el art. 1.228 se habla de contrato y de daños posibles de prever en el momento en que éste se celebró, sin embargo, el resarcimiento del daño por efecto de la culpa del deudor se extiende también á las obligaciones que no proceden de contrato, sino de la ley. No podrá, en orden á estas, aplicarse el criterio de la posibilidad de prever el daño al tiempo del contrato, sino que el juez suplirá con otros criterios sugeridos por la equidad y la especialidad de cada caso.

Esto sentado, vamos á estudiar la indemnización debida cuando el autor incurre en culpa. En tesis abs-

tracta, la expresión legal — *daños previstos* ó *que pudieron preverse al tiempo del contruto,* — es bien clara y no da lugar á dudas. Las dudas surgen, por el contrario, en la práctica, cuando se trata de aplicar á cada caso concreto el principio establecido por el legislador. Es imposible prever todos los casos; nos contentaremos con algunos que sirvan de regla. Yo te doy en arriendo un local para que puedas ejercer tu industria de vinatero; por culpa mía no puedo entregarte el local en el tiempo convenido, y tú, en lugar de buscar otro local para el ejercicio de tu industria, rescindes todos los contratos celebrados para la adquisición de vinos, y me pides en juicio la indemnización, por los beneficios que hubieras podido percibir de los referidos contratos ó del ejercicio de la industria suspendida; ¿es justa tu demanda? «El que concede una bodega en alquiler, responde oportunamente la Apelación de Florencia (1), para el ejercicio de una reventa de vinos, tiene derecho á suponer que el arrendatario tiene, realmente, el propósito de ejercer aquella industria; por lo que todo lo que el alquilador pudo prever, según la ordinaria diligencia de los hombres, para el caso en que no esté en situación de prestar en la fecha marcada el uso de la cosa locada, es que el industrial se ve obligado á alquilar otro local aunque sea más caro y que tenga que depositar su mercancía en algún otro, pagando una merced extraordinaria. Nadie, por prudente que fuera, podría prever que el arrendatario, sólo por no haber obtenido el uso del fundo en la fecha convenida, resolviese no continuar el ejercicio de la industria y rescindir todos los contratos estipulados con ante-

(1) Decis. 22 Abril 1872.

rioridad.» Supongamos otro ejemplo: Tú te obligas á venderme una mercancía, que yo, por una afortunada combinación, logro revender en una plaza distante con gran provecho; por culpa imputable á ti, no recibo la mercancía; ¿puedo yo pedir que á título de indemnización se me reembolse de la ganancia que habría podido obtener, revendiendo la mercancía en dicha plaza? «Los daños, responde la Apelación de Florencia (1), que por el retraso de la mercancía podían preverse racionalmente, consisten en una disminución del valor en venta de la mercancía ó en la ocasión perdida de una reventa beneficiosa en el lugar de destino; pero no era de prever la reventa en una plaza remota, por lo que, etc.»

En esta última hipótesis, si el retraso ó incumplimiento fuese imputable á dolo tuyo, estarás en la obligación de reembolsarme el lucro perdido, por no haber podido revender ventajosamente en una plaza remota la mercancía, conforme se me presentó la ocasión, porque la pérdida de tal ganancia, por mi parte, sería consecuencia inmediata y directa, retraso ó incumplimiento, y el deudor que incurre en dolo está obligado, según el art. 1.229, á responder de tales consecuencias. Por daños consiguientes, inmediata y directamente al incumplimiento, debe entenderse los que proceden necesariamente del incumplimiento ó retraso, sin que á producirlos ó aumentarlos haya contribuído el acaso ó un hecho del deudor.

Pongamos este ejemplo: tú te has comprometido á construirme una casa; si faltas dolosamente á tu compromiso, me veo obligado á proceder contra ti para obtener la deseada construcción; pero por impericia ó

(1) Decis. 8 Marzo 1878.

negligencia del constructor la casa edificada se hunde; ¿puedo exigirte el reembolso de los daños ocasionados por el hundimiento? No, porque éste no proviene directamente de tu incumplimiento, sino que ha mediado el hecho de un tercero que es completamente extraño á ti.

218. Cuando por consecuencia del incumplimiento el deudor se ve obligado á pagar el precio de la cosa debida, ¿á qué lugar se ha de atender para establecer dicho precio? Según los principios de nuestro procedimiento, el deudor puede ser demandado, tratándose de acciones personales, tanto en el lugar de su residencia ó domicilio, cuanto en aquel en que debió cumplirse la obligación. Ahora bien; si el deudor es citado en este último lugar, la cuestión á que aludimos no es proponible; resta, pues, examinar la hipótesis de que el deudor sea demandado ante un tribunal distinto de aquel en que la obligación debía ejecutarse. Toda duda se disipa si tenemos presente los principios establecidos por la ley sobre este punto. En efecto; el artículo 1.228 establece que tratándose de incumplimiento ó retraso debido á culpa del deudor, éste está obligado á los daños previstos ó que pudieron preverse al tiempo del contrato. Esto supuesto, examínese si el lugar establecido para la ejecución fué indicado para comodidad del deudor ó del acreedor, el cual hubiera podido exigir el cumplimiento también en otro lugar. En el primer caso no es de prever al tiempo del contrato el mayor precio que la cosa debida puede tener en otro lugar distinto de aquel en que se debió prestar, por lo que el acreedor no puede exigir más que el precio corriente en dicho sitio; en el otro caso, pudiendo, á elección del acreedor, cumplirse la obligación en uno ú otro lugar, es de prever el mayor

precio á que la cosa puede aspirar en alguno de ellos, y tiene, por tanto, el acreedor el derecho á preferir uno ú otro para la determinación del precio. Y si el deudor incurriese en dolo por el incumplimiento ó retraso, debiendo en tal caso el reembolso de daños que son consecuencia inmediata y directa de la inejecución ó del retraso, el acreedor que pruebe que pudo haber vendido beneficiosamente la cosa en otro lugar distinto de aquel en que debía ser prestada, tiene el derecho de ser indemnizado por dicha pérdida.

219. Pero, ¿á qué tiempo deberá atenderse para determinar el valor de la cosa debida si el deudor está obligado á indemnizar? «Conviene distinguir, dice exactamente la Apelación de Roma (1), entre la obligación pura y simple y la á plazo. Debe darse á la cosa el valor que ésta tenía al tiempo de la demanda, si la obligación es pura y simple; y si la obligación es á término, el valor que tuviera el día del vencimiento, porque el término forma parte de la obligación. Y si en uno y en otro caso la cosa hubiera aumentado de valor después de la demanda judicial ó después del vencimiento del plazo, no es ésta razón para condenar al deudor moroso al *quanti plurimi*. Porque hay que distinguir dos cosas muy esenciales: el valor de la cosa y el resarcimiento de los daños al acreedor, por la mora del deudor. Por lo que si el acreedor prueba que por la mora del deudor ha sufrido daño, el *quanti plurimi* le es debido á título de daño é intereses; pero si no ha sufrido daño, no puede haber lugar á condena por *quanto plurimi*. De consiguiente, el *quanto plurimi* no se debe tomar en consideración sino *per accidens*, es decir, si por mora del deudor el acreedor sufrió daño.

(1) Decis. 14 Marzo 1876.

220. A la liquidación de la indemnización debida puede procederse de tres modos: por ministerio del juez, por estipulación de las partes y por disposición de la ley. Si la hace el juez debe tener presente los criterios antes expuestos, en orden á la estimación de la cosa debida, así como á la determinación del daño emergente y lucro cesante, y admitirá al objeto cualquier medio de prueba permitido por la ley, recurriendo, si fuera preciso, al juramento de oficio ó estimatorio. Las partes pueden proceder á la liquidación de daños, tanto después del incumplimiento ó retraso, como en el momento de celebrar el contrato, y en previsión del posible incumplimiento futuro ó retardo. No es este el lugar de ocuparnos en la primera, por constituir una verdadera convención por sí misma, la cual no puede menos de tener fuerza de ley entre las partes que la aceptan. También la segunda tiene la misma fuerza obligatoria; en efecto, el artículo 1.230 dispone: «Cuando el contrato establece que el que falte á su ejecución deberá pagar una determinada suma, á título de daños, no se puede atribuir á la otra parte una suma mayor ni menor que aquélla; lo mismo sucederá si la determinación de los daños se hace en forma de cláusula penal, ó mediante arras, dadas al tiempo de cerrar el contrato.» Sobre este punto remitimos al lector á cuanto dijimos en el capítulo relativo á las obligaciones contraídas con cláusula penal.

221. Pasando á la tercer forma de liquidar, la señala la ley en un solo caso: cuando se trata de retraso en cumplir obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, disponiendo que, á falta de pacto especial, los daños consisten siempre en el pago de los intereses legales debidos desde el día de la mora, sin

que el acreedor esté obligado á justificar ninguna pérdida (art. 1.231).

La condición esencial para aplicar este artículo es que las partes no hayan estipulado nada en el contrato relativo al pago de dinero para el caso de mora; por lo que si se hubiese pactado que en caso de retardo se pague una pena, ó bien los intereses de un saldo, mayor ó menor que el establecido por la ley, se debe estar á lo pactado, que es ley entre las partes.

Supuesto, pues, el silencio de las partes, tiene lugar la liquidación hecha por la ley; y adviértase bien que los intereses legales son debidos por el deudor, no ya desde la fecha de la citación, sino desde el día en que por vencer el plazo establecido ó por intimación, se constituyó en mora; porque la ley tiene en cuenta la mora como punto de partida para el cómputo de los intereses moratorios (1).

Para exigir los intereses legales provenientes de mora, el acreedor no está obligado á justificar pérdida alguna; pero el deudor, ¿será admitido á probar que el acreedor no sufrió daño alguno por el retardo, ó lo sufrió en menor proporción que la prevista por la ley para librarse del pago de los intereses, ó para disminuir la tasa? Igualmente, el acreedor, ¿podrá demostrar que los daños sufridos por él son superiores á la medida de los intereses legales, con el objeto de pretender una indemnización mayor que la establecida en el art. 1.231? La primera cuestión no es, prácticamente hablando, proponible, porque no se podrá nunca demostrar que el acreedor, al recibir á su tiempo la suma debida, no la empleó ó la dió un empleo improductivo por lo menos de los intereses legales; por

(1) Consult. Cas. Turín, 15 Nov. 1876, etc.

lo que es inútil ocuparse en cuestiones que no tienen valor alguno práctico. Respecto de la segunda, la Apelación de Florencia (1) ha tenido ocasión de resolver que si el deudor asumió el mandato de pagar la suma á un tercero, y por su mora el acreedor se hubiese visto obligado á pagar él mismo directamente tomando á préstamo el dinero á un interés mayor que el legal, el deudor debe indemnizarle de la diferencia. Generalizando nosotros este concepto, afirmaremos que el legislador, en el artículo en examen, no ha previsto más que los daños ordinarios y comunes, no ya los que pueden ser propios del acreedor por la especialidad del caso en que se encuentra. Y en esta interpretación es necesario advertir que el legislador, si bien ha querido en el art. 1.231 proceder á una liquidación de daños, no ha pretendido con ello en modo alguno alterar el principio fundamental que obliga al que no cumple ó se retrasa, al resarcimiento de daños; por lo que, en virtud de este principio, el acreedor puede exigir una mayor indemnización correspondiente á la mayor entidad de los daños sufridos.

La disposición en examen como excepcional no puede ser interpretada extensivamente; por lo que limitándose el legislador á hablar de las obligaciones que tienen por objeto una suma en dinero, no puede su texto aplicarse á las prestaciones en especie que teniendo en cuenta los *mercuriales* pueden ser estimadas en dinero. Pero ¿se aplicará á la obligación de una suma no liquidada? Si el deudor se hubiese constituído en mora en la liquidación de su deuda, en la presentación, por ejemplo, del finiquito de su gestión, no hay duda que los intereses legales se deben á par-

(1) Decis. 3 Marzo 1870.

tir de la mora, porque los efectos de la sentencia, por ser ésta declarativa y no atributiva de derechos, se retrotraen al momento en que el deudor, por haber incurrido en mora, debía cumplir su obligación (1).

La tasa del interés legal se fija en el art. 1.831 en el cinco por ciento en materia civil y en el seis por ciento en materia comercial.

El legislador ha declarado en el art. 1.231, por vía de excepción á lo dispuesto en él, que quedan á salvo las reglas particulares del comercio, de la fianza y de la sociedad. De las primeras no debemos ocuparnos aquí, pues el legislador da reglas en el Código de comercio; en orden á la fianza observaremos al vuelo, por debernos ocupar en su debido lugar, que en el artículo 1.915 se dispone que el fiador que pagó tendrá acción no sólo por los intereses, sino por los daños; y por lo que se refiere á la sociedad, advertiremos que el artículo 1.710 obliga al socio que debía conferir á la sociedad una suma y que no la entregó, á pagar los intereses y á resarcir el daño.

222. Los intereses de los intereses ¿pueden ser debidos por el deudor? Respecto del interés compuesto hay razones en pro y en contra; en favor del mismo se dice que los intereses vencidos representan un capital fructífero; ¿por qué, pues, no le ha de ser lícito pedir que se le indemnice de esta pérdida, merced al pago de los intereses ya vencidos? Pero, en contrario se dice que el hacer fructíferos los intereses vencidos constituye la ruina de los deudores, que el interés social debe evitar, conteniendo dentro de ciertos límites las pretensiones del acreedor. El legislador patrio, entre estas dos opuestas corrientes, ha escogido una me-

(1) Apel. Milán, 18 Febrero 1875.

dia equitativa; no ha proscrito el interés compuesto, pero tampoco ha concedido una absoluta libertad; en otros términos, le admite con las siguientes condiciones: 1.ª Que se trate de intereses debidos por una anualidad entera, con excepción de las Cajas de Ahorros y de otros establecimientos semejantes, según sus respectivos reglamentos, á los cuales se atenderá para capitalizar los intereses de sus acreedores, aunque se deban por menos de un año. 2.ª Que sean pedidos en juicio, en cuyo caso se deben los intereses al tipo legal desde el día de la demanda judicial, ó bien que estén establecidos con pacto posterior al vencimiento de los mismos, y entonces se deberán en la medida pactada, salvo las excepciones establecidas por el uso en materia de comercio (art. 1.232).

Comencemos por examinar la primera condición. La ley establece que el interés legal ó convencional de intereses vencidos por deudas civiles, no comienza á contarse sino cuando se trata de intereses debidos por una anualidad entera. Ahora bien; transcurrido que sea un año de intereses, ¿pueden ser capitalizados también los vencidos posteriormente por un tiempo menor del año? No vacilamos en contestar afirmativamente, porque la ley no dice que los intereses pueden ser capitalizados por años, sino que no pueden capitalizarse si no se deben por un año entero. Transcurridos, por tanto, quince ó veinte meses de intereses, puedo pedir en juicio que éstos sean capitalizados, ó convenir con el deudor que me pague sobre los mismos un interés pactado, porque existe la condición exigida por la ley.

Respecto á la segunda observación, observemos que la ley no deja á la facultad del juez conceder ó negar los intereses del interés, sino que concurriendo las condi-

ciones exigidas por aquélla, el magistrado no puede rechazar la demanda del acreedor, porque éste ha adquirido un derecho á la capitalización de los intereses devengados, derecho que no puede el juez negarle (1). ¿Es preciso, sin embargo, que los intereses hayan vencido ya al tiempo de la demanda judicial, ó bien puede el acreedor demandar que, continuando en mora el deudor, corran á su favor los intereses de intereses que deban vencer después de un año? Al disponer la ley que los intereses de intereses comiencen á correr desde la demanda judicial, supone que los intereses hayan vencido ya al proponerse ésta; por lo que no puede admitirse la demanda en que se pidan intereses de los por vencer.

Si el interés compuesto se hubiera establecido en virtud de estipulación, esta debe ser posterior al vencimiento de los intereses que se quieren capitalizar; cuando tenga lugar antes, no poseerá ninguna eficacia.

223. Si un tercero paga los intereses por cuenta del deudor, su crédito contra éste constituye, no un crédito de intereses, sino de suma principal; por lo que las reglas referentes al interés compuesto no son aplicables al caso. En armonía con estos principios, el artículo 1.233 dispone que el tercero tiene derecho á exigir los intereses desde el día de la demanda judicial, en que pida la cantidad pagada por cuenta del deudor y por dicho título, ó bien exigir los establecidos por la convención en virtud de la cual ha pagado.

La misma regla es aplicable si se trata de rentas vencidas, como arrendamientos, alquileres y frutos de

(1) La Cas. de Turín cree que los intereses de los intereses se deben después de la demanda judicial, aun por título anterior al Código, siempre que sean devengados durante la vigencia de éste. Decis. 11 Mayo 1881.

rentas perpetuas ó vitalicias (art. 1.233). Pero, ¿de qué modo se entenderá que dichas rentas producen intereses desde el día de la convención? No alude, por cierto, el legislador á la convención en virtud de la cual se deben las rentas, porque de otro modo los intereses sobre dichas rentas se deberían de derecho; entiende, por el contrario, referirse á la convención en que sobre las rentas ya vencidas se establecerán intereses.

Pero se preguntará: ¿por qué el legislador, en los casos previstos por el artículo en examen, establece que los intereses transcurran desde la demanda judicial y no desde el día en que el deudor se constituye en mora? No encontramos una razón jurídica, porque el acto de intimación y la citación á juicio no pueden menos de producir, respecto á la mora y á sus consecuencias, los mismos efectos. Supondremos, por tanto, que por vía equitativa y con el fin de proteger con más eficacia los intereses ante las inmoderadas pretensiones del acreedor, la ley no se contenta con la intimación, sino que quiere un acto con el que se demuestre, más formal y eficaz, la voluntad del acreedor de ser satisfecho de su haber, y este acto no podía ser otro que la citación á juicio.

CAPITULO IV

ACCIONES Y DERECHOS DEL DEUDOR EJERCITADOS POR EL ACREEDOR

SUMARIO: 224. La facultad concedida al acreedor de ejercitar los derechos del deudor, es consecuencia de estar los bienes del deudor constituídos en prenda á favor de sus acreedores.—225. Doble objeto por el cual el acreedor puede ejercer los derechos del deudor.—226. Si este ejercicio se hace en interés de todos los acreedores.—227. Si el acreedor que ejercita las acciones del deudor es un mandatario legal del mismo.—228. ¿Qué excepciones puede oponer el tercero al acreedor?—229. ¿Qué interés se exige en el deudor para que pueda ejercitar las acciones del deudor.—230. Si el acreedor ha de ser autorizado por el juez para utilizar las acciones del deudor.—231. Si éste debe ser privado del derecho de libre disposición cuando el acreedor ejercita una de sus acciones.—232. El acreedor no puede ejercer los derechos exclusivamente personales del deudor.—233. ¿Qué derechos son exclusivamente personales?

224. Contraída por el deudor la obligación, sus bienes constituyen la garantía común de sus acreedores (art. 1.947), los cuales, por tanto, pueden ejercitar sus derechos para conseguir lo que se les debe. El derecho que el acreedor tiene de proceder sobre los bienes del deudor, es, por tanto, un derecho que se deriva del crédito y que no le trae ciertamente de su deudor. Pero al ejercitar el acreedor las acciones que de dicho de-

recho se derivan, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en reconocer que dicho ejercicio da algunas veces lugar al de un derecho propio del acreedor, mientras que otras da lugar al ejercicio de un derecho propio del deudor, y que el acreedor ejercita por él. Ahora bien, ¿cómo ocurre esto?

Cuando el acreedor procede contra los bienes que están en poder de su deudor, y le apremia para conseguir el pago de su deuda, se vale directamente de la garantía derivada de su crédito sobre los bienes del deudor y, por consiguiente, no hace sino ejercitar un derecho propio. Pero no siempre le es dado al acreedor poder proceder contra los bienes del deudor, porque éstos pueden encontrarse en poder del tercero. Ahora bien; si el deudor cuida de recuperar lo que le pertenece, ó si recuperándolo le es fácil sustraerlo á la acción de los acreedores, en tal caso el derecho de garantía que á éstos les corresponde sobre el patrimonio del deudor sería inútil. Por esto los acreedores tienen facultad de utilizar los derechos del deudor; con lo cual se valen de un derecho, ajeno al objeto de ejercitar sobre el producto ó materia del mismo un derecho propio, derivado del principio de que los bienes del deudor constituyen la garantía común de todos sus acreedores.

No debemos aquí ocuparnos del derecho propio del acreedor de proceder á actos ejecutivos sobre los bienes del deudor, del cual ya hablaremos en su lugar, sino del derecho que le corresponde de utilizar los derechos de su deudor, con arreglo al art. 1.234.

225. El fin para el cual se ejercita este derecho puede ser doble: el de conseguir el pago inmediato ó el de conservar los bienes del deudor para que sobre los mismos pueda obtenerse el pago cuando haya lle-

gado el tiempo de satisfacer la obligación. Cuando el acreedor haga valer la acción subrogatoria para obtener el pago inmediato, se presenta provisto de título ejecutivo contra su deudor y contra él procede á un verdadero acto de ejecución; pero no puede decirse igualmente que obra ejecutivamente contra el tercero, enfrente del cual esgrime el derecho correspondiente á su deudor. Pongamos el ejemplo de la prenda en poder de tercero. No hay duda que en este caso el acreedor ejerce la acción subrogatoria al demandar en juicio al deudor de su deudor; ahora bien, procede ejecutivamente contra su deudor porque trata de apoderarse del derecho de éste en satisfacción de su deuda, pero no contra el tercero, limitándose á obtener contra éste una providencia en que se obligue á pagar al acreedor secuestrante en vez del acreedor suyo propio. Pero no siempre el acreedor se presenta provisto de un título ejecutivo, porque su derecho puede estar sujeto á término ó condición, y pendientes éstos no puede ejecutar al deudor. Sin embargo, ya ha vinculado en su favor el patrimonio del deudor, puesto que el derecho de garantía sobre los bienes del mismo se adquiere inmediatamente al surgir el crédito y no por efecto del título ejecutivo obtenido contra el deudor. Ahora bien; si el acreedor adquiere, no obstante el defecto de título ejecutivo, la garantía sobre los bienes del deudor, y si la acción subrogatoria no es más que una consecuencia de esta garantía, es claro que dicha acción corresponde al acreedor aun cuando éste no haya conseguido un título ejecutivo contra su deudor. En este caso, no obra en vía ejecutiva, sino en vía conservativa; esto es, con el fin de mantener intacto el patrimonio del deudor para proceder á su debido tiempo contra el mismo. Pero adviértase que el pro-

cedimiento conservativo de que hablamos es cosa muy distinta de los demás actos ó procedimientos conservativos, propiamente dichos, de que la ley se ocupa. Porque los propiamente tales como el secuestro, tienden á sustraer á la acción del deudor sus bienes ó derechos, impidiendo así al mismo que disponga de ellos con perjuicio para el acreedor; mientras que al ejercitar la acción subrogatoria por vía conservativa no se quiere sustraer los bienes á la disponibilidad del deudor, sino que queden en su patrimonio para conservar sobre ellos el derecho de prenda que á los acreedores corresponde, sobre todo al patrimonio del común deudor.

226. De estos distintos modos de ejercitar la acción subrogatoria depende la solución de una controversia no exenta de interés práctico.

Trátase de saber si el acreedor que ejercita la acción subrogatoria la ejercita en su propio interés, ó en el de los demás acreedores, que, por consiguiente, están en el derecho de aprovechar los resultados obtenidos con la misma. La solución es bien fácil, si se atiende al propósito que mueve al acreedor. Porque si no trata más que de conservar lo que forma parte del patrimonio de su deudor, no puede proceder en su interés propio exclusivo, sino también en el de los demás acreedores, que tienen el mismo derecho de prenda que él, sobre los bienes que se quiere conservar. Y si el acreedor, al ejercer las acciones del deudor, trata de conseguir el pago inmediato, procediendo por vía ejecutiva contra el deudor, no puede conseguir tal fin, sino haciendo que se le adjudique ó que se venda en favor suyo cuanto el tercero debe. Ahora bien; los demás acreedores pueden intervenir en el juicio de ejecución y ser admitidos á participar de lo que el ter-

cero debe al deudor; pero si no intervienen y se adjudica al acreedor instante lo que el tercero debía al común deudor, habiendo ya salido la cosa definitivamente del patrimonio de éste, es claro que los demás acreedores no pueden ejercitar sobre la misma ningún derecho.

227. El acreedor, que con arreglo al art. 1.234 ejerce los derechos y acciones del deudor, ¿qué cualidad jurídica reviste? ¿Es un mandatario legal de su deudor? No se le puede atribuir tal cualidad, á nuestro juicio, sin contravenir á los principios reguladores del mandato. En efecto; el acreedor que se vale de la facultad que le concede el artículo dicho, ¿obra en su interés ó en el del deudor? Obra, sin duda, en interés propio, porque la ley le concede tal facultad para la consecución de lo que se le debe. Ahora bien; el mandato ¿se da en el interés del mandante ó del mandatario? No puede vacilarse en responder que en el del primero y no en el del segundo, puesto que en el artículo 1.737 se define cómo el contrato, en virtud del cual una persona se obliga á cumplir un asunto por cuenta de otra que le da este encargo; luego el acreedor, que ejercitando los derechos del deudor obra en su interés y no en el de éste, no puede tener el carácter de mandatario ó apoderado. Y no teniéndolo, nos parece inexacto afirmar que, al valerse de la facultad que el artículo en examen le concede, no haga más que ejercitar una acción subrogatoria, que tiene por objeto colocar al acreedor en el puesto del deudor, y hacer que el primero utilice sus derechos. Creemos, por el contrario, que el acreedor, al ejercitar los derechos y acciones de su deudor, no los ejercita como mandatario ó subrogado de éste, sino en virtud de un derecho propio, que no toma en modo alguno de su deudor.

Todos admiten, en efecto, que la disposición del artículo 1.234 es una consecuencia del principio que sujeta los bienes del deudor al vínculo de prenda en favor de todos sus acreedores. Ahora bien; este derecho de prenda no es un derecho que el acreedor toma á préstamo del deudor, sino suyo propio, consecuencia directa é inmediata de su derecho de crédito; luego todo lo que se haga en virtud de tal derecho no se puede llevar á cabo sino invocando un derecho propio y valiéndose del mismo. Es verdad, y ya lo hemos dicho, que la ley y la doctrina admiten que el acreedor se sirva del derecho ajeno al ejercitar el del deudor; pero también lo es que la distinción entre el caso en que el acreedor *utitur jure proprio* y aquel en que *utitur jure debitoris* no se refiere á la esencia del derecho sino al modo como lo ejercita.

Porque ya sea que el acreedor obre *jure proprio* al perseguir los bienes que posee el deudor, ya obre *ex juribus debitoris*, tratando de revestir al patrimonio de éste todo lo que de él forma parte en uno y otro caso, el fundamento de su acción es siempre la garantía que le corresponde sobre los bienes del deudor; por lo que no hace más que valerse siempre de un mismo derecho, el de prenda, derecho propio no prestado por el deudor. Luego si en relación al modo como este derecho se ejercita y para distinguir una y otra forma de ejercicio se introduce la distinción mencionada, esto no puede referirse á la esencia del derecho, que es siempre la misma, sino al modo de su ejercicio.

De estos principios derivan dos consecuencias: la una es, que si el tercero promueve juicio contra el acreedor con el objeto de ejercitar el derecho del deudor, no hay obligación de citar á éste y el juicio es

perfecto aunque á él no asista. Porque si el acreedor, valiéndose de la facultad que le concede el art. 1.224, ejercita un derecho propio, el juicio es siempre perfecto desde el momento en que en él toman parte aquel á quien corresponde el derecho y aquel contra el cual puede hacerse valer. El deudor puede, es verdad, intervenir en el juicio, y cada una de las partes puede pedir su intervención y puede también ordenarla el juez de oficio; pero si no comparece ó si no es citado no puede decirse que el juicio no sea válido. La otra consecuencia es que la sentencia pronunciada entre el acreedor y el tercero no puede nunca constituir cosa juzgada respecto del deudor que no tomó parte en el juicio; porque el acreedor obrando *jure proprio* no puede ser considerado como el legítimo representante del deudor.

228. Si el acreedor, al ejercer el derecho de su deudor, no hace más que valerse del suyo propio, es preciso no hacer del derecho del acreedor y del deudor una sola cosa. El deudor, por ejemplo, tiene un derecho de crédito contra Sempronio, y yo acreedor procedo contra Sempronio para conseguir lo que debe á mi deudor: ahora bien; en este procedimiento aparecen dos cosas distintas que no pueden confundirse: el derecho de crédito contra Sempronio, propio de mi deudor y que forma parte de su patrimonio, y mi derecho de prenda sobre este derecho de crédito, que me da acción contra el deudor de la suma que constituye parte de la garantía de mi crédito; por lo que ejercito un derecho ajeno en virtud de uno mío propio: el derecho de prenda. Esto supuesto, es claro que en cuanto yo ejercito mi derecho ajeno no puedo ejercitarlo sino en el mismo modo en que lo puede ejercitar aquel á quien corresponde; por lo que todas las excepciones

que el tercero pudo oponer á su acreedor directo puede oponérmelas á mí, que ejercito el derecho de éste; pero no puede oponerme las que me podría oponer si el derecho fuese cosa mía. Pongamos un ejemplo. Si el tercero ostenta un crédito contra su acreedor, puede oponerme á mí, que ejercito las acciones de mi deudor, la excepción de comparación, como la podría oponer á su acreedor si le hubiese demandado directamente en juicio; pero si el tercero es mi acreedor por cantidad líquida exigible, no puede oponerme la compensación porque yo no soy su acreedor, sino que él es mi deudor, y todos sabemos que la compensación no está admitida más que entre deudor y acreedor.

Si el tercero no puede oponerme más que la excepción que hubiera podido oponer á su acreedor, es lógico que yo no pueda valerme contra él sino de los mismos medios que se hubiera valido mi deudor si hubiese procedido directamente. Supongamos que el tercero presenta una declaración, conseguida de mi deudor, de la cual resulta su liberación; ¿puedo yo sostener que la fecha de dicha declaración no es la verdadera y que es posterior al secuestro hecho por mí en los bienes del tercero? No; porque mi deudor no habría podido desconocer la fecha de la escritura privada, por hacer ésta, con arreglo al art. 1.230, plena fe entre los que la suscribieron. Entiéndase que yo no puedo impugnar la fecha mientras me limito á ejercitar el derecho de mi deudor; por lo que podré impugnarla si yo impugno *jure proprio* la declaración como hecha en fraude de mis derechos (1).

229. La facultad de utilizar los derechos y acciones del deudor es concedida por la ley al acreedor

(1) Apel. Casal., 17 Nov. 1866.

con el solo objeto de conseguir cuanto á éste se le debe. Esta expresión del artículo en examen arroja cierta incertidumbre sobre la cualidad del interés que se exige en el acreedor para poder usar dicha facultad. En efecto; se puede preguntar: ¿puede el acreedor á su capricho preferir que se le pague con el producto de un derecho determinado, correspondiente á su deudor, en vez de pagarle con otros bienes que éste posea, ó bien verse en la necesidad de utilizar contra el tercero el derecho correspondiente á su deudor? Para resolver la cuestión, acudamos á los principios. El acreedor tiene, es verdad, un derecho de prenda sobre todos los bienes de su deudor, de modo que, en virtud de éste, puede apoderarse de cualesquiera de ellos. Por otro lado, el ejercicio del derecho correspondiente al deudor implica una verdadera molestia contra el tercero, el cual podía no haber sido molestado por su acreedor directo, y se resuelve en una disminución de la libertad natural del deudor, el cual, al tener un derecho, puede disponer de él ó no, según le agrade. Es preciso, por lo tanto, armonizar los dos opuestos principios: el de que todos los bienes del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores y el de que el derecho de libre disposición que corresponde al deudor sobre sus bienes y el del tercero de no ser molestado por aquel hacia el cual no tiene ninguna obligación, no pueden quedar al capricho del acreedor. ¿Cuál es el objeto para el cual se concede al acreedor un derecho de prenda sobre todos los bienes del deudor? El de asegurarle el pago de su crédito; ahora bien, cuando el acreedor asegura el pago de su crédito con los bienes que el deudor posee, cesa el objeto para el que se le concede la garantía sobre sus derechos y acciones, y no hay razón para mantener la ga-

rantía, que se resolvería en una injusta vejación del deudor y del tercero. Para ejercitar, pues, la facultad del art. 1.934, debe probar el acreedor que le es imposible conseguir el pago de lo que se le debe con los bienes que posee el deudor.

Pero ¿debe el acreedor, para suministrar esta prueba, haber hecho previamente exclusión en los bienes del deudor? La ley no lo exige, y el intérprete no puede poner restricciones que no se encuentran en el texto de la ley. Basta, por tanto, que la insolvencia del deudor se demuestre con cualquier medio de prueba permitido por la ley, para que el acreedor pueda valerse de la facultad que le concede el artículo en examen.

230. Para ejercitar tal facultad, ¿es necesario que el acreedor se haya hecho autorizar del juez? La afirmativa se sostiene basándose en el siguiente razonamiento: como se ha dicho, el acreedor no puede por su autoridad sola apoderarse ni entrar en posesión de los bienes de su deudor, ni tampoco puede utilizar los derechos y acciones del deudor sin el consentimiento de éste ó sin subrogación judicial (1). Este razonamiento no nos parece concluyente. El derecho que tiene el acreedor de ejercitar las acciones del deudor es un derecho suyo propio, derivado del de crédito, por lo cual es un derecho como todos los demás. ¿Hay, pues, necesidad de autorización judicial para ejercitar un derecho? No; luego esta autorización no es necesaria para ejercitar el derecho que concede el art. 1.234. Por otra parte, la ley misma excluye la necesidad de tal autorización. En efecto; el art. 715 del procedimiento civil dispone que todo acreedor de un acreedor

(1) Apel. Brescia, 11 Dic. 1873.

interesado en el juicio de graduación, puede intervenir en él, ya para hacer valer y conservar los derechos de su deudor, ya para que se le adjudique la cantidad que le corresponde. Ahora bien; en el caso previsto por este artículo, el acreedor ejercita, sin duda, el derecho correspondiente á su deudor; y, sin embargo, la ley no le exige que impetre la autorización judicial; luego si ésta está excluída por la ley en un caso, no hay razón para exigirla en el otro (1).

231. Mientras el acreedor ejercita el derecho correspondiente á su deudor, ¿está éste privado de la facultad de disponer libremente del mismo? Distingamos el caso en que el acreedor procede por la vía ejecutiva para obtener el inmediato pago de su crédito, de aquel en que procede por la conservativa, esto es, para hacer volver al patrimonio del deudor el producto de su derecho y á su tiempo proceder contra el mismo para ser satisfecho de cuanto se le debe.

En la primera hipótesis, hecho el pignoramiento en manos del tercero, de la suma ó cosa que debe al deudor, éste queda privado de la facultad de disponer de ellas, y el tercero debe retener la suma ó cosas á disposición de la justicia. En la otra hipótesis, no teniendo el acreedor otro objeto que hacer volver al patrimonio del deudor el producto de su derecho, este fin puede ser perseguido por el mismo deudor y el acreedor no puede oponerse á que el deudor se valga de su derecho disponiendo de él como mejor le plazca. Podrá discutirse si los actos de disposición realizados por el deudor van ó no encaminados á defraudar los derechos del acreedor, y entonces habrá llegado la ocasión de ver si el acreedor puede ó no impugnar tales actos,

(1) Apel. Bolonia, 17 Mayo 1877.

del modo que veremos en el capítulo siguiente; pero no pueden considerarse nulos sólo porque el acreedor haya tratado de ejercitar el derecho correspondiente á su deudor.

232. ¿Cuáles son los derechos del deudor que puede ejercitar el acreedor para la consecución de lo que se le debe? Todos, dice el art. 1.234, menos los inherentes á la persona del deudor; pero, ¿cuál es el criterio para determinar si un derecho es ó no inherente, exclusivamente á la persona del deudor? La ley habla algunas veces de derechos meramente personales. En efecto; en el art. 1.193 leemos que el deudor solidario no puede oponer al acreedor las excepciones que son personales solamente á algunos de los otros deudores; en el art. 1.707 se establece que quien es capaz de obligarse no puede oponer la incapacidad del menor, del interdicto, del inhabilitado ó de la mujer casada con quien ha contratado, de lo que se deduce que el derecho de impugnar la obligación contraída es un derecho personal del menor, del interdicto, etc.; y en el art. 1.899, se dice que la fianza puede prestarse para una obligación que pueda ser anulada por una excepción meramente personal del obligado, como en el caso de la menor edad; en el artículo 1.927 se lee que el fiador no puede oponer las excepciones personales al deudor. Ahora, ¿es de estos derechos, exclusivamente personales á la persona, de los que habla el art. 1.234? No; y lo prueba el texto y el espíritu de la ley. En efecto; si el legislador hubiese querido referirse en el art. 1.234 á los derechos personales, de que hablan los otros artículos del código, ¿por qué añadir el adverbio *exclusivamente?* No pudiendo, pues, suponer que el legislador emplee pleonasmos ó se sirva de expresiones inútiles, de-

bemos suponer que el adverbio *exclusivamente* se ha puesto para distinguir los derechos á que se refiere el art. 1.234, de los demás derechos personales que se mencionan en otros artículos del Código. Por otro lado, los derechos meramente personales de que nos ofrecen ejemplo los artículos citados, ¿no forman parte del patrimonio de aquél á quien pertenecen? Y respecto de ellos, ¿milita acaso alguna razón para impedir su ejercicio al acreedor, que trata de conseguir lo que se le debe? Los derechos de que hablan los artículos citados son personales, no en el sentido de intransferibles, sino de que sólo pueden atribuirse á una de las partes contratantes. Ahora, si los incapaces pueden ceder á otros sus derechos de impugnar una obligación contraída, ¿qué razón jurídica hay para impedir al acreedor utilizar este derecho para conseguir su crédito?

233. Si los derechos *exclusivamente* personales no deben confundirse con los *meramente* personales, debemos ahora ver qué derechos se comprenden bajo la primera denominación. Debemos, en primer lugar, comprender los derechos que, considerados en sí mismos, tienen un valor moral antes que pecuniario, por ejemplo, los de ciudadanía y familia; y como éstos son inalienables, el acreedor no puede utilizarlos para un fin meramente pecuniario. Es verdad que del derecho concerniente al estado de una persona puede depender un derecho pecuniario, como, por ejemplo, el de sucesión; se preguntará, pues, en este caso, si el acreedor puede utilizarle. La negativa es indudable, porque la índole del derecho debe deducirse de su misma esencia, no de sus consecuencias; por lo que, dominando siempre en estos derechos el elemento moral muy por cima del material, no puede concederse

al acreedor la facultad de utilizarlos para un fin exclusivamente económico. La ley establece una excepción á este principio en orden á ciertas causas de nulidad del matrimonio, dando facultad á los interesados para deducirlos (art. 104); pero fuera de las excepciones establecidas por la ley, en todos los demás casos debe prohibirse al acreedor el ejercicio de los derechos morales correspondientes á su deudor. Pero si la cuestión de estado fuere promovida por el deudor ó tercero, ¿será lícito al acreedor defenderse para que se le admita á ejercitar el derecho patrimonial correspondiente al deudor? Ticio, por ejemplo, está en posesión del estado de hijo legítimo de Sempronio, y como tal, debe considerarse su heredero legítimo; Cayo, acreedor de Ticio, para conseguir el pago de su crédito, ejercita un derecho comprendido en la sucesión legítima: ahora bien; si el deudor declara que impugna su estado de aparente legitimidad, ¿deberá, sin más, prohibirse al acreedor que ejercite el derecho que forma parte de la sucesión, ó se le admitirá á defenderse contra la impugnación del deudor? El acreedor, en este caso, no promueve una cuestión de estado civil, sino que, aceptando el estado aparente en cuya posesión está el deudor, ejercita el derecho dependiente de tal estado; por lo tanto, si al acreedor no le fuese permitido defenderse contra la impugnación del deudor ó del tercero, el derecho que le concede el art. 1.234 correría el peligro de ser ilusorio, pudiendo el estado civil aparente ser impugnado al objeto de privar al acreedor de su derecho.

Entre los derechos morales están los de hacer revocar la donación por ingratitud y el concedido á la mujer para hacer separar sus bienes de los del marido; porque aunque el producto de dichos derechos forme

parte del patrimonio, sin embargo hay en ellos un interés moral que bien puede inducir, á quien los posee, á no valerse de ellos, y tal interés moral no puede ser desconocido por el acreedor.

Entre los derechos patrimoniales hay algunos inalienables é intransmisibles, como los de uso y habitación; de tales derechos no puede valerse el acreedor por oponerse á ello su índole especial. Igualmente, tratándose de renta constituída á título gratuito y declarada no sujeta á embargo por el art. 1.800, el acreedor no puede ser admitido á utilizar el derecho del deudor, porque no puede beneficiarse de su producto.

Entre los derechos patrimoniales se comprenden los relativos á la administración y disposición de las cosas concernientes al patrimonio. Tales derechos, comoquiera que no son ejercitables contra un tercero obligado á favor del deudor, no pueden ser ejercitados por el acreedor, el cual, por lo tanto, no puede pretender inmiscuirse en la locación ni en la venta ú otros actos con que el deudor disponga de su patrimonio, salvo la impugnación, si fueron realizados en fraude de acreedores.

CAPITULO V

DE LA ACCIÓN PAULIANA

SUMARIO: 234. Fundamento de esta acción. Caracteres que la distinguen de la estudiada en el capítulo anterior.—235. Sólo pueden ejercitar la acción pauliana los acreedores anteriores al acto impugnado.—236. Cuestiones relativas á la fecha del crédito y del acto impugnado.—237. Los acreedores hipotecarios pueden valerse de la acción revocatoria.—238. Si pueden ejercitarla los acreedores á término ó bajo condición.—239. Para utilizar la pauliana es preciso que haya habido fraude por parte del deudor.—240. Si existen determinados actos que excluyen el fraude por parte del deudor.—241. El fraude se exige en el tercero en los actos á título oneroso y no lucrativo.—242. Qué actos, según este principio, deben conceptuarse á título gratuito y cuáles á título oneroso.—243. No basta el fraude para que nazca la acción pauliana; se exige también el daño.—244. Si es proponible contra los terceros mediatos.—245. Efectos de la acción revocatoria entre el acreedor y el tercero.—246. Idem entre el deudor y el tercero.—247. Idem entre el acreedor que demanda y los demás acreedores del mismo deudor, así como entre el dicho acreedor y los acreedores del tercero.—248. Cuándo prescribe la acción revocatoria.—249. Diferencias entre ésta y la que tiene por objeto declarar la simulación del acto del deudor. Caracteres propios de esta última.

234. Pueden también los acreedores, dice el artículo 1.235, impugnar en su propio nombre los actos del deudor en fraude de sus derechos. Esta facultad

concedida á los acreedores, se funda también en el principio de que los bienes del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. Aunque la facultad concedida al acreedor de ejercitar los derechos y acciones de su deudor y la de impugnar los actos realizados por él en fraude de sus derechos, tengan un fundamento común entre una y otra, existe una diferencia esencial. La primera supone que el deudor no ejercite sus derechos, y contra esta *omisión* surge el acreedor disponiéndose á ejercitar los derechos de su deudor; la segunda, por el contrario, supone un hecho ó *comisión* del deudor, encaminada á defraudar, ó mermar, el derecho de prenda que el acreedor tiene sobre los bienes del deudor, y la impugnación del acreedor tiende á impedir que el acto fraudulento produzca sus efectos en daño suyo. Además de esto, el acreedor que se vale de la facultad que le concede el art. 1.234, no hace sino ejercitar un derecho del deudor; mientras que valiéndose de la concedida por el art. 1.235, procede *jure proprio*, esto es, no hace lo que habría hecho él mismo, sino que se opone en virtud del derecho derivado de su crédito á cuanto éste ha realizado fraudulentamente en perjuicio suyo, con el fin de que vuelva al patrimonio del deudor lo que dolosamente ha salido del mismo.

Esta última acción, concedida por la ley al acreedor, se llama revocatoria, porque tiende á que se considere como no celebrado el acto del deudor en fraude del acreedor. Respecto á ella debemos examinar: 1.°, á qué acreedores corresponde; 2.°, qué elementos deben concurrir en el acto del deudor y del tercero, para dar lugar á la acción referida; 3.°, contra quién puede ejecutarse; 4.°, cuáles son sus efectos.

235. Teniendo por objeto la acción revocatoria ó

pauliana (llamada así del pretor Paulo, que fué quien primero concedió á los acreedores tal remedio) impedir que el deudor disminuya fraudulentamente la garantía que el acreedor adquirió sobre el patrimonio de aquél, es claro que el acreedor debe haber adquirido el derecho de prenda sobre los bienes del deudor antes de que éste realizase el acto fraudulento; por lo que los acreedores anteriores al acto que se quiere impugnar, pueden valerse de la acción pauliana, como también los que se hayan subrogado en un crédito anterior (1). Se exceptúa, sin embargo, de este principio el caso en que el acto se haya realizado fraudulentamente con objeto de perjudicar un crédito posterior (2). Pero tal excepción no tiene, á nuestro juicio, fundamento jurídico. En efecto; si el acreedor no lo fuera en la fecha en que el acto se realizaba, no puede decirse con verdad que el deudor haya disminuído la garantía que le correspondía á aquél sobre el patrimonio del mismo; y si esta disminución de garantía no se ha operado porque el acreedor que surge posteriormente adquiere el derecho de prenda sobre el patrimonio del deudor en el estado en que éste se encontraba, ¿en qué se basará la demanda para la revocación del acto? Por otra parte, para que el acto pueda ser impugnado, es necesario que se realice en fraude del acreedor, pero si el acreedor existe aún en el momento en que el acto se realiza, ¿cómo puede decirse que se haya realizado en fraude de sus derechos? Por tanto, en lugar de la acción pauliana creemos que al acreedor le corresponde, en este caso, la acción derivada del art. 1.151. En efecto; se trata de

(1) Cas. Nápoles, 2 Diciembre 1880.
(2) Consult. Cas. Turín, 21 Marzo 1866 y otras.

un hecho doloso constitutivo de delito ó de cuasi-delito, y en daño de tercero, por lo que el que haya participado del dolo está obligado al resarcimiento del daño, consecuencia del hecho doloso (1).

236. ¿A quién corresponde la prueba de que el acto impugnado es anterior al crédito? La cuestión no puede proponerse, cuando tanto el acreedor como el acto realizado sean de fecha cierta frente á todos, sino cuando uno de ellos tenga fecha cierta y el otro no, ó bien ninguno de los dos. Supongamos, en primer lugar, que es cierta la fecha del crédito, pero no lo es la del acto realizado por el deudor; en tal caso el acreedor, no procediendo *ex juribus debitoris, sino jure proprio,* no puede considerarse como causahabiente de su deudor, y no está obligado, por tanto, á respetar la fecha aparente del acto anterior á la de su crédito; por lo que el deudor y el tercero tienen la obligación de suministrar los equivalentes que con arreglo al artículo 1.327 sustituyen á la certidumbre de la fecha. Supongamos, por el contrario, que la fecha del acto fraudulento es cierta, pero no lo es la del crédito; ahora bien; si la fecha de este último aparece anterior á la del primero, ¿estará obligado á respetarla el que ha contratado con el deudor? Si el tercero lo es de buena fe, es completamente extraño al negocio celebrado entre acreedor y deudor, por lo que la fecha incierta de la escritura privada no le es oponible; y si el que contrató con el deudor lo hizo de mala fe, esto es, tuvo participación en el fraude, no puede ya asumir la representación de tercero contra el acreedor, porque así como no es tercero el deudor frente á él, tampoco puede serlo el que con el deudor se ha concertado

(1) Maierini, *Della Revoca.*, núm. 82.

para defraudarle. Por otra parte, es bastante conocido el principio de que nadie puede aprovecharse de la mala fe; no es, pues, lícito fundarse en ésta para ser considerado como tercero frente al deudor. Suponiendo, por último, que ni el crédito ni el acto realizado por el deudor tengan fecha cierta, con respecto á todos, es también aplicable la distinción entre el tercero de buena y de mala fe; porque si el causahabiente del deudor lo es de buena fe, se reputa tercero frente al acreedor, y, por consiguiente, como éste no puede oponerle la fecha aparente de su crédito anterior al acto impugnado, puede impugnar, sin embargo, la fecha del acto que aparezca anterior á su crédito, y en ambos casos la cuestión se resuelve aplicando el principio *actore non probante reus absolvitur*. Si, pues, el causahabiente del deudor lo es de mala fe y no asume el carácter de tercero ante el acreedor, no puede impugnar la fecha aparente del crédito anterior al acto, mientras el acreedor puede negarse á reconocer la fecha falsa del acto que aparezca anterior al crédito.

237. Un acreedor que tenga hipoteca sobre el fundo que el deudor ha donado ó vendido en fraude de sus derechos, ¿puede utilizar la acción pauliana? Se dice en contra que el acreedor hipotecario puede perseguir el fundo en manos del tercero, y aun sacarle á pública subasta en el caso de que se intente el juicio de liberación, por lo que no tiene interés en ejercitar la acción reivindicatoria, por lo cual debe negársele. Nosotros creemos que el estar provisto el acreedor de hipoteca no excluye en él el interés de emplear la acción reivindicatoria; porque si puede ejercitar la acción hipotecaria, puede también emplear la acción correspondiente á todo acreedor escriturario sobre los

bienes del deudor, procediendo, por ejemplo, al pignoramiento de los frutos del fundo ó de la renta debida al deudor; ahora bien; si el acto fraudulento le impide ejercitar aquellos derechos que todo acreedor puede ejercitar, merma, indudablemente, la garantía de su crédito; por lo que es manifiesto el interés de impugnar el acto fraudulento. La ley, por otra parte, concede la acción revocatoria á todos los acreedores indistintamente; ¿quién autoriza, pues, al intérprete para introducir una distinción que no se encuentra en la ley? «Ni hay motivo justo, dice la apelación de Lucca (1), para denegar á los acreedores hipotecarios, aparte de la acción hipotecaria, el ejercicio de la rescisoria, por no existir entre estas dos acciones ninguna verdadera incompatibilidad, dada su diversa naturaleza y fin que persiguen. Sería, además, injusticia patente no conceder á los acreedores hipotecarios una acción que no se niega á los escriturarios, obligando á los primeros á respetar y dejar que se lleven á cabo las enajenaciones hechas por el deudor en fraude de sus derechos, si no pueden ó no quieren *rescatar* el precio, ó proceder á la expropiación contra el tercer poseedor.»

238. El acreedor á término ó bajo condición, ¿puede ejercitar la revocatoria antes de que haya llegado el término, ó que la condición se haya cumplido? El acreedor á término ó bajo condición adquieren, sin duda, un derecho, que encuentra su garantía en el patrimonio del deudor; ahora bien, si la acción revocatoria es una consecuencia de esta garantía, es claro que no puede negarse el ejercicio de ella al acreedor á término, ni al acreedor bajo condición. Pero es preci-

(1) 11 Febrero 1871.

so no olvidar una observación importante, la de que en el acreedor se exige un interés actual para utilizar la pauliana, interés que no se da en el acreedor á término ó condicional, porque puede suceder que al vencimiento del término ó al cumplimiento de la condición, se encuentre en el patrimonio del deudor lo bastante para poder satisfacer al acreedor, y dándose esta hipótesis, no tendría ciertamente el derecho de ejercitar la acción pauliana. ¿De qué modo, pues, conciliar estos dos opuestos principios? A nuestro juicio, con una providencia que ponga á salvo á un tiempo los derechos del acreedor y los del tercero, obligando á éste último á dar garantía al acreedor por el importe del daño que pueda sentir á su tiempo; por el acto fraudulento se ponen en salvo los intereses de éste último y no se expone al tercero á sufrir la revocación del acto antes que se haya demostrado si el acreedor tuvo ó no interés en obtener la revocación.

239. Pasemos á los requisitos de la acción pauliana. Ya hemos dicho que la acción revocatoria se concede al acreedor, con el fin de impedir que el deudor disminuya dolosamente las garantías que aseguran la exigibilidad de sus derechos de crédito; luego dos elementos son indispensables para el ejercicio de tal acción: el fraude, esto es, *consilium fraudis*, y la real, disminución de la garantía que ponga en peligro la exigibilidad del crédito, *eventus damni*. Hablemos separadamente de ambos.

Al tratar del incumplimiento de las obligaciones por efecto de dolo por parte del deudor, vemos en qué debe consistir éste; ahora bien, la definición dada del dolo, causa del incumplimiento, conviene al dolo ó fraude que se requiere para el ejercicio de la pauliana. Porque cuando el deudor, realizando un acto que disminuye

su patrimonio, sabe que, por efecto del mismo, la condición de sus acreedores se hace peor, hasta el punto de serles difícil ó imposible la completa exacción de su crédito, esto basta para que se le considere en dolo, no pudiendo éste consistir sino en el conocimiento que se tiene de la índole del acto y de los efectos que produce en el momento que se realiza (1). Suponiendo, por tanto, que el deudor en el momento en que realizaba el acto de enajenación, era solvente y que su insolvencia posterior es debida á caso fortuito, no puede nunca decirse que la enajenación se haya hecho en fraude, porque no pudiendo prever el deudor el caso fortuito posterior, no podía, en el momento en que se realizaba el acto, tener conciencia de las consecuencias que éste había producido en daño de sus acreedores.

No hay ningún texto legal que establezca una presunción de fraude, aun cuando se trate de acto á título gratuito (2); por lo que el acreedor que sostiene que el deudor enajenó ó donó en fraude de sus derechos, está obligado á probarlo. Esta prueba puede ser suministrada mediante indicios bastantes para engendrar en el ánimo del juez el convencimiento de que el deudor tuvo, en realidad, la intención de defraudar á sus acreedores.

Pero no creemos oportuno ocuparnos de tales indicios, cuales son, por ejemplo, la clandestinidad del acto, el parentesco entre los contratantes, la mezquindad del precio, la falta de causa racional, etc.; porque tales indicios no tienen valor absoluto, sino que deben ser apreciados teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso.

(1) Cas. Roma, 26 Septiembre 1883; Maierini, *Della revocca degli atti fraudolenti*, núm. 97.

(2) Cas. Florencia, 12 Mayo 1885.

240. Si el fraude no se presume, sino que debe ser demostrado, ¿hay actos que excluyen por sí mismos todo fraude por parte del deudor? Examinemos algunos sobre los cuales puede surgir la duda. En primer lugar, el pago de una deuda vencida ¿puede estar afecto de fraude cuando, con ocasión del mismo, sea preferido un acreedor á todos los demás, los cuales se vean en la imposibilidad de conseguir el saldo de sus haberes? Digamos ante todo que la cuestión planteada se refiere exclusivamente á las deudas civiles, porque las deudas mercantiles están sujetas á reglas especiales de que ya nos ocuparemos. Esto sentado, responderemos que un acto de este género está siempre inmune de fraude, por la sencilla razón de que no puede considerarse disminuída la garantía de los acreedores sobre los bienes del deudor cuando la disminución del patrimonio de éste es consecuencia del derecho de prenda concedido sobre el mismo á otro acreedor. En efecto; siendo igual la condición de todos los acreedores en orden á la garantía que les concede la ley sobre los bienes del deudor, es claro que todos deben vigilar y proceder igualmente para obtener la satisfacción de sus créditos; por lo que los más diligentes tienen una causa justa de preferencia sobre los demás (1). Pero *¿quid juris* en el caso en que se haya pagado por el deudor un crédito á término, ó condicional, antes de que llegase el término ó se verificase la condición? La deuda á término es una deuda incierta; el acreedor tiene derecho á exigirla cuando llega la fecha establecida para el pago; si se le paga antes del vencimiento del término, no se beneficia en la suma debida, sino en los intereses que pueda de-

(1) Cas. Turín, 18 Abril 1883.

vengar desde el día en que paga hasta aquel en que el pago debió efectuarse; por lo que el fraude del deudor podría tener por objetivo la disminución de su patrimonio resultante de la pérdida de dichos intereses, por lo que respecto á éstos puede utilizarse la acción revocatoria. En cuanto al pago de una deuda condicional, puede darse el caso de que el acreedor se beneficie de la suma á que el mismo asciende, si la condición no se cumple; por lo que un acto de este género puede dar lugar á fraude, y estar, por lo tanto, sujeto á la acción pauliana.

La hipoteca, la prenda ú otra garantía concedida posteriormente á uno de los acreedores, sin que éste tuviese el derecho de exigirla, es un acto que puede contener fraude en perjuicio de los acreedores, porque la prestación de lo que no se debe se resuelve en una disminución del patrimonio propio; por consiguiente, si la disminución es fraudulenta, no hay razón para declararla no sujeta á revocación. Igualmente el pago de una obligación natural, por no producir vínculo jurídico, disminuye la garantía de los acreedores, y contra ella, si es fraudulenta, puede invocarse la acción pauliana.

241. Considerado el fraude por parte del deudor, pasemos á considerarle por parte del tercero que contrató con el deudor. A este propósito dispone el artículo 1.235 que, tratándose de acto á título oneroso, el fraude debe resultar por parte de ambos contratantes; mientras que tratándose de acto á título gratuito basta que el fraude haya intervenido por parte del deudor, ¿cual es el fundamento de esta distinción?

Cuando el tercero contrata á título oneroso con el deudor, no se beneficia á costa del patrimonio de éste, porque entrega el equivalente de lo que recibe; por lo

que no puede decirse de él que haya tratado de enriquecerse en perjuicio de otro. Por tanto, si encuentra una responsabilidad frente al acreedor de aquel con el cual ha contratado, no puede encontrarla sino cuando acarrea con su acto un daño injusto; ahora bien, este daño es injusto cuando el hecho que le causó es doloso, porque si el tercero fuera de buena fe no haría más que ejercitar un derecho, por efecto del cual no puede ser considerado responsable para con nadie; es justo, por tanto, que se exija en el tercero que contrata á título oneroso el concurso de la mala fe para que el acreedor pueda ejercitar contra él la acción revocatoria. Por el contrario, cuando el tercero recibe del deudor á título lucrativo realiza una ganancia efectiva; por lo que si ésta no puede tener lugar sin perjuicio de los que adquirieron derecho general de prenda sobre las cosas dadas, cabe la acción pauliana aun en el caso en que haya habido buena fe, por no ser lícito á nadie enriquecerse con daño de otro.

Tampoco, respecto del tercero, se exige para considerarle fraudulento que haya querido perjudicar á los acreedores; basta que supiera, al contratar, que el deudor perjudicaba á aquéllos. En derecho romano se daba al fraude este significado, y no se hablaba en el edicto del pretor más que del simple conocimiento del fraude; *ait prætor quæ fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoravit, de his actionem dabo.*

242. Ya vemos al principio de este volumen cuáles son los actos á título oneroso y cuáles á título gratuito y no hemos de repetirlo; limitaremos solamente nuestro examen á ciertos actos en los cuales, por efecto de la acción pauliana, pueda surgir cualquier duda

relativa á su índole. La constitución de dote, ¿es acto lucrativo ú oneroso? En otros términos: si el deudor constituyese con sus bienes una dote, ¿puede el acreedor proceder con la revocatoria contra la dotada y su marido, aunque por parte de éstos no haya habido fraude? Constituye la dote respecto de la mujer un acto de liberalidad por parte del dotante, porque ésta no devuelve nada como correlativo; por lo que diremos sin vacilar que, contra la mujer, el acto es impugnable aunque exista buena fe por parte de ella. Pero respecto del marido ya es otra cosa. Éste, en efecto, no hace suyos los bienes constitutivos de dote y no puede considerársele, por lo tanto, como donatario. Lo que el marido percibe de la dote son los frutos, por lo que el marido se lucra con éstos. Pero tiene como correlativo el deber de alimentar á la mujer y los hijos; por lo que adquiere los frutos á título oneroso. De aquí que si el marido va de buena fe, el acreedor no puede utilizar la pauliana durante el matrimonio, sino á su disolución, cesando entonces todo derecho del marido sobre los bienes dotales.

La *datio in solutum,* mientras se contiene en los límites del crédito, no puede ser impugnada, porque cuando un acreedor no recibe nada más de lo que debe, los demás no pueden reclamar. Sólo en el caso en que la cosa dada *in solutum* excede el valor del crédito, el acto puede ser impugnado por los acreedores en cuanto á dicho exceso. Pero en esta hipótesis el acto, por lo que respecta á dicho exceso, ¿debe considerarse á título oneroso ó á título gratuito para saber si es ó no necesario el fraude de tercero para dar lugar al ejercicio de la acción pauliana? Creemos que el acto es oneroso porque la naturaleza de cada acto se debe deducir de su conjunto ó de su totalidad. En

efecto; el que recibe una cosa *in solutum* la recibe en pago de un correlativo; por consiguiente, si el que recibe percibe el beneficio derivado del derecho de propiedad sobre la cosa dada *in solutum,* el que da ésta percibe á su vez el beneficio de liberarse de una obligación; por lo que á tenor del art. 1.101 el acto no puede ser más que oneroso. Es necesario, por tanto, probar que el tercero fué partícipe del fraude para sujetarle al ejercicio de la acción revocatoria (1). Pero en el caso en que la *datio in solutum,* teniendo en cuenta las intenciones de los contratantes, contenga una verdadera donación por lo que excede del valor del crédito y que se ha querido tener oculta, no se exigirá al tercero el concurso de mala fe, porque en cuanto aceptó la donación recibió á título gratuito y no puede, por tanto, declinar las consecuencias.

La fianza, ¿es acto gratuito ú oneroso? Es verdad que el fiador no recibe nada en pago de la fianza, pero también es verdad que aquél á cuyo favor la presta ha dado ó hecho alguna cosa para obligar al deudor y al fiador; por consiguiente, la fianza es siempre un acto á título oneroso ante el acreedor. Pero no puede decirse otro tanto frente á la persona principalmente obligada hacia la cual el fiador empeña gratuitamente su nombre y su fortuna en favor de ella, porque ésta no se expone á ningún sacrificio ni corre ningún riesgo para obtener la fianza, y, por lo tanto, con respecto á ella, débese reputar acto gratuito. De aquí que la fianza no está sujeta á la acción revocatoria contra la persona á favor de la cual se prestó, sino en caso de que el fiador haya participado del

(1) Apel. Lucca, 26 Junio 1874; Apel. Messina, 2 Julio 1877.

fraude en favor del deudor; mientras que respecto á la persona garantida puede ser impugnada con la pauliana aun cuando vaya de buena fe, y puede, por consiguiente, ser obligada á dar caución á los acreedores para el caso en que el fiador fuese obligado al pago.

La donación hecha onerosamente, ¿deberá considerarse acto gratuito? Responderemos que tal donación participa de la índole de ambos actos; porque hasta la concurrencia de las cargas impuestas al donatario, la donación es á título oneroso, mientras que en cuanto al exceso es á título lucrativo; si se trata, pues, de revocar la donación en lo que excede de la carga, no es necesario la mala fe del donatario; pero si se la quiere impugnar también en la parte que representa el correlativo de la carga impuesta al donatario, debe probarse que tuvo participación en el fraude del deudor.

Los contratos aleatorios, por último, son siempre, á nuestro modo de ver, onerosos, aun cuando se verifique el evento más favorable para aquel respecto del cual se realizaron. Podrá en cada caso especial discutirse si el acto contiene una donación disfrazada; pero desechada la idea de donación, el acto es siempre á título oneroso, porque cada uno de los contratantes ha tratado de obtener un beneficio de dicho acto, por lo que no está sujeto á la acción revocatoria si no se demuestra la mala fe de quien contrató con el deudor.

243. El otro elemento indispensable para utilizar la acción pauliana consiste en el daño del acreedor, *eventus damni;* importa ante todo determinar en qué consiste dicho daño. Conocido es el principio de que el deudor, por estar sus bienes sujetos al vínculo general de prenda á favor de sus acreedores, no pierde el de-

recho de disponer libremente de los mismos. Pero si, por un lado, se quiere que el derecho de prenda concedido á los acreedores sea serio, y, por el otro, se quiere mantener al deudor el derecho de libre disposición sobre sus bienes, es preciso armonizar estos dos principios de modo que el uno no destruya al otro. Y no hay otro modo sino que el deudor pueda, sin que sus actos queden sujetos á la impugnación de sus acreedores, disponer de sus bienes siempre que en su patrimonio queden los suficientes para garantir el pago completo de todas sus deudas y que su facultad de disponer libremente termine cuando no queden suficientes bienes para el referido objeto. Por tanto, el daño ó perjuicio que los deudores deben sentir por el acto del deudor no puede consistir sino en la disminución de la garantía concedida á éstos y que compromete la exigibilidad de sus créditos. Pero tales daños deben ser una consecuencia inmediata del acto realizado por el deudor, porque sólo en el caso en que los derechos de los acreedores corran peligro de quedar sin satisfacer por las enajenaciones del deudor, es cuando cesa en éste el derecho de libre disposición (1). Suponiendo, por tanto, que el acto realizado por el deudor no le haga insolvente, sino que su insolvencia provenga de reveses de fortuna, no podrá ser impugnado por no ser el causante del perjuicio á los acreedores. Y no basta que el daño derive del acto; es necesario, además, que perdure en el momento en que se ejercita la acción pauliana; porque si el deudor se hizo insolvente por el acto realizado, pero adquirió solvencia en el momento en que el acto se impugna á causa, por ejemplo, de donación ó herencia, falta el interés de impugnar el acto, y sin interés no hay acción.

(1) Cas. Turín, 14 Mayo 1883.

La prueba del daño debe ser sin duda suministrada por el acreedor que utiliza la revocatoria; pero para suministrarla ¿será necesaria la previa excusión en los bienes del deudor? Creemos necesaria una distinción: si en el patrimonio del deudor no quedaron bienes de ninguna clase y esto se acredita en juicio, ó quedaron muchos menos de los necesarios para el pago, de modo que les sea difícil á los acreedores el proceder á la ejecución, en tales hipótesis no es racional exigir la previa excusión del deudor: no lo es, en efecto, en la primera, porque sería un acto inútil y dispendioso para el acreedor desde el momento en que no hay bienes; tampoco lo es en la segunda, porque el acreedor no puede ser obligado á una ejecución difícil, la cual, en cuanto á él, se considera imposible. Si, por el contrario, en el patrimonio del deudor se encuentran bienes, pero insuficientes para el pago completo de las deudas, en tal caso la previa excusión del deudor es necesaria, porque no estando el tercero expuesto por la revocatoria sino hasta la concurrencia del perjuicio sufrido realmente por los acreedores que impugnaron el acto, como á su debido tiempo probaremos, la previa excusión se dirige á establecer el *quantum* del perjuicio sufrido por los acreedores que agitan la pauliana (1).

244. Pasemos ahora á hablar de las personas contra las cuales la revocatoria es proponible. El tercero de que hemos hablado anteriormente es el tercero inmediato, esto es, el que trae su causa inmediatamente del deudor; pero supongamos que las demás personas traigan su causa del tercero inmediato: ¿podrán los acreedores utilizar la acción pauliana contra los terceros mediatos? Distingamos ante todo los causaha-

(1) Cas. Palermo, 23 Agosto 1879.

bientes á título universal de los á título particular. Los primeros representan á la persona misma de su autor, y no puede haber, por consiguiente, duda de que las acciones proponibles contra el *de cujus* lo son igualmente contra ellos. Pero los segundos no representan en modo alguno á la persona de su autor; por lo tanto, no pueden estar obligados hacia los acreedores de éste sino en cuanto con su fraude hayan contribuído á acarrearlos un perjuicio, ó bien se hayan beneficiado indebidamente con daño de aquéllos. Ahora bien; para que los terceros mediatos puedan encontrarse en alguna de estas condiciones son necesarias dos cosas: la primera, que la pauliana sea proponible contra el tercero inmediato, porque si contra éste no pudiesen impugnar los acreedores el acto realizado por el deudor, la distracción hecha por éste de su patrimonio sería legítima é inatacable; ahora bien: ¿cómo podría esta distracción considerarse posteriormente ilegítima por haber pasado la cosa á manos de los nuevos adquirentes? La otra es que el tercero mediato, teniendo en cuenta la índole del acto celebrado entre él y el tercero inmediato, se encuentre en las mismas condiciones en que éste habría debido encontrarse para quedar sujeto á la pauliana. Es preciso, por consiguiente, ver si el tercero mediato adquirió la cosa á título oneroso ó á título lucrativo. En el primer caso, para estar sujeto á la pauliana, debe haberla adquirido de mala fe, esto es, con aquel conocimiento mismo que tenía su autor inmediato del estado de insolvencia en que se colocaba el deudor por consecuencia de dicho acto; porque si el tercero mediato adquirió de buena fe, no puede contraer responsabilidad de ninguna clase. En el segundo caso, como la buena fe del tercero inmediato que adquiere

del deudor á título gratuito no le sustrae á la acción revocatoria ejercitada por los acreedores, tampoco impide dicha buena fe el ejercicio de la misma acción respecto del tercero mediato adquirente á título gratuito, porque nadie debe enriquecerse con daño de otro.

Respecto á los terceros inmediatos es preciso tener en cuenta el último párrafo del art. 1.235, concebido así: «Pero en todo caso, la revocación del acto no produce efecto en daño de terceros que no participaron del fraude y que hubieren adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad á la inscripción de la demanda revocatoria.» Esta disposición, ¿se aplicará indistintamente á los actos onerosos, como á los gratuitos, en virtud de los cuales hayan adquirido los terceros mediatos? En cuanto á los primeros, su significación es indudable. Porque si el tercero mediato adquirió á título oneroso con posterioridad á la inscripción de la demanda revocatoria, no puede alegar su buena fe para sustraerse á la pauliana, porque siendo la demanda de revocación, documento público, no puede alegar su ignorancia respecto de ella. Por lo que si el tercero mediato adquirió de buena fe y á título oneroso antes de la inscripción de la demanda, no cabe la acción pauliana. Pero ¿se dirá lo mismo de los actos gratuitos en virtud de los cuales el tercero mediato adquirió antes de la demanda? Y aquí surgen las dudas. En efecto; podría observarse que dicho artículo no distingue entre actos gratuitos y onerosos, para deducir que, aun cuando el tercero mediato haya adquirido de buena fe y á título gratuito con anterioridad á la inscripción de la demanda, no debería ser expuesto á la acción de la pauliana. Pero nosotros no creemos que sea este el sentido de la ley. En primer

lugar, la buena fe del tercero le basta para salvarle de la pauliana cuando adquiere á título oneroso, no cuando adquiere á título gratuito. Ahora bien; la expresión *terceros que no participaron del fraude* no puede referirse solo á los actos á título oneroso, pues respecto á ellos la buena fe del tercero puede tener eficacia para provocar á los acreedores de la pauliana. Y desde el momento en que, respecto de los actos gratuitos, no influye la buena ó mala fe del tercero en el ejercicio de aquélla, no es posible que en orden á estos actos el legislador haya atendido á la buena fe del tercero para sustraerle á la acción revocatoria, poniéndose en abierta contradicción con el primer párrafo del mismo art. 1.235. En segundo lugar, el tercero adquirente á título gratuito, no pudiendo enriquecerse con daño de tercero, está obligado con acción personal á restituir lo que le haya beneficiado; ¿y qué influencia puede ejercer sobre una acción personal la inscripción del acto de adquisición? Si se tratase de acción real, comprenderíamos que el tercer donatario que inscribiese su título antes de la demanda tuviese preferencia; pero estando obligado personalmente por su indebido enriquecimiento, sobre su obligación no puede influir la inscripción adquisitiva.

245. Queda por hablar de los efectos de la demanda de revocación, examinándolos desde un triple punto de vista, esto es, en sus relacioens con el acreedor que agita la pauliana y el tercero, en las que median entre el deudor y el tercero y, por último, entre el acreedor que demanda y los demás acreedores del mismo deudor y del tercero.

Comencemos por los acreedores y el tercero.

El fin de la pauliana ¿es pedir la nulidad del acto realizado por el deudor en fraude de los derechos de

sus acreedores? No, porque es preciso no exagerar los derechos de éstos. En verdad, éstos, en tanto pueden impugnar los actos realizados por el deudor, en cuanto por efecto de los mismos el deudor suprime la garantía; el fin, pues, de la pauliana no puede ser otro que restaurar esta garantía, porque obtenido este objeto debe cesar dicha acción.

El acreedor, pues, no puede demandar que el acto del deudor se anule y exigir que el tercero restituya, sino que obligará al tercero por el perjuicio sufrido. Si yo, por lo tanto, tengo un crédito de mil liras y mi deudor se hace insolvente enajenando con fraude y de concierto con el adquirente un fundo de 20.000 liras, debo considerarme satisfecho si el demandado restituye la parte del fundo adquirido que basta para pagar mi crédito (1).

Con la guía de este principio fundamental resolveremos algunas cuestiones importantes en la práctica. Se pregunta si el tercero debe responder de la pérdida ó deterioro de la cosa que se demanda con la revocatoria. Como no puede hablarse de la responsabilidad del tercero por pérdida ó deterioro sino cuando el demandante sufre daño, y sólo por el valor del daño, es necesario distinguir entre el tercero que adquirió á título oneroso ó á título lucrativo. El primero, si es de mala fe, debe al acreedor los daños producidos por su fraude; por lo que debe responder de la cosa por el valor del daño, á no ser que se pruebe que se hubiera perdido en poder del deudor; porque entonces el acreedor debería repetir su perjuicio de una eventualidad forzosa y no del concierto fraudulento entre deudor y tercero. Por el contrario, el que adquiere á título gra-

(1) Cas. Turín, 5 Septiembre 1866.

tuito, como de buena fe, no debe los daños; pero sí el valor en que se enriqueció en perjuicio del acreedor; por consiguiente, si la cosa donada perece, aun por su culpa, no hay enriquecimiento ó lo hay pequeño, y no puede responder de la pérdida. Si hay mala fe, debe equiparársele, por lo que se refiere á las consecuencias del fraude, al tercero que adquiere á título oneroso, participando del fraude del deudor.

El tercero demandado con la pauliana, ¿debe responder de los frutos percibidos? Creemos que no, sin distinción entre el de buena ó mala fe, porque destinándose los frutos al consumo, se hubieran consumido igualmente por el deudor si la cosa hubiese seguido en su poder, y los acreedores, por tanto, no hubieran podido aprovecharse de ella. Falta, por tanto, aquí el perjuicio seguido á los acreedores, y como éstos en tanto pueden ejercitar la pauliana en cuanto sufren perjuicio, cuando no le hay falta el fundamento de la acción. Es verdad que al hablar del pago hecho por el deudor á uno de sus acreedores antes de llegar el término para poderle exigir, dijimos que la persona satisfecha debe responder de los intereses por ella percibidos; y se nos dirá que nos contradecimos. Toda contradicción desaparece, sin embargo, si se reflexiona que en la hipótesis de que nos hemos ocupado anteriormente los intereses constituyen el objeto inmediato de la distracción hecha por el deudor de su patrimonio, por lo que no pueden ser considerados como verdaderos intereses, sino como suma principal; mientras que en la hipótesis actual los frutos conservan su carácter de cosa accesoria y de consumo, y no constituyen el objeto de la distracción hecha por el deudor.

246. Examinando ahora los efectos de la pauliana entre el deudor y el tercero, es lo cierto que, como el

acreedor no puede pedir la nulidad del acto, tampoco puede pedirlo el deudor en relación con su causahabiente. De aquí que, pagado el acreedor ó acreedores que impugnan el acto, lo que resta de la cosa distraída por el deudor no vuelve al patrimonio de éste, sino que pertenece al tercero, que de él adquirió á título oneroso ó lucrativo. Pero ¿podrá el tercero exigir del deudor el reembolso del precio y la indemnización de daños? Distingamos entre el que adquiere á título oneroso ó lucrativo. Respecto del primero, el deudor debe siempre la restitución del precio, á no ser que se estipulase la exclusión de la garantía, y el tercero supiese el peligro de la evicción del acto de la venta ó comprase á riesgo y ventura (art. 1.485). Pero no creemos que pueda exigir la indemnización de daños, porque requiriéndose la mala fe para poder dirigir contra él la pauliana, esta su participación en el fraude, que es causa del daño sufrido, le sujeta á sus consecuencias dañosas. Respecto al adquiriente á título gratuito, el núm. 2 del art. 1.077, dice que el donante está obligado á la evicción cuando ésta dependa del dolo ó de hecho personal del donante; y como el que dona lo suyo en fraude de acreedores expone al donatario á la evicción á consecuencia de su dolo, así éste tiene el derecho á que el donante deudor le preste la evicción. Pero ¿qué es lo que se puede exigir de éste? Distingamos dos cosas que no deben confundirse: el lucro de la donación y la pérdida del donatario, á que puede verse expuesto, por ejemplo, por mejoras hechas en las cosas donadas. En cuanto al lucro no creemos que el donante esté obligado á pagar al donatario el precio de la cosa donada, porque á causa de su mala fe no puede verse expuesto con el donatario á la indemnización de daños derivada de la misma, y entre los

daños no puede comprenderse la pérdida del lucro derivado de la donación por no haber en el donante ninguna obligación de proporcionar este beneficio al donatario. La deuda, pues, del donante obligado á la evicción, no puede ir más allá de las pérdidas sufridas efectivamente por el donatario en su patrimonio como consecuencia de haberse revocado la donación en su favor. Esto en tesis general, pero en nuestro caso los acreedores no agitan una acción real reivindicatoria contra el donatario, sino personal, por lo que se ha enriquecido en perjuicio de ellos. Por tanto, si el donatario lo es de buena fe, no puede estar expuesto á ninguna pérdida, porque si pudiera ser así, respondería de más de lo que le ha enriquecido en daño ajeno; lo cual es contrario á los principios. Supongamos, por ejemplo, que le dona un valor de ciento; si el donatario gasta veinte, ya para conservar, ya para mejorar, los acreedores deberán permitir al donatario retener los veinte gastados por éste, porque no constituye tal cantidad enriquecimiento. Por lo tanto, el donatario de buena fe no puede tener acción contra el donante, porque no sufre ninguna pérdida. Queda, por último, el caso en que el donatario, por haber procedido de mala fe, esté expuesto á sufrir pérdidas ante los acreedores que proponen la pauliana, pero en tal caso el haber participado del fraude le impide obtener el resarcimiento de daños, que son consecuencia del fraude común.

247. La revocación del acto, obtenida por alguno de los acreedores, ¿aprovecha á los demás deudores que no propusieron la pauliana? Al hablar del ejercicio que el acreedor puede hacer de los derechos y acciones del deudor, vimos que este derecho aprovecha también á los demás acreedores, siempre que el acree-

dor instante no hubiera procedido por la vía ejecutiva para que le adjudiquen bienes; pero respecto á la pauliana debemos suponer que cada acreedor la propone por su cuenta, por lo que no aprovecha á los demás. La razón de la diferencia es que cuando el acreedor no hace más que ejercitar los derechos de su deudor no puede ejercitarlos sino como los habría ejercitado su autor; y como ejercitándolos el deudor su ejercicio aprovecharía indistintamente á todos los acreedores, así al ejercitarlos el acreedor debe aprovechar á los demás. Por el contrario, con la pauliana no se utiliza un derecho del deudor, sino propio y por propia cuenta, porque un acreedor no es un mandatario; por lo que su ejercicio sólo aprovecha al que lo hace. Los demás acreedores deberán, pues, ó utilizar la revocatoria, ó intervenir en el juicio y asociarse al acreedor instante, si tratan de aprovechar el beneficio de la revocación.

Pasemos ahora á considerar otra hipótesis: la de que con el acreedor que propone la pauliana concurran los acreedores del tercero. No hace falta indicar que la duda no puede surgir cuando los acreedores que proponen la pauliana tengan un derecho preferente de hipoteca ó privilegio, porque es claro que en este caso pueden hacer valer su derecho de preferencia ante cualquiera; por consiguiente, nuestro examen se limita á la hipótesis de que el actor sea un acreedor escriturario y respecto del cual pueda surgir alguna duda. Si los acreedores del tercero son hipotecarios y sus inscripciones son anteriores á la de la demanda de revocación, conservan el derecho adquirido en virtud del último párrafo del artículo en examen, y son, por lo tanto, preferidos al mismo acreedor escriturario que propone la pauliana. Si fue-

ran escriturarios no podrán ejercitar sus derechos sobre los bienes que por la pauliana vuelven al deudor, por no tener derecho alguno sobre ellos, pues si lo adquirieron, lo pierden desde que dejan de pertenecer al deudor.

248. La ley no fija á los acreedores ningún plazo para el ejercicio de la revocatoria, y siendo ésta distinta de la de nulidad, no puede aplicársela el de cinco años del art. 1.200. Por lo tanto, no puede estar sujeta á la prescripción de treinta años, computable desde el acto fraudulento.

249. No debe confundirse con la pauliana la acción para declarar simulado un acto del deudor. Porque esto es un acto inexistente que no puede hacer salir del patrimonio del deudor los bienes aparentemente enajenados; por lo que el acreedor que pide se declare la simulación, ejercita un derecho del deudor. De lo cual se deduce que también los acreedores posteriores al acto simulado pueden pedir que se declare su simulación, por tener un derecho general de prenda sobre los bienes que se encuentran en el patrimonio del deudor (1); que no se exige fraude por no tener valor alguno el acto simulado, aunque realizado de buena fe; que la simulación pedida aprovecha á todos los acreedores, porque á todos ellos aprovecha el ejercicio que el acreedor hace de un derecho de su deudor, y que no se exige la previa exención del deudor, aplicándose aquí las reglas que rigen el ejercicio de las acciones del deudor por parte del acreedor.

Observaremos también aquí que los acreedores no tienen el derecho de hacer declarar la simulación de un acto realizado por el deudor, si el acto que se pre-

(1) Cas. Nápoles, 2 Dic. 1880.

tende simulado no resulta un perjuicio á sus derechos; porque donde no hay interés no hay acción (1). Pero no es necesario que el acto simulado perjudique directamente los derechos del acreedor, sino que basta que en el momento en que se demanda, exista para los acreedores el interés de valerse de su acción, si bien este interés no existiera en el momento en que el acto se realizó (2).

(1) Apel. Venecia, 3 Dic. 1880.
(2) Apel. Perugia, 16 Febrero 1879.

FIN DEL TOMO XIII

ÍNDICE

Páginas.

INTRODUCCIÓN

1. La obligación como vínculo se resuelve en una limitación de la libertad natural.—2. En qué consiste dicha limitación.—3. La obligación está constituída por un vínculo jurídico.—Valor de esta expresión.—Si existen en derecho patrio obligaciones naturales.—4. Aspecto subjetivo y aspecto objetivo de la obligación.—Cuál es el sujeto de la obligación y cuál su objeto.—Acreedor y deudor.—5. División del tratado de las obligaciones..... 1

TÍTULO PRIMERO

CAUSAS DE LAS OBLIGACIONES

6. Diversas causas ó fuentes de las obligaciones.—División de este primer título..... 10

PARTE PRIMERA

DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO PRIMERO

Nociones generales del contrato.

7. Definición del contrato.—Sus elementos.—Estipulación.—Vínculo jurídico.—8. Contratos unilaterales y contratos bilaterales.—Carácter de unos y otros.—

Páginas.

9. Contratos á título oneroso y á título gratuito.—Criterio para distinguir unos de otros.—El Código no reconoce contratos de índole mixta.—10. Contratos aleatorios.—Su índole.—Qué motivos los justifican.—11. Contratos solemnes y no solemnes.—Inexistencia y nulidad del contrato.—Si las partes pueden establecer formas solemnes para los contratos.—12. Contratos nominados é innominados.—Por qué el legislador no reproduce esta distinción..... 11

CAPÍTULO II

Requisitos de los contratos.

13. Primer requisito de los contratos.—Capacidad.—14. Segundo: consentimiento válido.—15-16. Cuándo se da el acuerdo de dos consentimientos.—17. Primera causa que invalida el consentimiento.—18. El error que anula el contrato es el que cae sobre la esencia de la cosa.—19. Error sobre la persona.—20. Error de derecho.—21. El error como causa de nulidad puede existir en uno solo de los contratantes.—22. Si el error produce la nulidad del contrato sólo en el caso en que origine perjuicio.—23. Si quien contrata por error está obligado al resarcimiento de daños al otro contratante.—24. Segunda causa que vicia el consentimiento.—Dolo: su afinidad con el error.—Sus diferencias.—25. Concepto del dolo según el Código.—26. Cuándo es causa de nulidad.—27. Tercera causa.—Violencia.—Su concepto.—28. Si el temor que no procede de violencia vicia el consentimiento.—29. De cualquier persona que proceda es causa de nulidad.—30. A qué personas debe ser dirigida la violencia para que sea causa de nulidad.—31. La violencia no es causa de nulidad si no obró sobre la voluntad de aquel contra quien iba dirigida.—32. Tercer requisito.—Objeto.—Qué se entiende por tal.—33. Qué cosas pueden ser objeto del contrato.—Cosas futuras.—34. El objeto del contrato debe ser deter-

Páginas.

minado por lo menos en especie.—35. Prohibición de los pactos sucesorios.—36. Si es aplicable á la herencia de personas ausentes.—37. La buena ó mala fe de los contratantes es extraña á la aplicación del concepto prohibitivo.—38. Cuarto requisito.—Causa lícita.—39. Para la validez del contrato no se exige que la causa sea expresa.—40. La obligación sin causa ó fundada en causa falsa ó ilícita no tiene existencia.—41. Inexistencia de la causa.—42. Causa falsa.—43. Causa ilícita.—43 bis. Si tiene causa ilícita la convención en que se promete una retribución al que concierta un matrimonio..... 24

CAPÍTULO III

Efectos de los contratos.

44. Distinción entre los efectos del contrato y los de la obligación.—45. Promesa de contrato futuro.—46. Los contratos tienen fuerza de ley.—47. Los contratos deben ser celebrados con buena fe.—48. La propiedad, cuya transmisión constituye el objeto del contrato, se adquiere por el solo efecto del consentimiento.—49. Se presume que cada cual contrata para sí y para sus herederos.—50. También se puede estipular por los causahabientes.—51. Los contratos no favorecen ni perjudican á tercero.—52. No se puede contratar en nombre propio sino por cuenta de uno mismo.—53. La estipulación á favor de tercero, en el caso en que se admite, produce efecto cuando es aceptada por éste.—54. A quién aprovecha la no aceptación ó la revocación de lo estipulado á favor de tercero.—55. Promesa de un hecho ajeno.—A qué está obligado el que la hace.—Su ratificación por parte del tercero.—Efectos de la misma.. 73

Páginas.

CAPÍTULO IV

Interpretación de los contratos.

56. En los contratos debe atenderse más á la voluntad de las partes que al sentido literal de las palabras.—Aun cuando estas sean claras, ha lugar á interpretar la voluntad de las partes.—No debe confundirse la interpretación con la definición del contrato.—57. Reglas dictadas por el legislador para interpretar la voluntad de los contratantes.—Si son absolutas de modo que su violación dé lugar al recurso de casación.—58. Primera regla de interpretación.—Artículo 1.132.—59. Regla segunda.—Art. 1.133.—60. Regla tercera.—Art. 1.134.—61. Regla cuarta.—Artículo 1.135.—62. Regla quinta.—Art. 1.136.—63. Regla sexta.—Art. 1.137.—64. Regla séptima.—Art. 1.138.—65. Regla octava.—Art. 1.139..... 97

PARTE SEGUNDA

DE LOS CUASI-CONTRATOS

CAPÍTULO PRIMERO

Generalidades.

66. Diferencia entre el contrato y el cuasi-contrato.—67. El cuasi-contrato resulta de un hecho voluntario y lícito.—Por qué debe ser el hecho voluntario y lícito.—Dos clases de cuasi-contratos reconocidos en el derecho patrio..... 107

CAPÍTULO II

De la gestión de negocios ajenos.

68. Concepto de la gestión.—Su diferencia con el mandato.—69. La gestión es cosa distinta del hecho del que promete la ratificación de la persona por cuenta

Páginas.

de la cual contrata.—70. La gestión debe ser un hecho voluntario.—*Quid* si gestionamos asuntos propios creyendo gestionar los ajenos ó viceversa.—71. Si por el hecho de la gestión puede quedar obligado el incapaz.—Acción *de in rem verso*.—72. Qué obligaciones contrae el gestor.—73. Cuándo se supone que el gestor administró bien.—74. Obligación del mismo con el gerente.—Obligación del mismo con los terceros.—75. Si hay gestión cuando el interesado se opuso á que el extraño se inmiscuyese en sus asuntos..... 110

CAPÍTULO III

Del pago de lo indebido.

76. Cuándo hay pago de lo indebido.—Inexistencia de la deuda.—Acreedor distinto de aquel á quien han pagado.—77. Deudor distinto del que paga.—Se repetirá si se paga por error.—78. Excepción á este principio.—79. Acción de reembolso contra el verdadero deudor.—80. Quién puede ejercitar la acción por pago de lo indebido.—81. Obligación del que recibió el pago de lo indebido.—82. Qué pruebas debe presentar el que quiere repetir el pago.—83. Prestación de cosa indebida.—Enajenación de la misma.—Referencia..... 120

PARTE TERCERA

DE LOS DELITOS Y CUASI-DELITOS

CAPÍTULO PRIMERO

De la responsabilidad que se deriva de un hecho propio.

84. Concepto del delito civil.—La diferencia con el penal.—85. Concepto del cuasi-delito.—Culpa.—86. Carácter que debe revestir el hecho de que se deri-

Páginas.

va la responsabilidad civil.—87. Si es ilícito el hecho cuando se hace uso de una facultad concedida por la ley.—88. La culpa, aun levísima, hace surgir la responsabilidad civil.—89. Segundo carácter.—90. Tercer carácter.—Concepto del daño.—Si consiste en dolor físico ó en ofensas al honor, debe ser resarcido pecuniariamente..... 131

CAPÍTULO II

De la responsabilidad derivada de un hecho ajeno y de la en que se incurre por daños en las cosas custodiadas.

91. Fundamento de la responsabilidad por un hecho ajeno.—92. Responsabilidad del padre por los daños ocasionados por un hijo menor de edad.—93. Condiciones para que esta responsabilidad exista.—94. Cuándo cesa.—95. Responsabilidad del tutor.—96. Responsabilidad de los dueños ó mandantes.—97. Del amo por un hecho del criado.—98. Qué se exige para que nazcan las relaciones entre comitente y comisionado.—99. Si el Estado es comitente en orden á sus empleados.—100. Responsabilidad de los preceptores.—101. Responsabilidad por el daño ocasionado á un animal.—102. Responsabilidad por daños ocasionados á otros á causa de nuestras cosas.—103. Otras personas responsables..... 142

CAPÍTULO III

Estimación del daño.

104. Criterio para valuar el daño producido por el delito ó cuasi-delito.—Es distinto de aquel que sirve para valuar el daño por incumplimiento de una obligación contractual.— 105. Prueba del daño.—106. Si procede la acción de resarcimiento cuando dos personas y por su culpa se han perjudicado mutua-

Páginas.

mente.—107. Si la acción de resarcimiento procede también cuando el daño se ha ocasionado por culpa del que lo sufre 161

TITULO SEGUNDO

DIVERSAS CLASES DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO

De las obligaciones condicionales.

108. Condición doble.—109. En qué se distingue la condición del modo.—110. La condición consiste en un acontecimiento futuro é incierto.—111. Condición imposible en las obligaciones.—112. Condiciones ilícitas.—113. Las condiciones se dividen en casuales, mixtas y potestativas.—114. Mientras esté pendiente la condición suspensiva, el acreedor puede realizar actos de conservación de su derecho.—115. La condición suspensiva cumplida tiene efectos retroactivos. — 116. Cuándo se considera cumplida la condición.—117. El acto del deudor que impide el cumplimiento de la condición hace que ésta se considere cumplida.—118. Cuándo se considera la condición no cumplida.—119. A cargo de quién están los riesgos, pendiente la condición suspensiva.—120. Condición resolutoria.—121. Condición resolutoria que se sobreentiende en los contratos bilaterales.—122. La parte que en virtud de la condición resolutoria sobreentendida pide la resolución del contrato debe haber cumplido su obligación.—123. El que en virtud de la condición resolutoria sobreentendida pide la resolución, puede pedir después la ejecución.—124. La parte contra quien se pide la resolución puede detener el curso de esta acción ejecutando el contrato.—125. Pacto comisorio expreso.—126. Si es necesario constituirse en mora para que se resuelva la obligación contra la parte que no la ejecu-

Páginas.

ta.—127. A qué daños está obligada la parte que se niega á ejecutar con respecto á la otra..... 165

CAPÍTULO II

De las obligaciones á término fijo.

128. Concepto del término.—129. Puede ser expreso ó tácito.—130. Cuándo podrá ser fijado por la autoridad judicial.—131. Cómo se computa el término puesto á la obligación ó establecido por el juez.—132. Efectos de la duración del término.—133. A favor de quién se presume estipulado el término.—134. Pérdida por parte del deudor del beneficio del término.—135. Efectos del vencimiento del término respecto de la excepción de compensación..... 197

CAPÍTULO III

De las obligaciones alternativas.

136. Elementos constitutivos de la obligación alternativa.—137. Si la prestación de una de las dos cosas debidas es imposible ó ilícita, la obligación es simple en cuanto á la otra.—138. Influencia de la obligación alternativa en la transmisión del derecho.—139. Derecho de elección.—140. Cuando una vez hecha la elección es irrevocable.—141. Si la ignorancia de la obligación alternativa puede dar lugar á la acción de pago indebido.—142. Pérdida de la cosa anterior á la elección.—143. Continuación.—144. Continuación.—145. Pérdida de la cosa después de haberse hecho irrevocable la elección.—146. Deterioro de las cosas debidas alternativamente.—147. Aplicación de las reglas expuestas al caso en que las cosas debidas alternativamente sean más de dos. 208

Páginas.

CAPÍTULO IV

De las obligaciones solidarias respecto á los acreedores.

148. Concepto de la solidaridad de los deudores.—149. Cada acreedor solidario es mandatario de los demás por los derechos que le corresponde en el crédito.—150. La solidaridad entre los acreedores no se presume ni se deriva de disposición legal alguna.—151. Si uno de los acreedores solidarios quiere exigir su cuota solamente, el deudor y los demás acreedores pueden oponerse.—152. Si un acreedor solidario puede hacer novaciones ó aceptar cosa distinta de la debida.—153. El deudor puede elegir el crédito que ha de pagar.—154. Cuándo cesa tal facultad.... 225

CAPÍTULO V

De las obligaciones «in solidum» entre los deudores.

155. Concepto de la solidaridad entre deudores.—156. Relaciones de los deudores solidarios entre sí.—157. Las modalidades de la obligación pueden ser distintas entre uno y otro deudor solidario.—158. La solidaridad no se presume.—159. No se extiende á los herederos.—160. *Quid* si la obligación se anula ó rescinde en interés de uno de los deudores.—161. Acciones del acreedor contra cada uno de los deudores solidarios.—162. Excepciones que cada deudor *in solidum* puede oponer al acreedor.—163. Si la cosa debida perece por culpa de uno de los deudores solidarios, cuál es su responsabilidad y la de los demás.—164. La demanda de intereses propuesta contra un deudor sirve para que se devenguen también á favor de los demás.—165. El acreedor puede renunciar á la acción solidaria contra alguno

Páginas.

de los deudores.—166. Primera excepción á este principio.—167. Segunda excepción.—168. Tercera excepción.—169. Cuarta excepción.—170. El deudor que paga toda la deuda, qué cuota puede repetir de los demás codeudores.—171. Quien sufre la pérdida de alguno de ellos es insolvente.—172. Quién, si después de renunciada la acción solidaria contra uno de los deudores, alguno de ellos se hace insolvente.—173. Si el deudor que ha pagado una parte sólo de la deuda tiene acción de reembolso.—174. Las disposiciones concernientes al fiador no se aplican al deudor solidario en sus relaciones con los demás deudores.—Excepción á esta regla..... 235

CAPÍTULO VI

Obligaciones divisibles é indivisibles.

175. La divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación supone el concurso de varios partícipes en la misma.—176. La indivisibilidad puede depender de la índole de la cosa debida ó de la voluntad de las partes.—Ejemplos.—177. Diferencia entre la obligación solidaria y la indivisible respecto á su origen y á su modo de ser.—178. Diferencia en cuanto á sus efectos.—179. Continuación.—180. Continuación.—181. Continuación.—182. Si el acreedor, dada la indivisibilidad de la obligación, puede exigir el cumplimiento parcial.—183. Excepciones al principio de que la deuda es divisible entre los herederos.—Primera excepción.—184. Segunda excepción.—185. Tercera excepción..... 265

CAPÍTULO VII

De las obligaciones con cláusula penal.

186. Cláusula penal.—Su concepto.—187. Pena debida por la mora.—188. La pena se debe si el cumplimiento de la obligación se ha hecho imposible

Páginas.

por culpa del deudor.—189. La cláusula penal equivale á la indemnización en caso de incumplimiento. —190. El deudor no puede pedir que se rebaje la pena.—191. El acreedor, por regla general, no puede exigir el cumplimiento de la obligación y el de la pena.—Excepciones.—192. Si el acreedor puede exigir además de la pena la indemnización de los demás daños.—193. El deudor no puede sustraerse á la obligación pagando la pena.—194. Quién debe la pena cuando concurren varios deudores.—195. A quién se debe cuando concurren varios acreedores.—196. Arras.—Su concepto.—En qué difieren las arras confirmatorias de la multa de arrepentimiento 281

TÍTULO III

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO

Cumplimiento de las obligaciones.

197. El deudor está obligado á cumplir exactamente la obligación.—198. Obligación de dar.—En qué consiste.—Deberes del deudor.—Conservación de la cosa debida.—Entrega de la misma.—199. Responsabilidad del deudor por la falta de entrega de la cosa debida.—200. Obligación de hacer.—201. Obligación de no hacer.—202. Incumplimiento por caso fortuito.—203. Incumplimiento por culpa del deudor.—204. Incumplimiento por dolo del deudor.... 297

CAPÍTULO II

De la mora.

205. Elementos constitutivos de la mora.—206. La existencia de la mora es cuestión de hecho.—207. Por qué ley se rigen los efectos de la mora.—208.

Páginas.

Obligaciones á plazo.—209. Herederos del deudor. —210. Obligaciones en las cuales no se ha estipulado plazo.—Es necesaria la intimación, ú otro acto equivalente, para constituir al deudor en mora.—211. En qué casos estos actos no constituyen al deudor en mora.—212. Quién debe hacer la intimación. —213. Si se considera en mora al deudor una vez que se le notifica la intimación ú otro acto equivalente. —214. Qué se exige para que el deudor se constituya en mora.—215. Purgación de la mora..... 313

CAPÍTULO III

Daños é intereses.

216. Condiciones exigidas para que el incumplimiento de la obligación ó el retraso en ejecutarla dé lugar al resarcimiento de los daños.—217. Cuándo se rige la indemnización por la ley, y cuándo por el contrato.—218. A qué lugar debe atenderse, en caso de indemnización, para establecer el precio de la cosa debida.—219. A qué tiempo se atenderá para el mismo fin.—220. Liquidación de daños.—Triple modo de hacerla.—221. Liquidación hecha por la ley.—222. Anacronismo.—Cuándo es lícito.—Bajo qué condiciones.—223. Pago de los intereses hecho por un tercero á cuenta del deudor.—Cuándo devengan intereses dichas sumas..... 327

CAPÍTULO IV

Acciones y derechos del deudor ejercitados por el acreedor.

224. La facultad concedida al acreedor de ejercitar los derechos del deudor, es consecuencia de estar los bienes del deudor constituídos en prenda á favor de sus acreedores.—225. Doble objeto por el cual el acreedor puede ejercer los derechos del deudor.—226. Si

Páginas.

este ejercicio se hace en interés de todos los acreedores.—227. Si el acreedor que ejercita las acciones del deudor es un mandatario legal del mismo.—228. ¿Qué excepciones puede oponer el tercero al acreedor?—229. ¿Qué interés se exige en el deudor para que pueda ejercitar las acciones del acreedor?—230. Si el acreedor ha de ser autorizado por el juez para utilizar las acciones del deudor.—231. Si éste debe ser privado del derecho de libre disposición cuando el acreedor ejercita una de sus acciones.—232. El acreedor no puede ejercer los derechos exclusivamente personales del deudor.—233. ¿Qué derechos son exclusivamente personales? 342

CAPÍTULO V

De la acción pauliana.

234. Fundamento de esta acción.—Caracteres que la distinguen de la estudiada en el capítulo anterior.—235. Sólo pueden ejercitar la acción pauliana los acreedores anteriores al acto impugnado.—236. Cuestiones relativas á la fecha del crédito y del acto impugnado.—237. Los acreedores hipotecarios pueden valerse de la acción revocatoria.—238. Si pueden ejercitarla los acreedores á término ó bajo condición.—239. Para utilizar la pauliana es preciso que haya habido fraude por parte del deudor.—240. Si existen determinados actos que excluyen el fraude por parte del deudor.—241. El fraude se exige en el tercero en los actos á título oneroso y no lucrativo.—242. Qué actos, según este principio, deben conceptuarse á título gratuito y cuáles á título oneroso.—243. No basta el fraude para que nazca la acción pauliana; se exige también el daño.—244. Si es proponible contra los terceros mediatos.—245. Efectos de la acción revocatoria entre el acreedor y el tercero.—246. Idem entre el deudor y el tercero.—247. Idem entre el acreedor que demanda y los de-