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 XVIII

Del contrato de sociedad.—Del mandato.—De la transacción.
De la constitución de renta.—Del juego y de la apuesta
Del comodato.—Del mutuo.—Del depósito y del secuestro.

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

ES PROPIEDAD

9125—Imp. de Gabriel L. Horno, San Bernardo, 92.—Teléfono 1922.

DERECHO CIVIL

TITULO VI

Del contrato de sociedad.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

SUMARIO: 1. Sociedad.—2. Doble elemento constitutivo de la sociedad.—3. Las asociaciones de objeto científico religioso ó artístico no constituyen sociedad civil.—4. No existen como personas morales.—5. Aportación en común necesaria en la sociedad.—6. Las sociedades civiles no tienen personalidad propia distinta de la de sus socios.—7. La sociedad civil difiere de la mercantil.—8. Forma de la sociedad civil.—9. Si las sociedades civiles pueden asumir las formas de las mercantiles.—10. La sociedad no puede tener por objeto una cosa ilícita.—11. La sociedad de objeto ilícito no existe jurídicamente.—12. La sociedad debe constituirse en interés común de los socios.

1. La sociedad, dice el art. 1.697, es un contrato por el cual dos ó más personas estipulan poner alguna cosa en comunidad, con el fin de dividir la ganancia que se consiga. La comunidad, como aparece de la definición dada, entra en la sociedad como un ele-

mento esencial; pero guardémonos de confundir la comunidad con la sociedad, haciendo de estas dos instituciones, que la ley considera distintas, una sola.

Si toda sociedad implica comunidad, no puede decirse lo contrario. La comunidad es un estado material de las cosas, que se encuentra también en la sociedad; mientras que ésta no está constituída únicamente por un estado ó modo de ser de las cosas, sino que tiene una vida y una organización que no encontramos en la sociedad. La comunidad, considerada en sí misma, puede decirse que es un estado de inercia é inmovilidad en cuanto está constituída, por el hecho de que la cosa pertenece á varias personas *pro indiviso;* mientras que la sociedad tiene movimiento y vida en cuanto tiende á la consecución de un fin, que es el lucro.

La sociedad es un contrato; por consiguiente, necesita consentimiento, y es imposible que exista sin éste. La comunidad puede también resultar de un contrato, porque dos ó más personas pueden convenir en adquirir una cosa y conservarla *pro indiviso;* pero el consentimiento no es necesario para la existencia de la comunidad, pues consiste en las relacione jurídicas creadas por un estado de cosas que puede ser independiente de la voluntad de los comuneros. En efecto; si varios herederos son llamados por la ley ó por testamento á una sucesión, la posesión de la herencia se transmite á los mismos de derecho, y, por consiguiente, surge una comunidad que, si bien puede cesar por su voluntad, esta voluntad no la ha creado. Si en la herencia hay un negocio ya empezado, cuyo ejercicio es continuado en interés de todos los coherederos, no puede decirse que entre éstos exista sociedad; hay simple comunidad porque no hicieron

más que continuar el estado de cosas creado por el testador (1).

2. El objeto de la sociedad es conseguir una ganancia ó lucro divisible entre los socios. Como la sola comunidad de cosas no basta para constituir sociedad, así, el solo objeto de conseguir un lucro sin que se aporte en común alguna cosa, no basta á dar vida al contrato de sociedad. El concurso necesario de estos dos elementos, la aportación en común y la intención de conseguir un lucro, resulta de la definición que la ley da del contrato de sociedad; y como en la definición de un contrato el legislador comprende sólo los elementos que son indispensables para darle vida, de aquí que los dos elementos indicados son de esencia en el contrato de sociedad, el cual no puede tener vida si falta alguno de ellos. Si yo, por ejemplo, te presto una suma que empleas en el comercio ó en la industria y convenimos en dividir á medias la utilidad, tal estipulación tiene por objeto la consecución de una ganancia divisible entre ambos contratantes, pero no constituye una sociedad, porque nada hemos puesto en común, y el dinero que te he dado te constituye deudor mío.

El fin de conseguir un lucro deben prefijárselo los contratantes en el momento que el contrato se celebra, pues no basta, para que haya sociedad, que las partes hayan conseguido un lucro. Supongamos que dos individuos compran un fundo para disfrutarlo juntos; después lo venden á más precio; hay ganancia divisible, pero no contrato de sociedad. ¿Cuál es la razón de la diferencia? Que tratando las partes desde el momento de su adquisición de conseguir una ga-

(1) Cas. Florencia, 30 Julio 1883.

nancia divisible, su actividad se emplea en la consecución de tal objeto, dándose así aquel movimiento y vida que son elementos propios y esenciales de la sociedad; por el contrario, si las partes no se propusieron tal objeto, sino sólo el de disfrutar la cosa en común, se constituye un estado de inmovilidad é inercia propio de la comunidad; por consiguiente, el lucro obtenido en la reventa es accidental y en nada depende de la relación jurídica contraída por las partes.

3. El fin del lucro es esencial en la sociedad, así como el de aportar alguna cosa en común; por lo que las asociaciones de varios individuos que aportan algo en común para algún fin de instrucción ó beneficencia ú otro cualquiera distinto del lucro, no constituyen sociedades civiles.

Sin embargo, se ha sostenido lo contrario, fundándose en los siguientes argumentos: «Considerando, dice la Casación de Florencia (1), que si bien bajo el nombre de bienes se comprende todo lo que en el orden material ó moral proporciona bienestar al hombre, ente civil ó social, según la definición de la ley 49, Dig. *De verb. signif.*, y que no puede negarse que en cuanto no lo prohiba la ley pueden ser objeto de contratación y de contratos que engendren derechos y obligaciones, y, por fin, acciones admisibles antes los tribunales. Esto sentado, no vemos por qué no ha de considerarse como sociedades legalmente dichas, las asociaciones de personas que comparten la posesión de una villa ó de un jardín, para conversar, leer, tocar ó bailar, y demás honestos pasatiempos; y ¿por qué no han de comprenderse en los artículos 1.697 y 698 del Código civil. También en esta clase de sociedades

(1) Decis. 30 Diciembre 1869.

de recreo concurren, por regla general, el consentimiento recíproco de los socios al aceptar los estatutos ó reglamentos que contienen las condiciones del contrato, aportación en común bajo la forma de acción, cuota de entrada, etc., de las sumas necesarias á la subsistencia de la sociedad y ganancia cual es el goce y expansión del ánimo, que si no es lucro material es siembre un beneficio estimable para el que así quiere procurárselo más facilmente; es el *lucrum boni delectabilis*, según el derecho común y según el principio *beare est prodesse* de la ley 49, Dig., *De verb. signif.*» (1).

A nuestro modo de ver, no puede ponerse en duda que las asociaciones de que aquí se habla no dejan de reportar á sus individuos un bienestar, ya moral ó material, apreciado por cada uno según sus inclinaciones, costumbres, educación, etc.; pero lo que no creemos es que esto constituya la ganancia de que habla el art. 1.897 objeto del contrato de sociedad. Creemos que ésta no puede ser más que pecuniaria, y no el beneficio moral que no constituye objeto de cambio. El art. 3 de las preliminares del Código dice que no se puede atribuir á las palabras de la ley otro significado que el suyo propio; ahora la palabra *ganancia* denota solo un beneficio pecuniario; luego éste y no otro es el significado que el intérprete debe atribuirle. Por otra parte, consultando todas las disposiciones sobre el contrato de sociedad, aparece evidente que el objeto de este contrato, según el legislador le entiende, es aumentar la producción y la riqueza, objeto puramente material valuable y estimable, y no moral ó artístico, que no es estimable mercantilmente. La ley,

(1) Consúlt. Apel. Catania, 5 Noviembre 1879.

además, quiere que la ganancia sea divisible entre los contratantes, y tal división encierra necesariamente la idea de una ganancia material ó pecuniaria.

4. Si las asociaciones que persiguen otro objeto distinto de la ganancia ó el lucro no constituyen sociedad civil, mucho menos existirán como entes de razón, independientemente de los asociados, y como tales no pueden obligarse ni comparecer en juicio. La obligación no puede ser contraída sino por todos los asociados ó por uno ó varios, pero á nombre particular de cada uno, de modo que al proponer la acción en juicio es preciso que el actor se dirija á todos los obligados.

Los presidentes de tales asociaciones, ¿pueden considerarse como mandatarios tácitos de todos los asociados por las obligaciones que se refieren al fin de la asociación, y pueden ser demandados en juicio para su cumplimiento y convenir sobre todo lo que constituya el objeto de la asociación? No creemos que sea aquí aplicable la doctrina del mandato tácito, dada la índole especial de dichas asociaciones. Sabido es, en efecto, que, según los reglamentos de las mismas, un socio puede dejar de serlo, así como pueden ingresar otros nuevos. Ahora bien; admitiendo la doctrina del mandato tácito, los que eran socios al tiempo de constituirse la obligación y que dejaron de serlo antes de su cumplimiento, y los nuevos, que no lo eran al nacer la obligación, ¿estarán también obligados con los acreedores al cumplimiento de la obligación contraída por el presidente? Si se responde afirmativamente estarán obligados todos los que cesen de ser socios, lo que no es posible. De aquí el absurdo de que se considere como mandante tácito el que al tiempo de contraerse la obligación ya no era socio. Y si se opta por la negativa se dará el inconveniente de que el que se

obligó tácitamente puede liberarse de la obligación dejando de ser socio.

Creemos, pues, que los socios no están obligados personalmente por las obligaciones contraídas por el presidente sino en el caso de mandato expreso, y en esta hipótesis continuarán obligados aun habiendo dejado de ser socios. Pero si no le hay, ¿quién se entenderá obligado? Si el presidente contrató á su nombre, y no como tal, responderá con sus bienes como en un contrato particular; de lo contrario, la obligación no existirá por no existir la persona jurídica que habría debido obligarse (1).

5. Como el objeto de perseguir un lucro es esencial en la sociedad, también lo es la aportación de alguna cosa en común; y así como el lucro debe ser material ó pecuniario, también debe serlo la cosa aportada (art. 1.698); de lo contrario, no puede hablarse de sociedad. Puede uno de los socios poner su capital, y el otro su trabajo ó industria, porque el trabajo personal es valuable y tiene un valor en el comercio. Pero si uno de los socios no aporta ni capital ni trabajo, sino sólo su nombre para dar crédito á la sociedad, ¿existirá ésta? Es verdad que el crédito es algo beneficioso para la sociedad, en cuanto puede proporcionar un lucro; pero también es verdad que no consistiendo el crédito sino en la estimación pública, no es cosa mercantil ni material valuable; por lo que el contrato no puede tener vida jurídica. Añádase que, las más de las veces, el dar su nombre á una sociedad puede ser cosa reprobable, en cuanto el que presta su nombre puede sacar una ganancia indebida por su posición po-

(1) Cas. Roma, 19 Febrero 1879; Apel. Génova, 6 Agosto 1880.

lítica ó social, y es preciso que la ley prohiba estos contratos, que llamaremos indecorosos.

6. Las sociedades civiles ¿existen como personas civiles, es decir, tienen una existencia distinta de la de sus socios y un patrimonio diferente al de éstos? Aunque no falta quien así lo sostenga (1), creemos que no. Sabido es que las personas jurídicas son una creación de la ley, por lo que sólo el legislador, y no los particulares, puede dar vida legal á una entidad distinta de las personas que la componen. Y ¿dónde está esta disposición legal?

El art. 77 del Código de Comercio declara que las sociedades mercantiles allí citadas, esto es, las colectivas, las comanditarias y las anónimas constituyen, respecto á terceros, entidades colectivas separadas y distintas de sus socios. En este artículo se encuentra, indudablemente, la disposición que atribuye personalidad jurídica á las sociedades mercantiles, pero en el Código civil falta una disposición equivalente; luego el intérprete no puede atribuir á los civiles dicha personalidad.

Añádase que en el Código patrio hay disposiciones que excluyen esta idea. En efecto; el legislador dispone que los socios estarán personalmente obligados frente á terceros; y si la sociedad civil tuviese una personalidad distinta de la de los socios, éstos no responderían con sus bienes; luego es evidente que la sociedad civil no existe como ente de razón ó persona moral.

7. Las sociedades civiles son distintas de las mercantiles, en cuanto aquéllas realizan actos civiles y éstas actos mercantiles. Los socios son libres de dedi-

(1) Apel. Venecia, 11 Abril 1878.

carse á una ú otra especie de actos, y en este sentido, de su voluntad depende constituir una sociedad civil ó mercantil, pero no cambiar la índole jurídica de sus actos; por lo que si los actos que se propone realizar la sociedad son civiles, los socios no pueden hacer que la sociedad sea mercantil y viceversa.

No faltan resoluciones en sentido contrario. La Casación de Florencia, al interpretar la ley de minas de Francia, según la cual *l'explotation des mines n'est pas considérée comme un commerce*, observa que esta disposición, encaminada á invitar á semejantes empresas á los capitalistas, que rehusan los estrechos vínculos de las obligaciones mercantiles, no fija una cualidad jurídica indeclinable, y en nada obsta que siempre y cuando las partes declarasen que una sociedad de este género debe revestir el carácter mercantil en el sentido de los artículos 19 y 638 de aquel Código de Comercio, sea tal para todos sus efectos (1).

Esta doctrina no nos parece aceptable. Sabido es, en efecto, que la índole jurídica de los contratos depende de la ley, no de la voluntad de las partes, porque si bien éstas son libres de realizar ó no un determinado acto, una vez realizado no depende de ellas, sino de la ley, su carácter jurídico. Ahora bien; si la índole civil ó comercial depende de la ley, no pueden las partes cambiarla. Cuando la ley, como en Francia sucede con las minas, define la índole jurídica de un contrato, las partes no pueden cambiarla. Y no sólo se opone á ello el principio de razón de que la existencia jurídica de un contrato no puede depender de los contratantes, sino la consideración de que la defi-

(1) Decis. 23 Diciembre 1867; Apel. Florencia, 7 Abril 1869.

nición jurídica del acto, sobre todo de la sociedad, la da el legislador en beneficio, no sólo de los socios, sino de los terceros que con ella contraten: ahora bien; el interés de los terceros no puede ser abandonado al capricho de los contratantes, y éstos, por tanto, no pueden hacer que sus actos tengan una índole distinta de la que les atribuye la ley.

8. La ley no establece ninguna forma especial para la constitución de la sociedad; por lo que el intérprete no puede imponer ninguna á los contratantes. Puede suscitarse cuestión respecto á la prueba del contrato, que se resolverá aplicando los principios de derecho, esto es, no admitiendo la prueba oral cuando el valor del contrato exceda de quinientas liras.

Si la sociedad se contrae para la adquisición de bienes inmuebles, ¿es necesario escritura? Se ha respondido afirmativamente, fundándose en el principio de que todo contrato en que hay transmisión de propiedad inmueble debe ser hecho por escrito, bajo pena de nulidad (1). Se observa en contrario que el acto por el cual se transmite la propiedad es el contrato de compraventa, no el de sociedad; por consiguiente, si el escrito es necesario cuando se adquieren los inmuebles, no lo es para constituir la sociedad, para proceder á dichas adquisiciones en el interés común de los socios.

Creemos que en ambas opiniones se contiene parte de la verdad, sin que se encuentre íntegra ni en una ni en otra; es preciso, pues, atenernos á un justo medio, que consiste en rechazar lo que en ambas teorías hay contrario á la verdad. Es cierto, en efecto, que

(1) Apel. Catania, 10 Febrero de 1874.

la propiedad de los inmuebles se transmite por efecto del contrato de compraventa, y no por efecto del contrato de sociedad; pero si todos los socios no figuran como adquirentes en el contrato de compraventa, sino que hace la adquisición uno de ellos, en tal caso el consentimiento prestado por los socios que no intervinieron en el contrato de compraventa, ¿de dónde resultará? Si se admite la teoría absoluta de que la existencia del contrato de sociedad, celebrado con el fin de proceder en común á la adquisición de bienes inmuebles, puede probarse por medio de testigos, y, por consiguiente, también con este medio puede probarse el consentimiento dado anteriormente á la adquisición por los socios que no intervinieron en el acto, y el encargo tácito ó expreso dado por éstos á aquel que figura haber hecho por sí solo la adquisición de adquirir por cuenta común, es necesario admitir que el consentimiento prestado respecto de una compraventa de inmuebles puede ser eficazmente prestado sin que resulte de escritura, yendo así contra el precepto legal que exige la escritura bajo pena de inexistencia jurídica del acto. ¿Deduciremos de aquí que la escritura es indispensable á la existencia de la sociedad que tiene por objeto la adquisición de los bienes inmuebles en el interés común de los socios?

Ciertamente, no. Distingamos dos cosas que no pueden confundirse: la adquisición del inmueble, hecho en el interés común de los socios, y la convención que establece la sociedad que tiene por objeto dichas adquisiciones y determina la contribución de cada socio, así como el reparto de las utilidades y pérdidas. Admitimos que el contrato de sociedad con todas sus condiciones y modalidades puede tener vida jurídica independiente de una escritura; pero exigimos que, de-

biendo concurrir en la adquisición el consentimiento de todos los socios, éste resulte de la escritura; porque de lo contrario nos veríamos obligados á admitir contra el precepto legal que á favor de los socios que no intervinieron en el acto de adquisición pudiese realizarse una traslación de propiedad inmueble que no resultase de escritura. Y no puede bastar el contrato con uno de los socios, porque no contiene el consentimiento de los demás, y sin éste no puede haber transmisión de propiedad á los mismos. Pero en lo que se refiere á las relaciones entre los socios, ya en orden al capital aportado, ya al reparto de las utilidades ú otras modalidades del contrato de sociedad, la escritura no es necesaria, por no tratarse aquí de transmisión de propiedad.

Si mediante el contrato de sociedad entran en comunidad bienes inmuebles, ¿es necesaria la escritura? Es claro que sí, porque hay transmisión. El socio antes propietario es copropietario de una determinada parte de dichos bienes; pero la otra la adquieren los socios: luego hay verdadera transmisión. Ahora bien; el art. 1.314 dispone genéricamente que los contratos en que hay transmisión de inmuebles ó de otros bienes y derechos capaces de hipoteca, deben hacerse por escritura pública ó privada; luego es evidente que también se exige para las sociedades que tienen por objeto bienes inmuebles.

Si por efecto de la sociedad entran en común los créditos particulares de los socios, ¿será aplicable el art. 1.539, el cual prescribe que el cesionario de un crédito no tiene derecho contra terceros sino después de hecha la intimación al deudor de la cesión, ó bien cuando el deudor la aceptase en documento auténtico? Esta disposición, de índole excepcional por fun-

darse en razones de utilidad social, se refiere exclusivamente á la venta ó cesión de un derecho de crédito: ahora bien; en el caso presente, no se trata de tal, sino de contrato de sociedad, en el cual el crédito entra como objeto de la obligación; luego no puede darse interpretación extensiva á dicha disposición. Hemos creído aplicable á la sociedad el art. 1.314 porque no está escrito sólo para la venta de inmuebles, sino para todo contrato en que se transmitan éstos; y en esta locución genérica no puede menos de entrar el contrato de sociedad, en que entran bienes inmuebles; pero no creemos aplicable al caso el 1.539, porque no se refiere á todo contrato cuyo objeto sea un crédito, sino sólo al de venta ó cesión de crédito; por consiguiente, su disposición excepcional no puede comprender también el contrato de sociedad.

9. La sociedad civil, ¿puede revestir las formas de una sociedad mercantil? La Apelación de Lucca se expresa así en este punto: «No puede admitirse que una sociedad, por su objeto civil, degenere en mercantil sólo porque se haya constituído bajo las formas descritas en el Código de Comercio. Y, en efecto; la sociedad civil no tiene, con arreglo á la ley, una organización especial, sino que puede revestir todas las formas lícitas. No comprendemos la razón de por qué prohibir en los asuntos civiles ciertos usos especiales de comercio, siendo así que el empleo de éstos no puede cambiar la naturaleza de las cosas. El Código de Comercio sanciona ciertas formas para la sociedad, establecidas en los usos de comercio más que en otra parte en el movimiento del comercio. El Código civil no contiene la prohibición de que dichas formas puedan aplicarse también á la sociedad civil. Y no bastan las formas para imprimir el carácter comercial á las

sociedades descriptas en el Código de Comercio, es preciso también que el objeto sea comerciar» (1).

Admitimos también que las partes contratantes puedan adoptar las formas que quieran para la sociedad civil que constituyen; pero añadimos una limitación, la de que la forma elegida sea compatible con la índole de la sociedad civil y con la responsabilidad que los socios asumen con los terceros. Si se nos preguntase, por ejemplo, si una sociedad civil puede constituirse por acciones, responderíamos que se puede constituir por acciones nominativas, no por acciones al portador. En efecto; la acción al portador limita la responsabilidad del socio á la cuota que aporta; mientras que en la sociedad civil la responsabilidad del socio no se limita á lo que aporta á la masa social, sino que es personal y está obligado con su patrimonio. Por el contrario, la acción nominativa no hace más que determinar la porción del socio y puede tener también por objeto, permitido por la ley, proporcionar su responsabilidad personal á la cuota que aporta (2).

10. Toda sociedad dispone que el art. 1.698 debe tener por objeto una cosa lícita y ser contraída en interés común de las partes. El art. 119 del Código declara que la obligación fundada en una causa ilícita, no puede tener ningún efecto; este principio, por ser general y absoluto, es aplicable también á la sociedad; por consiguiente, debe considerarse jurídicamente inexistente la sociedad que tiene por objeto una cosa ilícita. Pero si todo contrato debe tener, según la citada disposición general de la ley, un objeto lícito,

(1) Decis. 12 Enero 1871.
(2) Apel. Venecia, 11 Abril 1878.

¿por qué ha sentido el legislador la necesidad de declarar que el contrato de sociedad debe tener por objeto una cosa lícita?

El objeto del legislador, á nuestro modo de ver, no ha sido repetir el principio general establecido en una disposición anterior, sino indicar la amplitud del contrato de sociedad y que no se le pueda poner otro límite que el fijado por el legislador. Todos los demás contratos tienen un objeto particular, mientras que éste puede tenerlos todos.

Si la sociedad ilícita hubiese realmente existido, es decir, si los socios hubiesen aportado capital y obtenido ganancias, ¿tendrán acción contra aquel de ellos que guarda y administra el capital y las ganancias?

Si la acción de los consocios contra el administrador no tuviese otra base que el contrato de sociedad, nunca podría proceder, porque ésta no existe. Veamos si tiene otra base. Si el socio se limita á repetir del administrador la cuota de capital conferida á la masa común, no tiene necesidad de acudir al contrato para fundar su acción. Y, en efecto, ¿por qué motivo confiere, y, por tanto, entrega al socio gestor su cuota de capital? Ciertamente, para ejercitar la industria ó especulación objeto del contrato de sociedad; en otros términos: para dar vida á un contrato con fin ilícito. Ahora bien; no habiendo existido nunca el contrato de sociedad, la causa por la cual el capital se desembolsó, falta; por lo que el gestor es detentador sin causa de cosa ajena, y como tal debe restituirla, y quien la entregó tiene derecho á reivindicarla.

El mismo principio, ¿puede invocarse para ob tener las ganancia? No, ciertamente; porque estas ganancias no representan cosa que uno de los socios haya entregado al otro, sino el producto de la industria,

tráfico ó especulación, que constituye el objeto de la sociedad. Para repetir la cuota de ganancias es indispensable fundar la acción en el contrato, y como aquí el contrato no existe ante la ley, la acción no procede.

Al ilustre Laurent le parece inmoral esta doctrina. Todos los socios, dice (1), incurren en culpa por haber celebrado un contrato de sociedad con objeto ilícito; luego la condición de todos debe ser igual. Esto sentado, si el acaso hace que todas las ganancias estén en manos de uno solo de los socios, ¿puede admitirse que invoque su propia culpa para apropiarse las ganancias? A decir verdad, creemos que este argumento prueba demasiado, porque podría invocarse para admitir que quien se asocia con otros para realizar una acción delictiva tuviere luego acción para exigir de aquel que tiene todo el fruto del delito, su parte ó cuota. ¿Es esto admisible? ¿Puede del delito surgir una acción contra un coautor para reclamar ganancias? Sería necesario responder afirmativamente si el argumento aducido por Laurent fuese justo. Si parece inmoral negar á los socios la acción contra aquel de ellos que retiene las ganancias, y esto porque quien las retiene tendría que invocar su propia culpa para quedarse con ellas, ¿no parece igualmente inmoral conceder dicha acción á los socios dándoles así un medio de violar la ley, merced á la constitución de una sociedad ilegal? Encontrar en la misma ley una protección para percibir la utilidad obtenida por su violación es no sólo inmoral, sino absurdo, y no podemos, pues, admitir que el legislador haya concedido dicha acción. El interés público exige que no se dé fácil in-

(1) *Principes*, t. XXVI, núm. 166.

centivo á las asociaciones ilícitas, y este incentivo se hallaría en la seguridad de poder reclamar en juicio contra el socio gestor como si se tratase de una sociedad contraída para objeto lícito.

11. Ya hemos dicho que la sociedad que tiene por objeto una cosa ilícita no existe jurídicamente como contrato, y lo que no tiene existencia jurídica no puede producir efectos legales de ninguna clase; por lo que dichas sociedades son improductivas de efectos tanto en las relaciones de los socios entre sí como en las de éstos con los terceros. Aquí no se trata de nulidad establecida por la ley en interés de alguna de las partes é invocable sólo por éstas, sino de inexistencia de contrato por motivo de orden público, inexistencia que puede ser deducida por cualquier interesado, y, por consiguiente, tanto por los socios contra terceros como por éste contra aquéllos. Poco importa que los terceros procediesen ó no de buena fe al contratar, porque aunque ésta exista, no puede dar vida á un contrato, cuya existencia no reconoce la ley. Podrá la buena fe del tercero darle derecho á pedir indemnización contra el socio con quien contrató, pero no puede invocarla para dar vida á una obligación social, que no puede existir, no existiendo la sociedad.

12. La sociedad, según el art. 1.698, debe estar constituída en interés común de las partes. No basta, por consiguiente, á constituir la sociedad que se haya puesto un capital con objeto de obtener un lucro, sino que se exige que todo él se destine al interés común de los socios, siendo éste el fundamento del vínculo que une á un socio con otro. Habiéndose la sociedad contraído en interés común, es de esencia que, tanto las utilidades como las pérdidas, se repartan entre los socios. Si no bastase á hacerlo comprender el artículo

1.698, lo dice claramente el art. 1.717, en el cual se lee que si el contrato de sociedad no determina la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas, tal parte estará en proporción de lo que cada uno haya conferido al fundo social. Ya volveremos sobre este punto cuando tratemos de este artículo; mientras tanto, basta enunciar el principio que es fundamental en la materia. La pérdida no constituye, ciertamente, el fin de la sociedad, pues es una eventualidad cuyos efectos los sufren proporcionalmente todos los socios; el objeto de la sociedad consiste en la utilidad ó ganancia en provecho de todos los contratantes. Las dos ideas de utilidad ó ganancia y del beneficio común son inseparables, de modo que si falta uno ú otro no existe el contrato de sociedad á tenor de la ley. El contrato, por ejemplo, de seguro mutuo, por el cual varios individuos se obligan á repartirse el daño que cada uno pueda sufrir por determinadas causas, tiene sin duda por objeto el beneficio común de los contratantes, tratando de hacer menos sensibles las pérdidas á que cada cual está expuesto; pero no constituye sociedad, porque falta el fin de la ganancia, que constituye la esencia de este contrato.

CAPITULO II

DIVERSAS CLASES DE SOCIEDAD

SUMARIO: 12 *bis*. Las sociedades pueden ser universales ó particulares.—13. Primera clase. Sociedad de todos los bienes presentes.—14. En esta clase de sociedad entran todos los bienes presentes de los socios.—15. Puede extenderse á toda clase de utilidades.—16. Sociedad universal de ganancias.—17. Contraída una sociedad universal sin más declaración, ¿qué clase de sociedad se entiende constituída?—18. Entre qué personas está prohibida la sociedad universal.—19. Sociedades particulares.

12 *bis*. Hay dos clases de sociedades: universales y particulares (art. 1.699). ¿Cuál es su diferencia?

La diferencia estriba en su objeto. Cuando éste es determinado, como, por ejemplo, la construcción de una obra, el ejercicio de una industria, comercio, profesión, etc., la sociedad se llama particular; por el contrario, cuando el objeto de la sociedad no está particularizado, sino que se refiere á todos ó gran parte de aquellos objetos que podrían formar el de otras tantas sociedades particulares, la sociedad se llama universal.

Las sociedades universales, de que hablamos antes, no son muy usuales entre nosotros, y esto nos dispensará de hablar de ellas extensamente, limitándonos á

las nociones más esenciales. Pero creemos deber responder á una pregunta: ¿por qué las sociedades universales no están en uso entre nosotros? La respuesta, á nuestro modo de ver, hay que buscarla en la índole de dicha sociedad. En efecto; la sociedad no es sino una reunión de fuerzas encaminadas á conseguir un fin que cada individuo no podría conseguir por sí solo: ahora bien; cuanto más particular y determinado, tanto más estimula la actividad de los individuos para conseguirlo; por el contrario, cuanto más vasto é indeterminado es dicho objeto, los individuos se sienten menos atraídos á él. He aquí por qué las sociedades particulares que tienen su objeto bien determinado, florecen; mientras las universales no entran en las costumbres. La ley divide en dos especies las sociedades universales: sociedades universales de todos los bienes presentes, y sociedades universales de todas las ganancias (art. 1.700).

13. La sociedad de todos los bienes presentes, dispone el art. 1.701, es aquella con la cual las partes ponen en común todos los bienes muebles é inmuebles que poseen actualmente y las ganancias que puedan obtener de ellos. Esta especie de sociedad se parece exteriormente á la de comunidad de todos los bienes; pero no hay que confundir una cosa con otra. Supongamos que dos hermanos tienen un patrimonio común heredado de su padre: disfrutan juntos de todos los bienes indivisos, conviven bajo el mismo techo y se sientan á la misma mesa; ¿hay entre ellos sociedad universal, ó solo comunidad de bienes?

«Considerando, dice la Apelación de Génova (1), que es principio constantemente admitido que la so-

(1) Decis. 5 Abril 1875; Apel. Bolonia, 9 Febrero 1874.

ciedad de esta índole rara vez se presume, *nunquam enim societas universorum bonorum contracta intelligitur, nisi cum specialiter id actum est* (L. *Si unus*, Dig. *Pro socio)*, que, por consiguiente, para reconocer como constituída dicha sociedad, debe estar justificada, no con pruebas negativas ó vagas inducciones, sino con hechos positivos y con el concurso de todos los requisitos legales y que la jurisprudencia exige para su existencia jurídica, esto es, con el concurso de los siguientes extremos: 1.°, de la perfecta indivisión, no sólo de los bienes paternos, sino de todos los demás, cualquiera que sea su título de origen; 2.°, de la comunidad de habitación y de mesa; 3.°, de la comunidad de todo lucro y daño sin restricción de ninguna clase; 4.°, del defecto absoluto de toda rendición de cuentas. Que según las reglas de la doctrina y jurisprudencia establecida bajo el imperio del derecho común, cuando falten dichos requisitos falta la prueba de la sociedad universal. *Haec omnia conjunctive requiruntur,* como decían los intérpretes del antiguo derecho romano: *quorum si vel minimum desit, universalis societas minime contracta videbitur.*»

No podemos dudar del valor de estas pruebas; pero creemos que para definir bien la cuestión se debe atender principalmente á la intención de las partes. No se olvide que no puede haber sociedad si los contratantes no se proponen por objeto conseguir un lucro en beneficio común. Precisamente en la actividad de los socios, encaminada á la consecución de dicho objeto, estriba la diferencia característica entre la sociedad y la simple comunidad de bienes. Ahora bien; los poseedores de un patrimonio común, si al vivir juntos se proponen sólo la comunidad ó el placer de una vida de unión, no puede hablarse de sociedad;

pero si trataron de obtener, *viribus unitis,* un provecho que no hubieran conseguido viviendo separados, ¿habrá sociedad?

14. En esta especie de sociedad entran todos los bienes muebles é inmuebles poseídos actualmente por los socios. Según la expresión legal, los bienes deben pertenecer á los socios en el momento en que contratan; pero ¿qué diremos en orden á aquellos bienes que se posean legítimamente, pero sin haberlos adquirido aún por la prescripción? Creemos que si ésta se cumple durante la sociedad, los bienes pasan á la masa social. Y no se oponga que, no siendo aún el socio propietario de dichos bienes en el momento en que la sociedad surge, deben considerarse como futuros; porque la causa de la adquisición ha comenzado ya antes de la constitución de la sociedad. Por otra parte, el socio que es sólo poseedor *animo domini* de los bienes, no puede excusarse de aportarlos á la masa común; por tanto, deja de poseerlos en su nombre exclusivo, y á su posesión se subroga la de la sociedad en interés común de los socios. Ahora bien; el poseedor actual puede unir su posesión á la del poseedor anterior, y, transcurrido el tiempo de la prescripción, ésta se cumple á su favor y no á favor del anterior. Si la sociedad, por tanto, no adquiere los bienes en virtud de la prescripción, ésta no podría ya realizarse á favor del socio poseedor, porque ha dejado de poseer en su nombre particular; ¿á favor de quién se realizaría?

La ley calla respecto á las deudas propias de cada socio; *¿quid juris,* pues, respecto á ellas? Si la deuda existía ya cuando la sociedad se constituyó, no puede dudarse que se hace deuda social, porque la deuda disminuye el patrimonio, y el que aporta el suyo á la masa social le aporta en el estado en que se encuen-

tra. En cuanto á las deudas que puedan contraerse durante la sociedad, rige el principio de que gravan la sociedad si el socio las contrajese dentro de los límites de sus atribuciones; y á él sólo cuando rebase dichos límites.

15. En la sociedad universal de bienes presentes pueden (art. 1.701) comprenderse además todas las demás especies de utilidades; pero los bienes que las partes adquiriesen por sucesión ó donación no entran en esta sociedad sino para ser gozados en común. Toda estipulación que tienda á hacer común la propiedad de dichos bienes, es nula. Los bienes futuros no entran, por lo que se refiere á la propiedad de los mismos, en la sociedad universal, ya porque no se dispone de lo que no nos pertenece, ya porque el convenir sobre la pertenencia de los bienes futuros puede ir contra el precepto legal, que prohibe todo pacto sobre sucesión no abierta aún. Pueden entrar, por otra parte, en lo que se refiere á su disfrute; pero, ¿es necesario para este objeto una demanda expresa en el contrato de sociedad, ó basta que se estipule la sociedad de todos los bienes presentes y de todas las utilidades? Si se estipulase solamente la sociedad de todos los bienes presentes, no entra el goce de los bienes futuros, á menos que las partes lo hubieran pactado expresamente; pero si se celebró una sociedad universal de todos los bienes presentes y de todas las utilidades, creemos que no hace falta dicha cláusula, porque la ley dice que se comprenderán todas las utilidades y que los bienes que las partes adquieran por sucesión ó donación no entrarán sino para ser disfrutados en común; luego si entran por disposición de la ley, no hace falta pacto.

La ley declara nula toda estipulación que tenga por

objeto hacer común la propiedad de los bienes que se adquieran por sucesión ó donación; pero la nulidad, ¿afecta á todo el contrato ó sólo á la cláusula? La ley sólo se refiere á ésta; luego no puede extenderse á toda la convención.

Pero es preciso tener en cuenta la intención de las partes; porque si éstas celebraron la sociedad á condición de que entrasen en común los bienes futuros, faltando la condición falta el consentimiento. Por lo que creemos que la cuestión no puede resolverse *a priori,* sino teniendo en cuenta la voluntad de las partes que resultará del conjunto del acto y de sus circunstancias; de modo que si aparece que la sociedad se hubiera constituído, aun sin la cláusula de bienes futuros, la nulidad se limitará á ésta; de lo contrario, se extenderá á todo el contrato.

16. La sociedad universal de ganancias, dispone el art. 1.702, comprende todas las que las partes obtengan con su industria por cualquier título durante el contrato; los bienes, tanto muebles como inmuebles, que cada uno de los socios posea al tiempo del contrato, no se comprenden en la sociedad sino para su disfrute en común. La palabra industria se emplea aquí en su sentido más lato; por lo que comprende el ejercicio de cualquier comercio, arte ó profesión. Trátase, en efecto, de sociedad *universal* de ganancias; luego todo lo que sea producto de la actividad de los socios, entra en la sociedad. Lo que depende sólo de la suerte, como, por ejemplo, un premio de la lotería, no se comprende en la sociedad, puesto que no es el producto de ninguna industria.

La propiedad de los bienes, tanto muebles como inmuebles, está excluída de esta sociedad; pero no el goce de aquellos que poseen los socios en el momento

en que la sociedad se constituye. El goce en comunidad de dichos bienes se comprende sin que haya necesidad de una cláusula expresa sobre este punto; porque es la ley quien le incluye, y sería necesario un pacto especial para excluirle. Por otra parte, el goce de los bienes futuros no se comprende en esta especie de sociedad, á no ser que los contratantes hubieran declarado lo contrario.

Las deudas propias de cada socio, en el momento que la sociedad se constituye, están á cargo de ésta por lo que se refiere al pago de los intereses, quedando á cargo del socio deudor el pago del capital. Los intereses, en efecto, de las deudas, se pagan con los frutos ó rentas del patrimonio común, pues si estos bienes son de goce común, la justicia exige que el pago de los intereses esté á cargo de la masa común. Pero el capital de la deuda disminuye el patrimonio, y como la propiedad de éste no pasa á la sociedad, el socio debe pagarlo. En cuanto á las deudas posteriores á la constitución de la sociedad, estarán á cargo de ésta si el socio las contrajo en interés común y obrando dentro de los límites de sus atribuciones; en caso contrario, son de su cargo, aun por lo que se refiere al pago de los intereses, porque una vez que la sociedad adquirió el derecho al goce en común de los bienes poseídos por el socio, cuales eran en el momento en que la sociedad se constituyó, no puede un acto del socio disminuir dicho goce sin lesionar un derecho adquirido.

Por esta misma razón, constituída la sociedad, el socio no puede enajenar sus bienes para sustraer á la misma el goce, por lo que su enajenación, cuando tenga lugar, no puede producir efecto, sino sólo relativamente á la propiedad, mientras la sociedad existe.

17. El simple contrato de sociedad universal, sin otra declaración, no incluye más que la sociedad universal de ganancias (art. 1.703). Este precepto no tiene otro fin que interpretar la voluntad de las partes cuando ésta no se exprese; por tanto, siempre que resulte lo contrario, no hay lugar á interpretación. Este artículo sigue la regla de que siempre que haya duda se debe suponer la obligación más limitada, lo cual es razonable, pues siempre que se invoquen obligaciones más extensas deben probarse. Pero si estas resultan del contrato, la regla de interpretación no puede destruir la voluntad claramente expresada.

18. No puede constituirse verdadera sociedad universal (art. 1.704), sino entre personas capaces de dar ó de recibir en cambio entre sí, y á las cuales no esté vedado el beneficiarse recíprocamente con perjuicio de los derechos de otras personas. Los incapaces de recibir por testamento son también incapaces de recibir por donación, según el art. 1.053: ahora bien; si se pudiese contraer una sociedad universal entre personas de las cuales una no puede recibir de la otra, ni por donación ni por testamento, se violaría indirectamente la ley. Sería un expediente para abonar indirectamente lo que no se puede donar, por lo que la ley lo prohibe justamente. Lo prohibe igualmente entre personas que no se pueden beneficiar entre sí con perjuicio de los demás, porque la ley quiere proteger todos los derechos que concede.

Pero ¿quiénes son estas personas? Aquellas de cuya sucesión la ley reserva una parte á los legitimarios; por consiguiente, aquel que en el momento en que contrata tiene parientes, á cuyo favor reserva la ley una porción legítima, no puede constituir una socie-

dad universal, puesto que ésta podría beneficiar al socio en perjuicio de los legitimarios.

Contraída la sociedad universal contra la prohibición del artículo que examinamos, la nulidad, ¿es deducible por cualquier interesado ó sólo por aquellas personas á favor de las cuales la ley prohibe la sociedad? Creemos que el texto y el espíritu de la ley establecen una nulidad absoluta, no relativa, deducible, por tanto, por cualquier persona interesada. En efecto; la ley no dice que pueda ser impugnado el contrato por aquellos á quienes perjudica, sino que no puede tener lugar; luego más que de nulidad se trata de inexistencia, y ésta puede ser deducida por cualquiera. Por otra parte, esta sociedad se prohibe, porque se presume en fraude de la ley, y lo que contra ésta se hace no puede tener ninguna eficacia jurídica, por lo que podrá pedir su nulidad cualquier interesado.

19. La sociedad particular (art. 1.705) es aquella que no tiene por objeto sino determinadas cosas, ó su uso ó los frutos que producen. La diferencia entre sociedad particular y universal consiste en la determinación de su objeto, el cual puede consistir en la propiedad de determinados bienes. Si se constituye, por ejemplo, una sociedad para la adquisición de fincas rústicas con el fin de revenderlas, el contrato tiene por objeto la propiedad, que se adquiere y se hace común á todos los socios. Puede también tener por objeto la sociedad particular, por ejemplo, el uso de determinadas cosas, en cuyo caso cada socio conserva el dominio de las que le pertenecen, y sólo su uso es común, como también lo es el provecho que de ellas se obtiene. Lo mismo ha de decirse en el caso en que el objeto de la sociedad consista en los frutos de la cosa. Por ejemplo, dos ó más propietarios pueden asociarse

para cultivar sus fincas y hacerlas más fructíferas; en este caso, la propiedad no se confiere á la masa social por quedar ésta en poder de cada socio, y sí solo los frutos, cuyo aumento se quiere obtener.

Igualmente es sociedad particular, según el artículo 1.706, el contrato por el que varias personas se asocian para una empresa determinada ó para el ejercicio de alguna industria ú oficio. El emprender un negocio es el objetivo más común de las sociedades particulares. Y este es el verdadero campo de la especulación que proporciona considerables ganancias y facilita la reunión de capitales y de fuerzas, favoreciendo la constitución de sociedades que más á menudo son mercantiles. El ejercicio de una industria ó profesión puede ser el objetivo de una sociedad en cuanto la reunión de varias capacidades puede procurar á cada asociado los beneficios que no podría fácilmente obtener uno solo.

CAPITULO III

OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS SOCIOS ENTRE SÍ

SUMARIO: 20. Cuándo comienza la sociedad.—21. Obligación de entregar cosa determinada.—22. Contribución en suma determinada.—23. Socio obligado á aportar su industria.—24. Socio acreedor de aquel que es deudor á la sociedad.—25. La imputación del pago no debe haber sido hecha por el deudor.—26. Para que haya lugar á la imputación legal es preciso que los dos créditos sean exigibles.—27. Socio que recibe toda su porción de un crédito común.—28. Obligación del socio sin culpa.—29. Obligaciones de la sociedad con cada socio.—30. Aportándose el disfrute de cosa determinada, ¿á cargo de quién está el riesgo?—31. Facultad del socio de asociar á un tercero á su cuota.—32. Si la notificación del art. 1.539 es necesaria en caso de asociación y en el de cesión de la cuota social.—33. El asociado es extraño á la administración de la sociedad.—34. Preferencia pactada por los socios en caso de cesión.—35. El socio no puede admitir á un extraño en la sociedad.

20. La sociedad, dispone el art. 1.707, comienza en el instante mismo del contrato si no se fija otra fecha. Las cosas aportadas por cada socio dejan de pertenecer exclusivamente á éste para hacerse de todos; por lo que tal transmisión se efectuará inmediatamente de constituirse la sociedad, y no es necesaria la entrega, puesto que, según los principios de nuestro Código, no se necesita la tradición, sino que basta el consentimiento para la transmisión del dominio.

Aunque el contrato de sociedad exista desde el momento en que existe el consentimiento de todos los socios, sin embargo, se pueden suspender sus efectos por cierto tiempo, conviniendo que la sociedad comience á funcionar en fecha posterior determinada por las partes. En tal caso, los objetos que cada socio se compromete á aportar no salen inmediatamente de su dominio ni se hacen propiedad común sino desde la fecha pactada. Por lo que si la cosa que el socio debe aportar perece antes de dicha fecha, perece para el socio, que es su propietario.

La existencia del contrato de sociedad puede hacerse depender de condición; ¿cuáles serán, en tal caso, los efectos de la pérdida de la cosa que el socio se comprometió á entregar? Según los principios, la pérdida casual de la cosa antes de cumplirse la condición debería estar á cargo de la sociedad, porque teniendo, según el art. 1.170, la condición de la cosa efectos retroactivos desde el día en que fué contraída la obligación, la cosa debería considerarse como transmitida en propiedad de todos los socios desde que éstos prestaron su consentimiento; por consiguiente, la pérdida casual estará á su cargo. Pero no conviene olvidar el art. 1.163 que, en oposición á dichos principios, procede con otro criterio; por consiguiente, según este artículo, si la pérdida tuvo lugar sin culpa del deudor, éste se libera de su obligación, y la pérdida estará á su cargo; é igualmente lo estará si ocurrió por su culpa, pero quedando obligado al resarcimiento de daños.

21. Todo socio, dispone el art. 1.709, es deudor á la sociedad de lo que se compromete á aportar; por lo que está obligado, como el vendedor, á la entrega de la cosa, y hasta que la entregue debe usar con ella de

la diligencia de un buen padre de familia; de lo contrario, será responsable de su pérdida ó deterioro. Responderá también de los daños que produzca la mora si es culpable, puesto que cada cual responde de las consecuencias de sus actos. Debe, además, rendir cuenta de los frutos y ventas, pues pertenecen á los socios copropietarios, y, además, de los frutos que hubiera podido percibir, y que por su negligencia no percibió.

Cuando lo que se debe aportar, dispone el artículo 1.709, consiste en un objeto determinado cuya evicción haya sufrido la sociedad, el socio que lo aportó debe salir garante del mismo modo que el vendedor. El contrato de sociedad es conmutativo en cuanto hay reciprocidad de prestaciones. En la venta, el equivalente es el precio; en la sociedad, está en la prestación de cada socio en cuanto todos participan de él; por consiguiente, el socio debe prestar la evicción como el vendedor en la venta. Si la aportación consistiese en cosa indeterminada, al conferir, por ejemplo, una herencia, el socio no estará obligado más que á garantir su cualidad de heredero, no las cosas singulares que constituyen la herencia, de cuya evicción él no puede responder (art. 1.555).

Si la obligación del socio, por lo que se refiere á la evicción de la cosa determinada conferida por él, es asimilada por el legislador á la del vendedor, ¿se deducirá de aquí que también será igual á la del vendedor, y, por consiguiente, regulada por la misma ley la obligación del socio de prestar la cosa en la cantidad ó medida establecida? Dispone el art. 1.475 que la expresión de la medida en la venta no da lugar á suplemento de precio en favor del vendedor por su exceso, ni á disminución á favor del comprador si es

menor, salvo cuando la diferencia de la medida real, en relación con la indicada en el contrato, exceda de la vigésima parte en más ó en menos del valor total de la cosa, salvo estipulación en contrario; ¿es esta disposición aplicable á la sociedad?

No vacilamos en contestar negativamente. Si el legislador dice que el socio, respecto á la evicción de la cosa determinada, tiene la misma obligación del vendedor, no ha dicho, sin embargo, que todas las disposiciones que regulan las obligaciones del vendedor regulen también las del socio; por consiguiente, el artículo en examen no autoriza al intérprete á aplicar al contrato de sociedad la disposición del art. 1.475. Esta disposición, por otra parte, es de índole excepcional; luego no puede aplicarse al caso no previsto por el legislador. De aquí que se apliquen los principios generales que exigen la igualdad entre los socios; por lo que el obligado á entregar una finca de cien hectáreas, debe prestarla en esta medida ó indemnizar á los socios del defecto, salvo si procede la resolución del contrato por no haber cumplido el socio su obligación, y, en el caso de exceso, tiene derecho á recobrar éste ó á ser indemnizado.

22. La aportación del socio puede consistir en una suma de dinero; en tal caso, si no entrega la suma prometida será, en virtud del art. 1.710, deudor de derecho de sus intereses desde el día en que debió entregarla, salvo el resarcimiento de daños. Lo mismo sucederá, prosigue el segundo párrafo del art. 1.710, respecto de la suma que el socio hubiese tomado de la caja social, cuyos intereses correrán desde el día que la tomó. «Este artículo, dice la Casación de Turín (1),

(1) Decis. 7 Mayo 1879.

señala una excepción al principio de derecho común del art. 1.221, de que los intereses no se deben sino desde la demanda judicial ó de la mora; y como excepción no puede extenderse á otros casos que los indicados. Los casos previstos para la excepción del artículo 1.869, son estos: 1.° El del socio que debiendo aportar á la sociedad una suma no la entregue. 2.° El del socio que haya tomado de la caja social una suma para su provecho particular, y el citado artículo, derogando el principio que rige los intereses, establece que éstos se deberán desde el día en que debió hacerse el pago ó en que se tomo la suma de la caja social. Y la razón es notable é importante. Una sociedad no se forma para esterilizar los capitales, sino para que produzcan; y como los socios no pueden ignorar este fin, tampoco pueden ignorar que no entregando la suma ó retirándola de la caja se oponen al fin de la sociedad, por lo que viene necesariamente á constituirse en mora y está, por tanto, obligado á los intereses sin necesidad de demanda.» De estas consideraciones saca dicho Tribunal la consecuencia de que el socio que se retira de la sociedad dejando en la caja una suma que le pertenece, no tiene derecho á los intereses desde el momento en que se desliga de la sociedad, sino desde el día en que constituye en mora á ésta por la demanda judicial.

Creemos inadmisibles las consideraciones del Tribunal de Turín; porque los intereses de que se habla en el art. 1.710, en lugar de ser intereses moratorios son compensadores. En efecto; lo que cada socio aporta es propiedad común de todos los socios; por consiguiente, el que se retrasa en entregar la suma prometida retiene lo que pertenece á los socios, lo mismo que el que toma dinero de la caja, porque hace suyos los

productos; por lo que debe compensar á los socios pagando los intereses. Y creemos que en atención á la índole de dichos intereses exige el legislador el resarcimiento del daño, además del pago de los mismos.

En las demás obligaciones en general, el resarcimiento del daño que se deriva del retraso en su cumplimiento consiste siempre en el pago de los intereses legales, sin que el acreedor esté obligado á justificar pérdida alguna; de aquí que tampoco en la sociedad estén obligados los consocios á justificar la pérdida para tener derecho á los intereses legales en los dos casos expuestos. Estos, además, pueden demostrar, según dispone el mismo artículo, que los daños sufridos, ya por el retraso, ya por la utilización de la suma, son mayores que el interés legal, y, por consiguiente, exigir los daños. La estimación de esto es fácil en la sociedad por estar determinado su objeto y saberse la pérdida ocasionada.

En el caso previsto por el artículo en examen, los intereses se deben desde el día en que se tomó el dinero de la caja, y no desde el día en que se utilizó en provecho propio, porque desde aquel día siente la sociedad el daño; por lo que la indemnización se deberá lógicamente desde el mismo.

Si el provecho que el socio ha obtenido del dinero común es mayor que el interés legal ó que el daño sufrido por la sociedad, ¿tienen derecho los socios á una suma correspondiente al provecho obtenido por el que usó de la suma? El derecho de los socios, en tal hipótesis, consiste en exigir los intereses legales ó el resarcimiento de los daños, si éstos son mayores que aquéllos; pero más allá de estos límites cesan sus derechos, ya porque la ley no los concede mayores, ya porque habiéndose empleado el dinero por cuenta exclusiva

del socio, así como sufre la pérdida puede aprovechar las utilidades que obtenga, y que no son sólo el resultado del capital empleado, sino de la aptitud ó habilidad del socio.

23. Los socios que se obligan á aportar su industria á la sociedad deben, según el art. 1.711, rendir cuenta de todas las ganancias obtenidas con dicha industria. De aquí, que el socio no puede ejercitar su industria por cuenta propia, sino exclusivamente en beneficio de la sociedad, debiendo rendir cuentas de todas sus ganancias.

Pero ¿podrá el socio ejercitar una industria distinta por su cuenta? Lo puede, sin duda, porque no se obligó á aportar toda su actividad, sino la industria indicada. Adviértase, por otra parte, que hay que armonizar en este punto los derechos del socio para ejercitar por su cuenta una industria con los de la sociedad, relativos á la industria que el socio se obliga á aportar; porque si emplease toda su actividad en el ejercicio de la industria por cuenta propia y descuidase la social, violaría la obligación contraída ó no la cumpliría exactamente, estando obligado al resarcimiento de daños, consistentes en la pérdida que experimentarán los socios de las utilidades que por la industria social hubieran podido obtener.

El socio que aporta su industria puede aportar también el nombre ó razón social con que la ejercía; en este caso, mientras dura la sociedad, ésta usufructúa el crédito de la razón social; pero, una vez disuelto el nombre ó la razón, pertenecen al socio que los aportó.

24. Hemos hablado hasta ahora de las obligaciones de los socios relativas á sus aportaciones prometidas; hablemos ahora de las que pueden contraerse durante el curso de las operaciones sociales.

Si uno de los socios, dispone el art. 1.712, es acreedor por cuenta suya de una suma exigible contra una persona que es también deudora de la sociedad en una suma también exigible, debe imputar lo que recibe del deudor al crédito social y al suyo en la debida proporción, aunque en el recibo hubiese hecho la importación entera á su crédito particular; pero si declaró en el recibo que la imputación la hizo toda ella al crédito social, esta declaración producirá su efecto. Es necesario, á nuestro modo de ver, indagar el fin para que ha dictado el legislador esta disposición, para ver en qué casos debe aplicarse.

El legislador no quiere dejar, en dicho artículo, al capricho del socio á quien se hace el pago, la imputación, sino que respetando la hecha en el recibo á favor enteramente del crédito social, en todos los demás casos establece él mismo el modo y la medida de la imputación. Ahora, si el legislador mantiene firme la imputación que el socio hizo al crédito de la sociedad, y en todos los demás casos determina él mismo la imputación, no obstante haberla hecho el socio en el recibo, quiere decirse que el legislador teme que el socio colocado entre el interés social y su interés particular prefiera este último, sacrificando el otro, y, por consiguiente, para evitar el perjuicio que sufriría la sociedad, ha preferido hacerla él mismo.

Siendo tal el objeto que persigue la disposición en examen, es indispensable el concurso de dos extremos para aplicarla. El primero, que el socio al cual se hace el pago tenga, ó por la ley, ó por el contrato, la facultad de administrar. Porque si el contrato se la quita, es claro que no puede exigir las sumas que pertenecen á la sociedad, y no teniendo facultad para exigirlas, ¿cómo puede imputarlas á favor del crédito social?

Y no se diga que el artículo en examen no hace distinción entre socio administrador y socio no administrador. Tal observación tendría su valor si la distinción no surgiese de la índole ó de las entrañas mismas de la disposición legal; pero desde el momento que es así, no debe considerarse introducida arbitrariamente por el intérprete. En efecto; el peligro temido por el legislador surge cuando el socio á quien se paga puede hacer la imputación, ó al crédito social, ó al suyo; es, pues, manifiesto que si el socio no se encuentra en tal alternativa, el peligro temido desaparece, y con él el fundamento de la disposición. Ahora bien; para que el socio se encuentre en dicha alternativa, es necesario que tenga la facultad de administrar, porque si no la tiene no puede recibir sumas por cuenta de la sociedad; ¿cómo podría, pues, hacer la imputación del pago al crédito de aquel por cuenta del cual no puede exigir?

No se olvide, además, que presumiendo el legislador (art. 1.725) que los socios se confirieron facultades recíprocas para administrar, ha querido suponer que, en la generalidad de los casos, cada socio tenga facultad de administrar, y disponiendo, por consiguiente, para la generalidad de los casos, ha establecido la forma de imputar el pago hecho al socio que, á su vez, es acreedor del que paga. Pero si por estipulación contenida en el contrato de sociedad el socio está privado de administrar, el legislador ¿no iría contra el pacto si dispusiese que el pago debiera imputarse también á favor del crédito social? Porque tal imputación no podría efectuarse sino autorizando al socio á cobrar sumas debidas á la sociedad, lo que es contra el pacto.

Ni se deje pasar en silencio que el art. 1.712 es la

reproducción fiel del 1.848 del Código francés, que, como es sabido, quiso reproducir la doctrina de Pothier (1) de que la imputación proporcional no podía tener lugar sino cuando el socio á quien se pagaba pudiese exigir la suma por cuenta de la sociedad.

25. La segunda condición exigida para aplicar la disposición en examen, es que el deudor que paga no hubiera hecho la imputación; pues la ley no le ha querido quitar este derecho. El texto viene en apoyo de nuestra doctrina. En él, en efecto, se habla de imputación hecha por el socio acreedor y se dispone que, á pesar de dicha imputación, contenida también en el recibo, la imputación del pago tendrá lugar del modo dispuesto por la ley. Por otra parte, el peligro de que el socio, por favorecer sus intereses, perjudique los de la sociedad, se dará cuando tenga libertad de elegir al hacer la imputación; pero si ésta no depende de él, sino del deudor, que tiene el derecho de hacerla, el peligro desaparece y falta el motivo de la disposición legal.

El deudor tiene el derecho de hacer la imputación independientemente del concurso de la voluntad del que recibe, cuando satisface completamente su deuda. Supongamos que Ticio debe mil á la sociedad y mil á Julio, que es uno de los socios; éste tiene, ciertamente, el derecho de elegir acreedor; por consiguiente, si quiere pagar mil á Julio en extinción de su crédito particular, éste no puede rehusar que puede ser obligado á recibir; y si no puede rehusarlo, ¿es posible imputar el pago por una mitad á favor de su crédito y por la otra mitad á favor del crédito social? Pero si Ticio pagase sólo quinientas y declarase que quería

(1) *De la société*, núm. 122.

pagarlas á cuenta del crédito particular de Julio, tal declaración, ¿valdría para excluir la aplicación del artículo en examen?

No vacilamos en negarlo, y he aquí el motivo. El deudor no tiene derecho á obligar al acreedor á recibir parte de su crédito, teniendo éste, en cambio, el derecho de exigirle por entero cuando ha vencido; por consiguiente, la imputación del pago parcial de las quinientas liras á favor del crédito particular del socio Julio no puede ser eficaz sin el consentimiento de éste. Ahora bien; ¿puede éste consentir en recibir el pago imputado totalmente á su favor, cuando el que paga es también deudor de suma exigible á la sociedad? No; porque esta facultad se la quita el artículo de que nos ocupamos; luego si el deudor no tiene derecho á hacer la imputación sin que concurra la voluntad del socio que recibe el pago, el art. 1.712 debe aplicarse.

Puede observarse, contra la doctrina expuesta, que el deudor que paga al socio una suma que corresponde á la cuantía de su crédito particular, puede fácilmente ponerse de acuerdo con éste al hacer la imputación con perjuicio del interés social. Respondemos que este temido inconveniente no puede nunca impedir la aplicación de los principios de derecho ni quitar eficacia á las disposiciones fundamentales del Código, y que si el acuerdo se demostrase, se tendrá lo bastante para establecer que quien hizo la imputación es el acreedor y no el deudor, y que por esto se debe aplicar la dicha disposición.

26. Dada la concurrencia de los extremos arriba indicados, el artículo referido se aplicará cuando los dos créditos sean igualmente exigibles; por consiguiente, si el crédito particular del socio hubiese ven-

cido. y no el de la sociedad, no puede hacerse la imputación proporcional del pago á favor de este último, sino que debe mantenerse la imputación hecha por el socio en el recibo á favor de su crédito.

Añade el artículo que si el socio declara en el recibo que la imputación es exclusivamente á favor de la sociedad, tal declaración produce su efecto, porque si al socio no le es lícito favorecer sus intereses á costa de los sociales, puede preferir éstos á los suyos, y una vez hecho esto, no puede volverse atrás. Pero si la imputación no fué hecha totalmente á favor del crédito social, sino en una parte mayor que la establecida por la ley, ¿tendrá su efecto, en tal caso, la declaración, ó deberá imputarse del modo que el artículo establece? El fin del legislador es impedir que el socio perjudique á la sociedad; pero no existiendo este peligro y favoreciéndose, por el contrario, los intereses sociales, imputando á favor de éstos una suma mayor de la establecida por la ley, el fin de ésta se ha conseguido, y no hay razón alguna para invalidar la imputación hecha por el socio.

Si no se trata de pago, sino de compensación, ¿será aplicable el artículo en examen? No, porque es excepcional. Por otra parte, la compensación se efectúa por disposición de la ley, no por voluntad de las partes; por lo que no habrá en tal caso el peligro de que el socio poco delicado pueda favorecer sus intereses en perjuicio de los sociales.

27. Si uno de los socios, dispone el art. 1.713, recibió toda su porción de un crédito común y el deudor se hace insolvente, este socio debe aportar á la masa lo que recibió aunque hubiese dado recibo especial á cuenta de su porción. Como se ve, el caso estudiado por este artículo es distinto del que regula el artícu-

lo 1.712. En el artículo anterior hay dos créditos: el uno, por cuenta social, y el otro, por la del socio; mientras en éste el crédito es uno solo, el de la sociedad de que el socio ha cobrado su parte. Haciéndose insolvente el deudor, de modo que los demás socios no puedan conseguir la cuota que les corresponde, el socio debe conferir á la masa lo que ha recibido. Según dispone este artículo, la aportación de lo que el socio recibió á saldo de su cuota no tiene lugar inmediatamente, esto es, en el momento que se le hace el pago, sino más tarde, esto es, cuando el deudor se hace insolvente; pero si el crédito durante la sociedad pertenece á ésta, y, por consiguiente, á todos los socios, la exacción de la parte del socio debe entenderse hecha por cuenta de la sociedad, y, por consiguiente, la aportación deberá efectuarse en seguida, no más tarde, pues según el art. 1.710, el socio no puede convertir en provecho propio sumas pertenecientes á la caja social; ¿de qué modo, pues, se concilian estas dos disposiciones que parecen contradictorias? La conciliación, á nuestro juicio, no puede hacerse de otro modo, sino suponiendo que el art. 1.713 está escrito para el socio que no tiene facultad de administrar, no ya para el que la tiene. En efecto; el administrador de la sociedad, aunque reciba una parte del crédito, no puede recibirla sino por cuenta social; teniendo mandato de los socios para exigir, no puede aprovecharse de lo que recibe. Recibida, pues, la suma por cuenta social, debe ingresar inmediatamente en la caja y no puede ser empleada por el socio en su provecho particular; luego la aportación tiene lugar inmediatamente, por lo que no le es aplicable la disposición en examen.

Cuando el socio no tiene poder para administrar, no puede exigir por cuenta de la sociedad; por consi-

guiente, si exige la parte de crédito común correspondiente á su cuota, lo hace por su cuenta. No puede, por tanto, estar obligado á aportar inmediatamente la suma, y se hace aplicable dicho artículo. Y no se diga que, perteneciendo el crédito á la sociedad, el socio no pueda exigir por cuenta propia hasta que ésta no termina su cuota, y que entendiéndose hecha la exacción por cuenta común, la aportación debe ser inmediata. Porque tal razonamiento sería correcto si la sociedad tuviese existencia jurídica propia y distinta de la de los socios; pero desde el momento que no es así y las cosas pertenecen, no á la sociedad, sino á los socios en común, y que un crédito correspondiente á varias personas se compone de tantos como son las cuotas correspondientes á cada acreedor, no puede menos de reconocerse en el socio el derecho de exigir su cuota de crédito; y cuando éste no ha recibido de los socios mandato para reclamar por cuenta común, la exacción es por cuenta suya y no está obligado á aportar. Pero ¿por qué lo está cuando el deudor se hace insolvente?

La razón estriba en el principio de igualdad que rige toda sociedad. Ya fuera que el socio estuviere más diligente que los demás en exigir del deudor co mún la cuota de su crédito, no debe olvidarse los vínculos que le unen con los demás asociados; y como cada socio debe cooperar en cuanto está de su parte al provecho común, la equidad no consiente que se aproveche de su diligencia en su interés y no en el de los demás (1). «Si cum tres socii essent, dice Ulpiano, ageret cum uno ex sociis socium et partem suam integram sit consecutus, deinde alius socios cum eodem

(1) Leg. 65, § 5, *pro socio.*

agit et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest, an is qui minus consecutus est cum eo agere possit qui solidum accepit, ad comunicandas partes, inter eos idest, exaequandos quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus alium unius consequi? Sed magis est ut pro socio actione consequi possit ut utriusque portio ex aequatur.» La disposición del art. 1.413, ¿tiene lugar sólo cuando el socio ha percibido su parte de crédito durante la existencia de la sociedad, ó también después de ésta? Supongamos que, disuelta la sociedad, el crédito queda en común entre los distintos socios, de modo que cada uno se encarga de cobrar la parte que le corresponde: ahora bien; si el deudor se hace insolvente después de haber pagado la cuota de uno de los ex socios, ¿podrán éstos exigir que sea puesta en la masa común la cuota cobrada por el que es ya socio? Disuelta la sociedad, cesa el vínculo que unía á los socios, y falta el fundamento del artículo que examinamos. Por otra parte, el legislador, al aplicar el art. 1.713, supone que existe una masa social; pero disuelta la sociedad y habiendo tomado cada socio lo que le correspondía, toda comunidad desaparece, y no puede ya hablarse de masa común. Y aunque quede un crédito común entre los socios, es lo cierto que, en este caso, habrá simple comunidad, pero no sociedad; por lo que no pueden aplicarse las reglas de ésta.

Si el socio no recibió toda su porción de crédito, sino una parte de esta cuota, ¿es también aplicable el artículo 1.713? Si bien el texto habla de porción entera recibida del socio, sin embargo, el espíritu que informa dicho artículo nos obliga á aplicarle en ambos casos. En efecto; si la obligación de aportar á la masa común nace del principio de igualdad que debe reinar

entre los socios, tal igualdad debe mantenerse aun en el caso en que uno de los socios hubiese cobrado una parte de su cuota y los otros nada ó menos.

28. Cada uno de los socios, según dispone el artículo 1.714, está obligado con la sociedad por los daños ocasionados á la misma por su culpa, sin que pueda compensarlos con las utilidades proporcionadas con su industria en otros negocios. ¿Cuándo incurre el socio en culpa? En otros términos: ¿cuál es la diligencia que éste debe usar respecto de la sociedad y cuya omisión le constituye en culpa? Dispone el art. 1.224 «que la diligencia que debe emplearse en el cumplimiento de la obligación, ya tenga ésta por objeto la utilidad de una de las partes ó de ambas, es siempre la de un buen padre de familia, á no ser en el caso de depósito mencionado en el art. 1.843». Es éste un principio general que, como lo expresa el mismo legislador, debe, en todo caso, aplicarse, salvo disposición en contrario. Ahora bien; como en materia de sociedad ninguna derogación se hace á dicho principio, claro es que su aplicación no ofrece duda. Por tanto, el socio que sostuviese que usó en los asuntos sociales la diligencia que suele usar en los suyos propios, no sería escuchado si esta diligencia no fuera la de un buen padre de familia.

¿Por qué el socio no puede compensar los daños ocasionados por su culpa á la sociedad con las utilidades proporcionadas á la misma con su industria? Porque con éstas no hace más que cumplir una obligación con la sociedad. Si, pues, es deudor á los socios de esta su industria y actividad, y, además, deudor de los daños consecuencia de su culpa, ¿cómo es posible que quien tiene dos deudas compense la una con la otra?

Pero si las utilidades se hubieran proporcionado á la sociedad en el mismo asunto respecto del cual debe el socio culpable el resarcimiento de daños, ¿podrá haber compensación? Un socio, supongamos, se encarga de la venta de géneros ó mercancías, no usa de toda la diligencia respecto de una parte de ellas, y en cuanto á éstas, la sociedad sale perdiendo; por el contrario, usa de mucha diligencia en la venta de la parte restante, de modo que la sociedad percibe una importante ganancia; pues bien, ¿deberán detraerse las utilidades de los daños para ver si la sociedad pierde ó gana y, por consiguiente, determinar si el socio está ó no obligado al resarcimiento de daños?

Por la afirmativa podría observarse que el legislador prohibe la compensación de los daños con las ganancias proporcionadas en otros asuntos; lo que quiere decir que permite tal compensación cuando el negocio es único. Por otra parte, cuando el asunto es único se aprecia en su conjunto, no parcialmente; por lo que si en conjunto hay alguna utilidad, el socio no está obligado á resarcir.

Estas razones no nos parecen bastante sólidas. Es verdad que la ley habla de utilidades proporcionadas en otros negocios, y declara que éstas no pueden compensarse con los daños; pero también lo es que si se realizan dos negocios distintos ó independientes, de modo que el socio encargado de realizarlos hubiese pecado de negligente en uno, siendo diligente en el otro, los negocios realizados son dos, no uno, aunque dependan del mismo encargo recibido y se comprendan en la misma especie de operaciones. Aunque admitamos, según se dice en contrario, que un solo negocio debe ser apreciado en conjunto, ¿se deduce de aquí la consecuencia de que en la hipótesis que nos

ocupa no haya daño? Creemos que no. En efecto; el daño, no sólo consiste en la pérdida efectiva, sino en la ganancia no obtenida. Ahora bien; si, volviendo al ejemplo arriba propuesto, el socio ganó mil en la venta de una mitad de las mercancías y ciento en la otra mitad, pudiendo haber ganado otros mil, ¿quién no ve que la sociedad, aun tomando el negocio en su conjunto, ha salido perjudicada? Si, pues, hay daño, el socio negligente no puede eximirse de la obligación de resarcirle.

29. Hasta aquí hemos hablado de los deberes de cada socio con la sociedad; hablemos de los que los asociados tienen con cada socio.

Las cosas (art. 1.715) que sólo han de disfrutarse por la sociedad, si consisten en cuerpos ciertos y determinados que no se consuman por el uso, quedan á riesgo y ventura de su propietario. El legislador no prevé en este artículo el caso en que el socio haya conferido la propiedad, sino sólo el goce de la cosa; pero de aquí se deduce la regla del caso en que se confiera la propiedad. En efecto; ¿por qué en el caso dicho la cosa es de riesgo para el propietario? Porque *res perit domino*. Por el contrario, cuando la propiedad se transmite, se hace común á todos los socios; aplicando, pues, el mismo principio *res perit domino*, debemos deducir que la pérdida estará en este caso á cargo de todos los socios á proporción de su cuota. No es necesario advertir que en este artículo se habla de riesgo independiente de toda culpa, porque si la pérdida ocurrió por culpa de algún socio, éste debe resarcir el daño, ó al socio ó á la sociedad, según se haya conferido el goce ó la propiedad de la cosa.

Si las cosas, prosigue el art. 1.715, cuyo sólo goce se ha conferido á la sociedad, se consumen con el uso

ó se deterioran conservándolas, si fuesen destinadas á ser vendidas ó puestas en sociedad, según tasación procedente de inventario, quedan á riesgo y ventura de la sociedad. En los casos indicados en este primer párrafo del artículo en examen, aunque el socio haya querido aportar solamente el goce, sin embargo, la sociedad adquiere el dominio, siendo, como cuando se trata de cosas fungibles, deudora al socio de las cosas aportadas ó de su valor, de modo que, disuelta la sociedad, tiene derecho el socio á recibir la cantidad y calidad de la cosa ó su valor. Y no se diga que con la citada disposición coloca la ley en la misma situación al socio, que sólo ha aportado el goce de cosas fungibles ó destinadas á ser vendidas ó tasadas, y al que aporta la propiedad; porque si en uno y otro caso el dominio de dichas cosas es adquirido por la sociedad, es, sin embargo, verdad que, aportándose la propiedad, la sociedad no es deudora de su valor al socio, mientras lo es en el caso en que la aportación se haya limitado al goce.

Cuando se confiere el goce de cosas que se consumen con el uso ó se deterioran al conservarlas, ó son aportadas para ser vendidas, no es necesario que dichas cosas se hayan tasado para que se considere efectuado el paso de su propiedad á la sociedad, porque la ley no lo dice, sino que dice que la valoración en sí considerada é independientemente de la índole y cualidad de las cosas aportadas, es uno de los modos de poner el riesgo y peligro de las cosas á cargo de la sociedad, y, por consiguiente, á transmitir á ésta el dominio. Luego si las cosas fungibles ó destinadas á ser vendidas se aportan sin tasación, la propiedad pasa á la sociedad y quedan, por tanto, á riesgo y ventura de ésta.

En la hipótesis que nos ocupa, la propiedad de las cosas aportadas pasa inmediatamente á la sociedad, quedando ésta deudora al socio, del valor que tenían al tiempo en que se aportaron y no al tiempo en que la sociedad termina; por lo que si la tasación fué hecha en aquel tiempo, la sociedad es deudora del valor establecido en la misma, y si no hubo tasación, es preciso determinar el valor de la cosa al tiempo de la entrega. Si las cosas existen en especie al disolverse la sociedad, el socio aportador no puede pedir su restitución si el valor de las mismas hubiese crecido, porque siendo propietaria la sociedad, no es admisible la acción reivindicadora.

Cuando la tasación de las cosas, de las cuales se aportó solamente el goce, se hizo con el objeto exclusivo de constituir á la sociedad deudora del valor de las mismas, y, por consiguiente, de poner el riesgo á su cargo, ¿es necesario para tal fin que resulte de un inventario? La ley habla, es cierto, de tasación que resulte de un inventario; pero no creemos que le imponga como condición para transmitir el dominio. El legislador, creemos, encuentra en la tasación proveniente de inventario una base para suponer la transmisión; pero no ha querido impedir que tal intención de las partes no resulte de otro modo. Por consiguiente, cuando la tasación se hace de común acuerdo sin inventario, puede el juez deducir que hubo transmisión y que el riesgo es de la sociedad siempre que resulte que la tasación se hizo con tal objeto.

También los riesgos de un inmueble aportado para el solo disfrute están á cargo de la sociedad, cuando fué aportado para ser vendido ó se tasó con la idea de que la sociedad debiese su valor, ya porque la ley no dice que los inmuebles estén excluídos de la disposi-

ción que examinamos, ya porque en los contratos la voluntad de las partes es la ley entre ellas. Entregado un inmueble para la venta, la propiedad se adquiere inmediatamente por la sociedad, que queda deudora del precio, y no en el momento de la venta. Por consiguiente, si al disolverse la sociedad no se ha vendido el inmueble, el socio que le entregó, salvo pacto en contrario, no tiene derecho á pretender su restitución ni los socios pueden obligarle á recibirle, sino que se le debe su valor, y puede obligar á los socios á pagarlo.

Si la cosa se tasó, dice el último párrafo del artículo en examen, el socio no puede repetir más que el valor de la suma, porque la sociedad, al adquirir el dominio de la cosa entregada, es deudor del valor fijado en la tasación.

30. Del art. 1.716 resulta otra obligación de la sociedad con el socio: «Un socio tendrá acción contra la sociedad, no sólo por la restitución del capital desembolsado por cuenta de ésta, sino además por las obligaciones contraídas de buena fe por los asuntos sociales y por los riesgos inherentes á su administración.» Esta disposición, ¿es absoluta, esto es, aplicable en todo caso, tenga ó no el socio facultades administrativas? Cuando el socio no haya sido privado de la facultad de administrar, basta que al dirigir el negocio por cuenta social obrase de buena fe y dentro de los límites del mandato, para poder invocar en su favor la disposición del artículo que examinamos; pero si el socio no tiene facultades administrativas, porque el contrato le priva de ellas, no sólo, hablando exactamente, no va de buena fe cuando se inmiscuye en los negocios de la sociedad, sino aun dado que ésta exista, no basta para obligar á la sociedad con él; es

necesario que haya proporcionado á los socios una utilidad. Porque siendo en tal caso extraño el socio á todo lo que se refiere al negocio, al ingerirse en los asuntos tiene que ser considerado como gestor de negocios, al cual no corresponde la acción, según el artículo 1.144, sino en el caso que el asunto fuera bien administrado. Demostrado, pues, que el socio no administrador hubiera hecho cosa útil, puede invocar en su favor la disposición que examinamos.

Cuando el socio está en condiciones de poder invocar esta disposición, tiene derecho á indemnización; pero ¿tendrá derecho á los intereses de las sumas pagadas? Hay que recurrir á los principios, porque el art. 1.726 nada dice. Si el socio es administrador, se considera como mandatario, y puede invocar el artículo 1.755. Si no lo es, y debe considerarse como gestor, puede invocar el 1.144, que le da derecho á los intereses de las sumas desembolsadas desde el día en que se desembolsaron.

Los riesgos por los cuales tiene el socio acción contra la sociedad, son los inherentes á su administración, consecuencia directa de ésta y sólo ocasionados por ella. Pongamos este ejemplo de Pothier: El socio que viaja para un negocio social es robado; ¿tiene derecho á poner á cargo de la sociedad el valor del hurto? Sí, si el dinero robado correspondía al negocio; pero no en cuanto al exceso, porque en el primer caso el riesgo es una consecuencia inmediata y directa del negocio que iba á realizar, pero no en el segundo.

La acción del socio para el pago de lo que se le debe, ¿se ejercita solidariamente, ó á *pro rata* contra cada socio? Cuando el socio es administrador, y, por tanto, mandatario, parece que debe aplicarse el artículo 1.756, que dispone que si el mandato se confirió

por varias personas para un negocio común, cada una de ellas está obligada *in solidum* con el mandatario por todos los efectos del mandato. Conviene observar, además, que siendo común el negocio tratado por uno de los socios, debe considerarse á su vez, y por lo que se refiere á su interés, como uno de los mandantes, obligado, por consiguiente, con la acción solidaria con el mandatario. Si, pues, debe considerarse como uno de los mandantes, como un coobligado solidariamente, es aplicable el principio de que, satisfecha la deuda por uno de los deudores solidarios, éste ejercita á *pro rata* la acción de reembolso contra los coobligados. Si el socio no tiene poder para administrar y debe considerarse como gestor de negocios ajenos, no tiene tampoco ninguna acción solidaria con aquel por cuenta del cual se ha administrado el negocio, porque falta un texto legal que establezca dicha solidaridad.

Si uno de los socios es insolvente, el daño, ¿estará á cargo exclusivo del socio que administró el negocio, ó se repartirá entre todos? Las pérdidas, dice el artículo 1.717, se repartirán entre todos los socios en proporción á su cuota. Ahora bien; si el negocio se hizo por cuenta de la sociedad, y uno de los socios no está en situación de pagar su parte de gasto, la pérdida debe ser soportada por la masa común, no por el socio que hizo gastos para el negocio por no consentirlo el principio de igualdad que debe reinar entre los socios. Por otra parte, el socio que hizo los gastos no ha hecho más que adelantar lo que la sociedad debió suministrar; si la caja social hubiese suministrado el dinero, la insolvencia de uno de los socios hubiera pesado sobre ella indudablemente; luego no puede adoptarse una solución contraria en el caso en

que el dinero lo hubiese adelantado uno de los socios en interés común.

31. El contrato de sociedad presenta, sobre todos los demás, la especialidad de que está basado en la estimación y confianza recíproca de los socios. Ahora bien; si los derechos derivados de las demás convenciones pueden ser cedidos, donados ó transmitidos de otro modo, ¿puede decirse lo mismo del contrato de sociedad?

Responde á la pregunta el art. 1.725, que dice: «Cada uno de los socios tendrá la facultad de asociarse, sin el consentimiento de los demás, á un tercero respecto de su cuota social; pero no podrá sin tal consentimiento admitirle en sociedad, aunque tuviese la administración de la misma.» Con esta disposición se concede una facultad y se hace una prohibición; hablemos de ambas.

La facultad consiste en poder cada socio asociarse con una ó várias personas, pero sin que formen parte de la sociedad. Es, pues, una nueva sociedad independiente de la principal. El hecho del socio que admite á un tercero á participar de su cuota social, es distinto del que la cede, porque en el primer caso hay sociedad, y en el segundo venta. Y como el artículo habla de asociación y no de venta, ¿entenderemos que prohibe esta última?

Tal prohibición debería ser expresa, y como no lo es hace falta acudir á las reglas fundamentales de la sociedad. La cesión puede suponerse parcial ó total. Si es parcial, creemos que puede hacerse válidamente, ya porque el tercero queda ajeno de la sociedad, respetando así la prohibición del art. 1.725, ya porque el socio conserva intereses dentro de la sociedad y hace valer los derechos contra los demás socios. Pero

si se cede toda la cuota, ¿es válida la cesión? «No hay duda, responde Borsari (1), sobre la facultad de ceder ó enajenar la porción que nos corresponde en la sociedad, pues no existe ninguna contradicción. Los derechos se venden como son y en el estado en que se encuentran; es decir, *pro indiviso,* eventuales y sin ninguna determinación de partes relativa á futura división. Pero lo que hay de especial y característico en la sociedad es que el cesionario no figura y la cesión permanece incógnita á la sociedad, hasta que, disuelta ésta, no se distribuye la masa social por medio de la división. De aquí que el mayor ó menor interés del negocio, que en la venta es total ó por lo menos puede serlo, y en la asociación es siempre parcial, es una relación extraña á la sociedad, que no lesiona las simpatías personales y no dificulta su marcha administrativa porque no se conoce.»

De la misma opinión es la Casación de Florencia (2), que se expresa de este modo: «Una cosa es que un tercero no pueda considerarse como socio sin el consentimiento de los demás, y, por consiguiente, no pueda ser admitido al goce de todos los derechos inherentes á esta cualidad, y otra cosa sería sostener que el socio no pueda ceder á un tercero la propiedad de los capitales puestos en la sociedad, así como su crédito contra la misma por las utilidades sociales, y que tal cesión no haya de producir todos los efectos legales frente al otro socio, en cuanto éste es detentador de las sumas que constituyen la parte de utilidades debida al cedente.»

Nuestra modesta opinión no está conforme con esta

(1) Comm., art. 1.725, § 3.836.
(2) Decis. 5 Mayo 1874.

doctrina. Cuando el socio cede toda su cuota no tiene ya interés alguno en la sociedad, y no teniéndolo, ¿cómo puede permanecer en ella? Admitida la cesión de la cuota del socio, el que se subroga en su puesto adquiriendo todos los derechos es el cesionario, al cual, por tanto, debe considerársele como verdadero socio; por consiguiente, es manifiesta la infracción de la ley, que prohibe la introducción de un extraño en la sociedad. Y no se diga que permaneciendo desconocida la cesión, ó debiendo permanecer tal, en cuanto los demás socios no tienen interés en ella, el que figura socio es el cedente, y, por consiguiente, conserva sus relaciones con los demás socios; porque no puede lógicamente sostenerse que un *figurante* tenga interés, y, por consiguiente, derecho, á permanecer en sociedad. Si el socio se despoja de todos sus derechos, transmitiéndolos al tercero concesionario, pierde su cualidad de socio; por lo que no podría permanecer en la sociedad sino como representante del cesionario. Pero si se admite que éste pueda hacerse representar, se admite su cualidad de socio, por lo que hay que atribuirle todos los derechos inherentes á dicha cualidad. Violaríase de tal modo la prohibición de la ley, metiendo por la ventana lo que no puede entrar por la puerta. Salvo el caso, pues, en que el contrato permita al socio ceder á un extraño su cuota, y admitir por tal modo al extraño en sociedad, en todo otro caso la venta ó cesión total no puede tener eficacia entre los socios y el cesionario. Añádase que el socio al vender su cuota entera transferiría al cesionario, no sólo sus derechos, sino también sus obligaciones con la sociedad, cesión inadmisible sin el consentimiento del acreedor.

32. El art. 1.539 dispone que el cesionario no tie-

ne derecho contra los terceros sino después de notificada al deudor la cesión, ó bien si éste la aceptase en documento auténtico; esta disposición, ¿es aplicable en la hipótesis de que nos ocupamos?

Si el socio no hubiese hecho más que asociar á un tercero á su cuota, no estamos en el caso del artículo 1.539. Este artículo, en efecto, habla de cesión, que equivale á venta, mientras que si se asocia á un tercero hay sociedad, pero no venta. Sin duda, la disposición contenida en el art. 1.539 es excepcional; por tanto, no susceptible de interpretarse extensivamente. Pero si se tratase de cesión de toda ó parte de la cuota social, el art. 1.539 ¿será aplicable relativamente á los créditos comprendidos en la cesión? La afirmativa es indudable, porque se está propiamente en el caso á que el artículo citado se refiere; esto es, de verdadera enajenación de los derechos de crédito. ¿A quién ha de hacerse la notificación? Si el tercero fuese deudor á la sociedad, ¿debe notificársele la cesión de la cuota de un socio? Se dice que no puede imponerse la obligación de notificar, cuando no sirve para conseguir el objeto que la ley la asigna. Y como éste es impedir que se pague á otro que el cesionario, y como mientras dura la sociedad el deudor puede pagar toda su deuda á alguno de los socios administradores, salvo la obligación de éstos de dar cuentas de las sumas ingresadas, claro es que el objeto de la notificación falta. Pero se puede replicar que el deudor podría también pagar al socio que cedió su cuota, si la cesión no le hubiese sido notificada; si se tiene interés, por tanto, en impedir que el pago se efectúe en manos del cedente, es necesario que el cesionario notifique al deudor la cesión hecha.

33. Siendo extraños los demás socios á la sociedad

contraída entre el socio y el tercero, el asociado no tiene ninguna acción contra los socios ni derecho á ingerirse en la administración de los negocios sociales, y sólo podrá ejercitar con la acción útil contra los socios, heredando, por decirlo así, la acción del socio que es deudor con relación á él. Respecto á los demás socios, el que asocia responde de los actos de su asociado; y si aquéllos se benefician con la utilidad que éste hubiese proporcionado con su obra ó industria á la masa común, no están obligados á sufrir los perjuicios; porque el socio puede beneficiar, pero no perjudicar á la sociedad sin resarcirla del daño ocasionado.

El asociado ¿tiene derecho á exigir cuentas del que le asoció, para, en caso de haber utilidades, poder establecer la parte que le corresponde? Si el que asocia administra, no hay duda que sí; pero ¿y en caso contrario?

«Si no es lícito poner en duda, dice la Casación de Florencia (1), que, por regla general, el que no administra no debe rendir cuentas, es igualmente cierto que tal principio no puede invocarse contra una institución que tiene reglas propias, cual es la de admisión de un socio; no teniendo éste relaciones jurídicas con la sociedad, no puede dirigirse contra el que administró, pero debe pedir la rendición de cuentas al socio que le admitió, pues éste debe responderle de los actos de los socios como si hubiese él administrado en persona.

»Esta verdad, proclamada por la Ley 22, Dig., *Pro socio: ex contrario factum quoque sociorum (socius) debet ei (quem adsumsit) praestare sicut suum, quia ipse (socius) adversus eos (socios) habet actionem*, está san-

(1) Decis. 9 Diciembre 1881.

cionada en el art. 1.725, para las sociedades civiles, y en el 111 del de Comercio, para las mercantiles. Si el socio admisor no administró, deberá exigir cuentas del administrador: *quia ipse adversus eum, habet actionem,* según la citada ley romana, y, á su vez, rendirá cuentas á su asociado. Nada impide obligarse prometiendo el hecho de una persona, porque tal promesa se resuelve en la obligación de indemnizar *in id quod interest,* si el tercero rehusa cumplir la obligación (artículo 1.129, Cod. civ.) Esto sucede precisamente en cuanto á la rendición de cuentas, en el caso que un socio asocie á otra persona en su porción social, aunque él no administre. En tal caso, bien decían los antiguos pragmáticos, si el socio admisor frente al admitido, *fingitur personaliter administrasse,* por la máxima: *qui per alium facit per se ipsum facere videtur;* sin lo cual se daría el intolerable absurdo de que el coasociado no podría pedir cuentas á nadie: al admisor, porque no administró, y al administrador, porque no tiene con él ningún vínculo jurídico.

»Es, pues, evidente, que el único obligado á rendir cuentas al asociado es el admisor, con el cual contrató, y que ninguna imposibilidad jurídica se impone al cumplimiento de esta obligación. Fuera de propósito se invoca el derecho romano referente á los tutores y curadores. Prescindiendo de que no está vigente, pues el Código prohibe la pluralidad de tutores (art. 246), no hay analogía entre ambos casos, porque el tutor ó curador que administró estaba realmente sujeto á la acción de su pupilo; mientras que el asociado no tiene acción contra el administrador social, con el que no tiene vínculo jurídico.

»Y no se oponga que al asociado le corresponde la acción útil contra el administrador de la sociedad, y

que cuando el admisor no pide cuentas puede pedirlas él, porque éstas son facultades discrecionales del asociado y no excluyen su derecho á pedir cuentas directamente al admisor.» Hacemos nuestra tal doctrina.

34. Consentida en el contrato, al socio, la facultad de ceder ó enajenar toda su cuota, ¿pueden los demás socios estipular el pacto de preferencia en la cesión? ¿Cuáles serán sus efectos? El primero es que el socio debe notificar á los consocios la cesión que piensa hacer. En cuanto al modo de notificar, si se indica en el contrato, éste tiene fuerza de ley; pero si no se indica, no es necesario que la notificación se haga judicialmente, porque no lo pide la ley. La dificultad estriba en la prueba de dicha notificación, por lo que será conveniente acudir á la notificación judicial. Pero creemos que la prueba puede hacerse por medio de testigos, por no tratarse de un contrato, sino de un hecho.

La preferencia no puede hacerse valer cuando el socio admite á un tercero á participar de su cuota social, porque se trata de un caso distinto.

Si la cesión se hace sin conocimiento de los socios, ¿se entenderá sujeta á condición suspensiva ó se resolverá cuando los socios ejerciten el derecho de preferencia? Es preciso tener en cuenta la intención de las partes, según aparezca del acto de cesión. Si de él se deduce que la cesión no debería surtir efecto sino después de la renuncia de los socios, se entenderá hecha bajo condición suspensiva, y, por tanto, si los socios ejercitan su preferencia, la cesión se tendrá por no hecha, y el socio que la hizo se considerará que permaneció en sociedad hasta el momento en que la cesión se probó. Si, por el contrario, las partes quisieron que la cesión produjese efectos inmediatos, salvo su resolución,

en caso de ejercicio, del derecho de preferencia, se reputará la acción hecha bajo condición resolutoria; por lo que si los socios hacen valer su derecho, el cedente habrá cesado de formar parte de la sociedad desde el momento en que se aprobó la cesión, y desde entonces se subrogarán los socios en su porción; si renuncian á su derecho, la cesión no se resuelve y el cesionario subroga al cedente en la sociedad desde la fecha de la cesión.

35. El socio no puede admitir á un extraño en la sociedad sin el consentimiento de los demás socios (artículo 1.785). La razón es obvia. La sociedad se basa en la confianza mutua: ahora bien; el extraño puede no inspirar confianza. Por otra parte, su admisión implica la modificación del contrato, que no puede efectuarse sin el consentimiento de todos los socios.

La ley añade que el socio no tendrá dicha facultad aun en el caso que sea administrador. Es consecuencia de los principios; ¿por qué, pues, el legislador lo prohibe expresamente? Tal vez para disipar toda duda acerca de las facultades del administrador.

¿Es necesario el consentimiento de todos los socios para la admisión del extraño en la sociedad ó basta la mayoría? Cuando se trata de modificar el contrato no basta la mayoría, porque lo que nació con el consentimiento de todos, no puede deshacerse sino con el mismo consentimiento de todos, y no con el de la mayor parte.

CAPITULO IV

PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS EN LAS UTILIDADES Y PÉRDIDAS

SUMARIO: 36. La medida de la participación puede ser determinada en el contrato.—37. Socio industrial.—38. Determinación de la cuota del tercero ó de uno de los socios.—39. Nulidad del pacto que asigna á un socio todas las ganancias.—40. Pacto que exime á uno ó varios socios de su participación en las ganancias.—41. La nulidad impuesta por la ley no afecta á la cláusula prohibida, sino á todo el contrato.—42. Reparto de las pérdidas en caso de desigualdad entre las aportaciones y la participación en las pérdidas.

36. Cuando la sociedad se contrae, pueden las partes, y suelen hacerlo de ordinario, fijar ellas mismas la medida en que cada socio debe participar en las utilidades y pérdidas. Nadie mejor que los socios puede valuar la entidad de la obra prestada por cada uno de ellos, y el provecho, además, que se obtendrá de las cosas aportadas por cada uno; por lo que si ellos son los mejores jueces en esta apreciación, la proporción fijada en el contrato debe ser preferida á toda otra.

El legislador, cuando se trata de repartir las ganancias y pérdidas entre los socios, no interviene sino para suplir su silencio ó para prohibir ciertas cláusu-

las opuestas abiertamente á la índole de la sociedad. Veamos, ante todo, qué es lo que dispone el legislador cuando callan las partes.

Si el contrato de sociedad (art. 1.717) no determina la parte de cada socio en las ganancias ó pérdidas, tal parte estará en proporción á lo que cada socio haya aportado á la sociedad. La primera pregunta que surge espontánea al leer dicho artículo, es ésta: la intervención del legislador en la determinación de dicha parte de pérdidas y ganancias, ¿tendrá lugar aun cuando los socios hayan fijado las unas y callado respecto de las otras? Por ejemplo: dos socios aportan mil cada uno; el contrato establece que uno de ellos participará en las ganancias, el uno en un tercio y el otro en dos; pero no se habla de las pérdidas: ¿en qué proporción concurrirá cada socio?

Se presume, dicen algunos, que en la misma proporción. Pero ¿dónde se encuentra tal presunción? En la ley ¿no se tratará de presunción *hominis?* No tenemos más que un indicio, cuyo valor no es absoluto, sino dependiente de las circunstancias. Creemos que el legislador ha querido intervenir en este caso y proporcionar las pérdidas con el capital aportado, no con las utilidades. En efecto; el art. 1.717 no dispone para el solo caso en que el contrato no determine ni la parte de utilidades ni la de pérdidas, sino también para el caso en que la una ó la otra no se hayan determinado, por ser éste el significado de las palabras de dicho artículo, si el contrato de sociedad no determina la parte de cada socio en las ganancias ó pérdidas, etc.—Si el legislador hubiese querido intervenir sólo en el caso en que en el contrato no se hubiese hablado ni de pérdidas ni de ganancias, habría usado la conjunción *y,* pero no la *ó* que se encuentra

en el inciso mencionado. Por otra parte, el silencio de las partes, cuando la ley dispone sobre una materia, indica que se atienen á la ley. Ahora bien; si las partes han manifestado que las ganancias se repartan en cierta medida distinta de la legal y han guardado silencio respecto á las pérdidas, tal silencio denota que se han querido atener á la proporción legal. No determinando, dice la ley, el contrato, la parte de cada socio en las ganancias y las pérdidas, tal parte estará en proporción de la que cada uno aportó; pero, ¿cómo se determinarán las aportaciones cuando no se declaren? ¿Se presumirá que son iguales? Estableceríamos entonces una presunción que no se encuentra en la ley. Y si se quisiese establecer una presunción *hominis* observaremos que el argumento no tiene siempre un valor absoluto, sino circunstancial, y que no se puede, por tanto, resolver con el mismo *a priori* la cuestión. Se aplicarán, pues, los principios generales de razón, según los cuales el actor está obligado á probar el fundamento de su demanda; por lo que si quiere reclamar en juicio las utilidades en proporción á sus aportaciones, debe probar que hizo éstas en la suma y valor indicados en la demanda.

37. Respecto al socio industrial, dispone el artículo 1.717 que su parte equivaldrá á la del que aportó menor cantidad. Es éste un medio adoptado por el legislador para evitar litigios é investigaciones enojosas sobre la estimación de la industria aportada por el socio en todos los casos en que ésta no hubiese sido hecha. Podrá discutirse si el legislador ha hecho bien en estimar la industria del socio como la parte del que aportó menos, pero tal cuestión no es de nuestra competencia. Bástanos tener presente que la disposición es excepcional; pues no proviene de los princi-

pios de razón, sino del interés social, y tiene por objeto evitar litigios difíciles.

Si el socio industrial hubiera aportado también capital, ¿será aplicable la misma disposición? Observemos que es excepcional. El legislador habla de socio industrial; luego si éste aporta capital, ya no lo es, y no puede aplicarse dicha disposición. Por otra parte, si la industria del socio puede estimarse como la parte del que menos aporta, no puede hacerse lo mismo con el capital. Y no pueden estimarse separadamente una y otro, ya porque la ley no hace tal separación, ya porque sería preciso poner como término de comparación la parte de capital aportada también por el socio industrial, para ver cuál era la cuota menor del socio capitalista, lo que no pudo entrar en las intenciones del legislador, el cual se refiere á los capitales de los demás socios, no ya al del socio industrial (1).

Tampoco es aplicable el artículo mencionado al caso en que el socio capitalista sea uno solo y cuando todos hayan aportado una cuota igual; porque el texto supone, por lo menos, dos cuotas desiguales.

¿Cómo se procederá, por tanto, en estos casos, al valuar la cuota del socio industrial, para proporcionar á la misma su parte en las ganancias ó pérdidas? Aplicando los principios generales; luego á falta de presunción, el socio industrial debe probar el valor de su obra personal, y como ésta no puede nunca ser precisa y exacta como si se tratara de un hecho, el juez apreciará la habilidad del socio y demás circunstancias.

38. Los socios que en el contrato no determinaron el valor de su cuota, pueden evitar la intromisión de

(1) Apel. Palermo, 3 Febrero 1864.

la ley, dando á un tercero la facultad de determinarla. Si los socios, dice el art. 1.718, convinieron someter al juicio de uno de ellos ó de un tercero la determinación de las porciones, hecha ésta no podrá impugnarse sino cuando sea visiblemente contraria á la equidad.

También en la venta puede encomendarse á un tercero la fijación del precio; pero el art. 1.454 añade que si la persona elegida no quiere ó no puede fijarlo, la venta es nula; ¿puede decirse lo mismo en la sociedad? Es principio incontrovertible que el intérprete no puede crear nulidades no impuestas por el legislador; ahora, de querer, ésta lo hubiese dicho. Obsérvese, además, que la razón que milita para la nulidad en un caso no milita en el otro. En la venta el precio es esencial. En la sociedad, en cambio, el reparto de utilidades y pérdidas no es lo que constituye el contrato, sino que es una consecuencia de la sociedad, por lo que en el silencio de las partes el legislador ha podido determinar la cuota de cada socio en las utilidades ó pérdidas, mientras que en el silencio de las partes acerca del precio no ha podido determinarlo, ni tampoco sugerir un criterio para ello.

No siendo nula la sociedad en la hipótesis de que nos ocupamos, el reparto de utilidades y pérdidas, ¿se hará del modo prescripto por la ley, esto es, en proporción de la cuota de cada socio? Sería error adoptar este criterio como regla absoluta. Porque el legislador no fija el modo de repartir las ganancias ó pérdidas, sino en el silencio de las partes, por lo que si manifiestan su voluntad, ésta debe ser respetada. Ahora, si los socios al encomendar á un tercero ó á uno de ellos la determinación han querido no sujetarse al criterio de la ley, sino al de estas personas, por lo que el juez, recusando á la persona encargada, ó no pudien-

do ésta proceder á la fijación referida, ¿deberá ponerse en oposición con la voluntad de las partes adoptando el criterio de la ley? Creemos, pues, que el juez debe colocarse en el lugar de la persona designada por los socios y determinar el reparto con el criterio impuesto por los contratantes á dicha persona. Y si éste no existe, el juez verá si debe adoptar el de la ley ú otro que, vistas las circunstancias, resulte ser el de las partes.

La determinación hecha por la persona designada por los socios, no puede impugnarse, según dispone el art. 1.718, sino en el caso en que sea evidentemente contrario á la equidad. Lo cual, prácticamente hablando, no puede ser más incierto; por lo que es imposible fijar *a priori* cuándo lo será. El legislador, al hablar de evidencia, se ha referido á una evidencia subjetiva; por lo que la cuestión será de libre apreciación.

Reconocida evidentemente como contraria á la equidad la reclamación hecha por la persona designada, ¿cuál será su consecuencia? La sociedad no puede, ciertamente, considerarse nula, porque no es nulo el contrato de sociedad en que las partes nada hubieran establecido sobre el reparto de utilidades y pérdidas, por lo que no será nulo cuando, reconocida inicua la determinación hecha por el encargado, falte ésta. A la determinación contraria á la equidad creemos que debe el juez sustituir una equitativa, siguiendo los mismos criterios indicados en el contrato de sociedad.

Contra la determinación hecha por la persona encargada, ¿puede reclamarse?; y ¿en qué tiempo? No podrá reclamarse, dice el art. 1.718, cuando hayan transcurrido más de tres meses desde el día en que el socio lesionado tuvo noticia de la determinación, ó

cuando, por su parte, comenzó á ejecutarla. El tiempo relativamente considerable transcurrido después de conocida la determinación, sin que el socio que se considera perjudicado reclame, y su ejecución por parte del mismo, hacen presumir que la acata; por lo que el legislador le priva de la facultad de impugnarla. No es necesario, para que transcurra el término de tres meses, que la determinación haya sido notificada al socio que se considere lesionado, porque la ley no habla de notificación, sino de conocimiento. La prueba de éste puede hacerse por testigos, por tratarse de un hecho.

39. Hablemos ahora de los pactos prohibidos por la ley. Es nulo, dice el art. 1.719, el pacto que atribuye á uno de los socios la totalidad de las ganancias. Lo cual se funda en la índole del contrato de sociedad que se constituye para obtener un lucro mediante una determinada empresa, y este objeto debe ser común á todos; de lo contrario, faltaría el interés de formar sociedad, y no se comprenderían las aportaciones, por faltar la causa de la obligación.

Pero no sólo habrá nulidad en este caso, sino también cuando las ganancias se repartan entre algunos socios, excluyendo á los demás. Y no se diga que el legislador no comprende este caso, porque aquí la nulidad no depende de la voluntad del legislador, sino de la falta de uno de los elementos esenciales al contrato. Ahora bien; ya sea uno solo ó varios socios los que queden excluídos, siempre faltará la causa de la obligación y siempre habrá motivo de nulidad.

¿Bastará para no incurrir en nulidad que se asigne al socio una parte cualquiera de las utilidades? Las partes tienen facultad de repartirse entre sí las utilidades del modo que lo estimen conveniente, y no se

encuentra otro límite que el artículo en examen; por lo que parece que, asignando al socio una parte cualquiera de utilidades, no habría nulidad. Pero es de advertir, que si el legislador exige, conforme á la índole del contrato, la asignación de una parte de utilidades, es necesario suponer que ésta no sea irrisoria, pues de lo contrario, equivaldría á suponerse que la ley autoriza el fraude. El juez, pues, apreciará si la dicha parte es ó no seria, ó bien si sólo tiene por objeto defraudar la ley, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso.

¿Puede asignarse al juez una parte eventual en las ganancias? Si, por ejemplo, se dice en el contrato que después de conseguida una cifra determinada de utilidades, se asigna el resto, en todo ó en parte, al socio, ¿tendrá eficacia tal cláusula? Podrá decirse que en la hipótesis la parte asignada al socio no es cierta, sino eventual; de modo que puede suceder que no perciba ninguna utilidad, lo que basta para que el contrato sea nulo. Pero no creemos exacta esta solución; porque si las utilidades que la sociedad puede conseguir no son tampoco ciertas, sino eventuales, y esto no impide la constitución de la sociedad, no sabemos por qué la eventualidad, que no sólo se hace consistir en la obtención de las utilidades, sino en la cantidad de éstas, haya de ser incompatible con el contrato de sociedad. Creemos, en cambio, que la cuestión no debe resolverse en abstracto, sino en cada caso particular, teniendo en cuenta la índole de la sociedad que se constituye y la entidad de la cifra, pasada la cual, han de repartirse los beneficios. La cuestión para nosotros está en decidir si la parte eventual asignada al socio debe conceptuarse seria ó no. En efecto; dado que pueda suponerse que la ganancia ascenderá á mil, es

absurdo que se declare nulo el contrato porque se estipule que sólo se repartirá lo que pase de ciento. Por el contrario, si se dice que sólo se repartirá lo que exceda de mil, la cuota asignada al socio es irrisoria, y la convención será nula.

40. Igualmente lo será, dice el 1.719, si el capital ó efectos aportados por uno ó varios socios se declarase exento de toda contribución en las pérdidas. Este se refiere sólo al socio capitalista, no al industrial; por consiguiente, éste puede válidamente estipular la participación en las utilidades con exclusión de las pérdidas; lo cual significa que no perderá más que su trabajo, sin tener obligación de contribuir con cantidad alguna.

La ley, adviértase bien, anula la convención que exime de toda contribución en las pérdidas *á los capitales* ó *efectos* puestos en sociedad; lo que quiere decir que si la contribución del socio no puede ser objeto de exención, puede estipularse, sin embargo, válidamente, que en caso de pérdida no esté obligado á desembolsar más de lo que aportó; porque tal pacto, si impide al socio perder más de lo que importa su cuota, no impide que ésta contribuya á las pérdidas, lo que basta para que se considere respetado el precepto que estudiamos.

¿Por qué la aportación del socio no puede ser exenta de pérdida? Podría decirse que en virtud de la igualdad que debe reinar en la sociedad; porque lo que el socio aporta constituye patrimonio común de los socios; luego si hay pérdida debe ser común, esto es, en proporción á la cuota de cada uno. La exención, pues, de concurrir en las pérdidas, implica que éstas deben pesar exclusivamente sobre los demás socios. Pero este razonamiento podría igualmente invo-

carse para anular el contrato, que exime al socio de contribuir á las pérdidas en más de la cuantía de la cuota social; por lo que debemos buscar otro. En otro tiempo existían leyes que limitaban la usura, y como el pacto de eximir la aportación del socio de toda pérdida podría encubrir la usura, el legislador lo prohibió. Al presente no hay ley contra la usura, por lo que dicha disposición debería haber desaparecido del Código; sin embargo, el legislador la mantiene y el intérprete debe respetarla.

El pacto que la ley prohibe es sólo el que exime al socio de su concurso en las pérdidas; luego será válido el que fije este concurso en una proporción menor de la establecida para los demás socios; porque las disposiciones prohibitivas son de interpretación estricta y no pueden extenderse á otros casos. Por otra parte, si es lícito asignar al socio una participación en las utilidades superiores á su cuota, no hay razón para prohibir el pacto que establece el concurso en las pérdidas en proporción menor de su aportación. Tampoco puede considerarse prohibido el pacto que asigna al socio una contribución en las pérdidas, menor de la que tiene en las utilidades; porque el legislador no quiere, bajo pena de nulidad, que el concurso en las pérdidas deba estar en proporción á la concurrencia en las utilidades, sino que prohibe solo el pacto que exime al socio de toda participación en las pérdidas.

41. Dado el pacto que asigna á uno de los socios todas las utilidades, ó que excluye á alguno de ellos de toda participación en las mismas, y dado también el pacto que exime los capitales ó efectos puestos en sociedad por uno ó varios socios de toda participación en las pérdidas, la nulidad impuesta por la ley, ¿afecta á todo el contrato ó sólo á la cláusula prohibida?

El legislador habla de nulidad del contrato por lo que afectará á toda la sociedad. Por otra parte, el pacto constituiría una condición, faltando la cual, no habría consentimiento y se incurriría en el absurdo de mantener un contrato falto de esta condición esencial en caso de querer mantener su validez.

42. La participación en las pérdidas puede presentar en la práctica algunas dificultades, ya en el caso de igualdad de cuotas y desigualdad de participaciones, ya en el de desigualdad de ambas; la dificultad consiste en ver si en la liquidación, en caso de pérdida, debe ó no hacerse un descuento proporcional de las cuotas antes de fijar la participación en las pérdidas. Supongamos que dos socios aportan mil cada uno, pactando que uno participaría en una tercera parte de las pérdidas, y el otro en dos; en la liquidación no aparecen más que mil; ¿cómo se hará la distribución? Si se debiera asignar á cada socio la suma de quinientas para hacer una deducción proporcional á su aportación, la pérdida no sería soportada según lo pactado por partes desiguales, sino iguales, por lo que es necesario asignar á un socio el tercio de la suma de mil, y al otro los dos tercios. Supongamos, y éste es otro de los casos de desigualdad en las cuotas é igualdad en la participación de las pérdidas, que un socio pusiera dos mil y el otro mil, con pacto de participar igualmente en las pérdidas: ahora bien; si al resolverse la sociedad no hay ningún dinero, ¿deberá el socio que puso mil entregar al otro de su bolsillo quinientas? Por la afirmativa podría observarse que, merced á la entrega de estas quinientas liras, la pérdida se dividiría por mitades justas, perdiendo cada uno de los socios mil quinientas liras, y que, por tanto, el socio que contribuyó con dos mil tendría el de-

recho de exigir del otro quinientas. Pero obsérvese que lo aportado por cada socio en la sociedad es patrimonio común, por lo que si uno ha contribuido con dos mil y otro con mil, la masa común es de tres mil liras. Dado, pues, que las pérdidas deban ser soportadas por mitad, la pérdida de la masa común debe ser igual para cada socio; lo que quiere decir que, perdido todo el capital social, ningún socio tiene derecho á ser indemnizado. Si se obligase el socio que aportó mil á pagar al otro de su bolsillo quinientas, la participación en la pérdida no sería conforme al pacto; porque éste, además de haber perdido la mitad de la masa común, sufriría, además, la pérdida de quinientas, disminuyendo así en un valor igual la pérdida de la mitad de la masa común, que debe ser soportada por el otro socio.

CAPITULO V

ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

SUMARIO: 43. Administración por pacto.—44. Facultades de los administradores.—45. El administrador nombrado en el contrato de sociedad puede realizar todos los actos de la administración, no obstante la oposición de los demás socios.—46. Varios socios administradores.—47. A falta de pacto especial sobre la administración, qué reglas deben observarse.—48. Uso de las cosas sociales por parte de cada socio.—49. Participación en los gastos de conservación de la cosa.—50. El socio no puede hacer innovaciones sobre los inmuebles sociales.—51. El socio que no es administrador no puede enajenar ú obligar las cosas objeto de la sociedad.

43. Las disposiciones legales referentes á la administración de la sociedad son de dos clases: las primeras suponen que los socios hayan nombrado administrador ó administradores, y tienen por objeto regular la ejecución de dicho pacto; las otras suplen el silencio de las partes. De aquí se deduce que la sociedad, aun por lo que se refiere á su administración, se rige por la voluntad de las partes y que la ley no interviene sino cuando ésta no se ha manifestado. Comencemos por las primeras. El administrador puede nombrarse, tanto en el mismo contrato constitutivo de la sociedad, como en documento posterior; en ambos

casos hace falta el consentimiento de todos los socios; en el primero, porque tratándose de un pacto que forma parte integrante del contrato, no sería concebible si no fuese consentido por todos los socios; lo es en el segundo, porque callando el contrato de sociedad sobre la administración de la cosa común, todos los socios son administradores en virtud de la ley y todos, por tanto, deben consentir en privarse de la facultad que la ley concede á cada uno de ellos de conferirlo á otro. Si se admitiese que la mayoría de los socios pudiese válidamente conferir el mandato de administrar en interés común, sería preciso afirmar que la mayoría tenía facultad de privar á la minoría del derecho de administrar, adquirido por la ley, basado en el tácito ó presunto consentimiento de todos los contratantes, lo que no puede admitirse de ningún modo.

Entre el administrador nombrado en el contrato y el elegido en documento posterior, hay la diferencia de que el mandato del primero no puede ser revocado durante la sociedad sin causa legítima, mientras que el segundo es revocable *ad nutum mandantis* (art. 1.720. 2.° parr.) ¿Cuál es el motivo de tal diferencia? Si la facultad de administrar concedida á uno ó varios constituye siempre un mandato, ya se confiera en el contrato ó en documento posterior, ¿por qué se puede revocar en este último y no en el primero?

En el primer caso constituye una cláusula del contrato que no puede derogarse sin el consentimiento de todos los contratantes; el mandato para administrar se considera entonces como una condición del contrato, siendo la confianza que inspira el nombrado administrador, la razón del consentimiento. Y ¿puede infringirse la ley del contrato sin el consentimiento de todos? Por el contrario, cuando el administrador se

nombra posteriormente, hay un simple mandato, revocable á voluntad del mandante.

Puede en el contrato nombrarse administrador tanto á un socio como á un extraño; la irrevocabilidad ¿se extenderá á este segundo caso? Creemos que ni el espíritu ni el texto de la ley lo permiten. En efecto; el art. 1.720 dispone que el *socio* encargado de administrar por pacto especial del contrato de sociedad puede ejecutar todos los actos que dependan de su administración, y luego, en el párrafo siguiente, que esta facultad no puede ser revocada durante la sociedad sino por una causa legítima. ¿De qué facultad se habla? Sin duda de la conferida al socio; luego el texto de la ley no lo permite. Ni tampoco el espíritu. Ya hemos dicho que el mandato conferido en el contrato no es revocable, porque constituye una de sus partes integrantes, de modo que no puede romperse sin el consentimiento del que fué encargado de administrar. Ahora bien; este argumento tiene valor cuando el administrador designado es un socio, no cuando es un extraño, porque si el pacto puede ser invocado por el socio, no así por el extraño. Si éste ha intervenido en el contrato de sociedad, no lo ha hecho para formar parte de ella, sino para recibir el mandato de administrar intereses ajenos; por consiguiente, si el pacto se considera como cláusula del contrato respecto á los socios para el extraño, no es más que un simple mandato revocable.

El mandato no puede revocarse sino por causa legítima. No dice la ley cuál sea ésta, por lo que el juez proveerá. ¿Es necesario el consentimiento de todos los socios, ó basta el de uno solo para pedir la revocación? La revocación por causa legítima es muy distinta de la voluntaria. En el primer caso se funda en

la misma voluntad y consentimiento dados al conferir el mandato, puesto que éste se debe entender concedido á condición de que el mandatario cumpla como buen administrador; de lo contrario, faltaría la condición implícita. En cambio, cuando la revocación no se funda en causa legítima, se funda en una voluntad contraria á la manifestada. De aquí que, fundándose en la misma voluntad manifestada en el contrato, cada socio puede pedirla, porque cada socio tiene el derecho de valerse de la cláusula del contrato, derecho que no puede quitarle la mayoría; fundándose, por el contrario, en una distinta voluntad del mandante, es necesario el concurso de todos los socios, porque debiéndose modificar un pacto consentido por todos, es necesario su consentimiento.

44. El socio, dispone el art. 1.720, encargado de la administración en virtud de un pacto especial del contrato de sociedad, puede ejecutar, no obstante la oposición de los demás, todos los actos que dependan de su administración, siempre que no haya fraude. En este artículo se contienen dos disposiciones: la una, relativa á todo administrador, sea nombrado en el contrato ó posteriormente, porque es claro que los actos de administración deben ser realizados tanto por uno como por el otro; la otra, relativa al administrador nombrado en el contrato de sociedad, y que consiste en darle el derecho de realizar todos los actos administrativos, no obstante la oposición de los demás socios, siempre que no haya fraude. Hablemos, en primer lugar, de las facultades de un administrador en general. El administrador, dice la ley, puede realizar todos los actos de administración; pero ¿cuáles son éstos? La ley, á nuestro modo de ver, calla justamente, puesto que tales actos no podían determinarse *a*

priori, siendo tan diferentes los objetos que puede proponerse la sociedad. Entre el administrador de la sociedad y un administrador ordinario hay gran diferencia; porque éste sólo debe administrar, mientras aquél tiene un objeto que conseguir: que es la utilidad ó ganancia que persigue la sociedad. El simple administrador no puede vender, pero el social, dado que las cosas se le hayan entregado para venderlas, tiene esta facultad. Por el contrario, ciertos actos lícitos á un administrador ordinario, como el alquilar, por ejemplo, puede no tener facultad para realizarlos el administrador social á quien las cosas se han entregado para venderlas y no para alquilarlas. Si, pues, en esta materia se puede establecer un principio general, no puede ser otro que el que las facultades del administrador de una sociedad dependen del objeto para el cual se constituyó; por lo que si para conseguir este objeto se hiciese preciso contraer una deuda, el administrador puede hacerlo; en caso contrario, no tiene tal facultad.

Suponiendo que el administrador tenga facultad para contraer una deuda, ¿la tendrá también para constituir hipoteca sobre los inmuebles de la sociedad? Creemos que la constitución de hipoteca no puede nunca considerarse comprendida en el objeto de la sociedad, y que si en el documento en que se nombra al administrador no se hubiese concedido tal facultad, éste no la tiene. Lo mismo pensamos del caso en que tenga facultades para vender los inmuebles de la sociedad. Y no se oponga que dándose por el art. 1.974 facultad á quien tiene capacidad para vender un inmueble de hipotecarlo, se deba tal facultad atribuir al socio administrador que puede vender los inmuebles correspondientes á la sociedad; porque la capacidad

de enajenar de que se habla en el artículo citado, equivale á la libre disposición de bienes, pudiendo hipotecar válidamente quien tiene esta libre disposición. Si hubiera que entender de otro modo dicho artículo, quien recibiera el mandato de vender un inmueble tendría facultad para hipotecarlo, lo que no puede admitirse.

No creemos tampoco que pueda transigir ó comprometer un pleito, porque si el administrador tiene mandato de vender, no quiere decir esto que pueda disponer á su arbitrio de los bienes sociales, y la facultad de transigir sólo corresponde á quien es dueño absoluto de las cosas.

45. Hablemos ahora de las facultades especiales. El administrador (1.720) puede realizar todos los actos de administración, aunque se opongan los demás socios, siempre que no haya fraude. Esta disposición, ¿se aplica sólo al administrador nombrado en el contrato ó se extiende también al elegido posteriormente? La duda nace de que mientras el texto del artículo citado habla sólo del administrador nombrado, en el contrato de sociedad su espíritu es más amplio y no puede menos de comprender al administrador nombrado posteriormente. Creemos que es así, tanto más cuanto que el texto, si se compara con el del 1.723, no se encuentra en oposición con el mismo. En efecto; si en el artículo 1.720 se dice que el administrador nombrado en el contrato de sociedad puede realizar, no obstante la oposición de los demás socios, todos los actos de su administración, en el 1.723 se lee que cuando el pacto especial no designa á ningún administrador y administran todos los socios, uno de ellos podrá oponerse á las operaciones de otro antes que se hayan realizado. Luego si este derecho se concede sólo cuando no hay

administrador especial, no existirá cuando le haya. Y como le habrá, tanto si el administrador se nombra por contrato, como si se nombra en un documento especial, en ambos casos no habrá derecho á oponerse.

¿Y por qué? Porque los socios, al nombrar administrador, se despojan de su ingerencia en la administración. Y este argumento, tanto vale en un caso como en otro.

La facultad conferida al socio administrador, aunque grande, como basada en la confianza, no ha de degenerar en despotismo; por lo que el legislador la pone correctivos. Uno de ellos es la facultad de los socios de renovar el mandato por causa legítima, de que ya nos hemos ocupado; queda por hablar del contenido de la primera parte del artículo, que dice: *siempre que no haya fraude*. El evitar el fraude es de interés público. El legislador no usa aquí la palabra *fraude* en su significado estricto, esto es, de artificio ó maquinación para engañar á alguien, sino en el sentido de dolo, porque el administrador que obra con intenciones no honradas obra fuera del mandato, y esto basta para anular el acto. No puede equipararse al fraude ó dolo la culpa ó negligencia ó descuido en el cumplimiento de un negocio, ya porque la culpa es distinta del fraude y no se comprende en ésta, ya porque la culpa del administrador puede ser motivo para revocar el mandato.

Si el administrador no puede realizar el acto que ejecuta con fraude, los socios no quedan obligados. Pero frente á terceros, ¿tendrá eficacia el acto fraudulento del administrador? «Aun en los casos de abuso del administrador, dice la Casación de Nápoles (1),

(1) Decis. 10 Noviembre 1880.

el Código no declara nula la obligación en cuanto á tercero acreedor de la sociedad, pues habiendo ésta conferido amplio mandato al administrador, los terceros no tienen por qué entrar en averiguaciones de si la obligación es útil á la sociedad, y sólo podría impugnarse ésta en caso de fraude del tercero.» Creemos aceptable esta doctrina, porque si el tercero lo es también de mala fe, no es justo que se utilice de ella; y si tiene buena fe, no es justo que los socios puedan reprocharle para eximirse de la obligación de su poca discreción al escoger un administrador poco honrado.

46. Hasta ahora hemos supuesto el caso de que el administrador sea uno; pero ¿y si son varios? Si varios socios, dice el art. 1721, se encargan de administrar, sin que se determinen sus funciones ó se exprese que el uno no puede administrar sin el otro, cada uno de ellos puede realizar por separado actos de administración. Determinadas las funciones de cada administrador, es claro que cada uno obrará libremente dentro de los límites de sus atribuciones, sin poder invadir las de los demás. No haciéndose esta determinación ni declarándose la condición de que un administrador no pueda obrar sin el otro, todos tendrán las mismas facultades, y cada uno puede obrar como si él solo fuese el administrador. En este caso, el derecho de oposición no corresponde á los socios; pero uno de los administradores ¿tiene el derecho de oponerse á los demás? La ley no dice nada; luego falta el texto sobre el cual el administrador opositor puede fundar su demanda. Por otra parte, si uno de los socios administradores tiene las mismas facultades que sus compañeros de administración, es preciso reflexione que también él ha concurrido al mandato del socio que quiere realizar la operación y lo ha concedido libre-

mente. Cuando éste, pues, quiere hacer una operación, el socio administrador no puede oponerse (1).

Si se pactare, dispone el art. 1.722, que uno de los administradores no puede hacer cosa alguna sin el otro, no sólo no puede sin una nueva convención obrar en ausencia del otro aunque se viese en la actual imposibilidad de concurrir á los actos administrativos, á no ser que se tratase de un acto urgente cuya omisión pudiese originar perjuicio irreparable. En la hipótesis prevista en este artículo se quiere que todos los administradores concurran al acto; por lo que si uno no puede obrar en ausencia del otro, mucho menos podrá si éste se opone. Pero en caso de urgencia y temor de grave daño, el administrador podrá obrar él solo, y con esta disposición, que no tiene equivalente en el Código francés, se ha querido orillar cuestiones nacidas del silencio de los Códigos anteriores. El juez apreciará tanto la ausencia como el daño tenido en el caso en que el acto no se hubiese realizado si surge cuestión sobre la validez del acto.

La disposición que autoriza al administrador á proceder por sí solo en ausencia de otro no se aplica al caso en que uno de los administradores se oponga al acto del otro; porque habiéndose conferido el mandato á condición de que los administradores proceden de acuerdo, es evidente que, faltando la condición, se está fuera de los límites del mandato y falta toda facultad en el administrador.

47. Faltando el pacto especial sobre la administración de la sociedad, se observan las reglas del artículo 1.723. El núm. 1.° de este artículo dice así: «Se presume que los socios se conceden recíprocamente

(1) En sent. contr. Apel. Cagliari, 4 Septiembre 1870.

la facultad de administrar el uno por el otro. Los actos de cada uno son válidos aun por lo que respecta á los demás socios, aun sin su consentimiento, salvo á estos últimos ó á uno de ellos, el derecho de oponerse á la operación antes de que se haya realizado.» La presunción de la ley se funda en este caso en la naturaleza misma de las cosas. Es imposible, en efecto, que en todos los actos puedan intervenir todos los socios; por lo que si su intención no puede ser la de que todos administren, es claro que tiene que ser la de que cada uno pueda hacerlo sin el consentimiento de los demás.

Si todos pueden administrar á falta de pacto especial, tal facultad tiene un límite: la oposición de uno de los socios. ¿Por qué este derecho, que no corresponde cuando hay nombrado administrador, corresponde cuando cada socio administra en virtud de mandato tácito y recíproco? Ya dijimos que cuando el administrador se nombra los demás socios se despojan de su facultad de administrar, por lo que pierden el derecho á oponerse. Cuando falta el pacto, cada socio es mandatario de los demás; todos tienen iguales facultades, porque no se han privado de ellas. Ahora bien; si todos administran igualmente, la voluntad de uno no puede prevalecer sobre la del otro, de lo contrario, el socio que impusiera su voluntad tendría mayores derechos; por lo que si dos voluntades se oponen, es preciso que las cosas queden como estaban y no puede realizarse el acto. Si la mayoría de los socios manifiesta la voluntad de que el acto se realice, ¿puede éste ser paralizado por uno de ellos? Sí; porque la mayoría no puede privar al socio del derecho que le corresponde. No puede negarse, en efecto, que el socio opositor tiene, en cuanto á la administración

de la cosa común, un derecho igual al de sus consocios; ahora, del derecho de administración forma parte el de oposición; luego es claro que la voluntad de la mayoría no puede ser privada de tal derecho. Por otra parte, la disposición legal está concebida en términos absolutos, y desde el momento que ésta declara expresamente que aun uno solo de los socios tiene derecho á oponerse á las operaciones, es claro que ha querido concederle tal derecho también en el caso en que la voluntad de todos los consocios fuese contraria á la suya.

El derecho de oposición, según el artículo en examen, debe hacerse valer antes de que la operación se haya consumado; la consumación de un negocio es cosa distinta de su ejecución. Se entiende consumado cuando se verifica el concurso de dos consentimientos, aunque el negocio no se haya ejecutado aún. El socio que disiente, pues, debe formular su oposición para que sea válida antes de que se preste el consentimiento, no cuando la obligación se haya contraído, puesto que en tal caso la sociedad queda obligada á cumplir las obligaciones contraídas, no obstante el disentimiento de cualquier socio.

Respecto á terceros, ¿cuáles son los efectos de la oposición de uno ó varios socios? Creemos que la eficacia de ésta depende de la buena ó mala fe del tercero, siendo de aplicar aquí, por analogía, la disposición del art. 1.759. En este artículo se dice que la revocación del mandato, notificada solamente al mandatario, no puede oponerse á los terceros, que, ignorándola, obran de buena fe, salvo al mandante su acción contra el mandatario. Ahora, si se reflexiona que en la hipótesis prevista por el art. 1.723 cada socio es mandatario del otro, debe deducirse la consecuencia

de que la oposición equivale á la revocación del mandato respecto á las operaciones que uno de los socios quiere cumplir; por consiguiente, si la oposición es notificada al tercero antes de consumar el negocio, se constituye en mala fe, y la oposición tendrá eficacia contra él; pero si la ignorase, puede escudarse con su buena fe y exigir del socio el cumplimiento de la obligación contraída con el administrador.

Si, no obstante la notificación, el tercero contratase, ¿puede exigir el cumplimiento de la obligación por parte de los socios que no formularon oposición? Creemos que no; porque la oposición de uno de los socios hace que cese el mandato, para obrar por cuenta de la sociedad. En efecto; teniendo cada uno de los socios la facultad de administrar en interés común, esta facultad, como ya hemos dicho, queda paralizada cuando surgen dos voluntades contrarias, y quiere decirse que el socio no puede obligar á la sociedad.

48. La segunda regla que se debe observar, á falta de pacto especial, sobre la administración, es que cada socio puede servirse de las cosas que pertenecen á la sociedad, siempre que las emplee según su destino, fijado por el uso, y no contra los intereses de la sociedad, ó de modo que impida á los socios servirse de ellas según su derecho (núm. 2 del art. 1.723). Se quiere mantener la igualdad entre los socios, facultando á cada uno á valerse de su propio derecho sin perjudicar á los demás. En la práctica puede haber alguna dificultad que no puede el intérprete resolver *a priori*, sino que corresponde al magistrado en cada caso particular tener en cuenta, no sólo el destino de la cosa, sino el objeto de la sociedad y el uso á que las cosas deben destinarse en interés común.

49. Cada socio, dispone el núm. 3 del art. 1.723,

tiene derecho á obligar á sus consocios á contribuir con él á los gastos necesarios de conservación de las cosas de la sociedad. Luego tienen intención las partes de que las cosas se conserven, para darles el empleo á que se las destina, y, por consiguiente, asumen tácitamente la obligación de soportar los gastos de conservación. El socio administrador tiene, sin duda, la facultad de hacer tales gastos, puesto que la conservación de las cosas es acto administrativo, y el derecho de obtener el reembolso de los consocios en proporción á su cuota.

El art. 676, relativo á la comunidad, establece que cada partícipe tiene derecho de obligar á los demás á los gastos de conservación, salvo la facultad de éstos de abandonar sus derechos de copropiedad; esta facultad de abandono, ¿corresponde al socio? Hay quien opina afirmativamente. «Nadie, dice Borsari (1), puede ser obligado *á hacer* para conservar una cosa de su propiedad; tiene derecho á dejarla perecer. Pero aquí se trata de cosas comunes. La causa de la obligación consiste en la copropiedad que se tiene, á la cual, sin embargo, puede renunciarse; y se llama *abandono*, cuando la renuncia se hace á quien exige el pago. Esto, que lo establece el art. 676 para la comunidad, puede aplicarse por analogía á la sociedad en interés de ésta. Siendo el abandono favorable á la sociedad, no hay razón para prohibirle.»

No somos de esta opinión, porque entre ambos contratos hay una profunda diferencia. La comunidad nace de un hecho, y existe independientemente de la voluntad de los copartícipes; luego sus obligaciones duran lo que la comunidad, y terminada ésta, cesan.

(1) Comm. Cod. civ., § 3.832.

Ahora bien; el partícipe, merced al abandono de la cuota que le corresponde, destruye la comunidad en cuanto á él, y no puede ser obligado á nada. La sociedad, por el contrario, es un contrato, y existe en virtud del consentimiento. La obligación, pues, de contribuir á los gastos necesarios para la conservación de la cosa, no nace del hecho material de ser ésta común, sino del consentimiento prestado para unirse en sociedad; porque quien presta su consentimiento á un contrato lo presta también á todas las obligaciones que del mismo dependen. ¿Y era lícito á uno de los contratantes sustraerse á su capricho al cumplimiento de la obligación contractual? Los principios de razón no lo permiten; luego el socio no puede, para librarse de los gastos de conservación de la cosa, abandonar la cuota que sobre ella le corresponde.

50. Uno de los socios, dispone el núm. 4 del artículo 1.723, no puede hacer innovaciones, aunque las crea ventajosas, sobre los inmuebles de la sociedad, sin el consentimiento de los demás socios. Es esta disposición una consecuencia del respeto que cada socio debe al derecho de los demás, y del principio de igualdad, que no consiente á un socio imponer su voluntad á los demás. Pero en la práctica hay que tener presente el espíritu de esta disposición. Porque no se puede entender por innovación todo cambio, sino sólo el que altera la cosa en su forma ó esencia, diminuyendo el uso de la misma por parte de los consocios. Si un edificio de la sociedad, por ejemplo, se destina á una industria, uno de los socios no puede reducir una parte para servirse de ella como habitación; pero si se trata de una modificación ligera, como abrir una puerta, una ventana, etc., que no perjudicando al des-

tino del inmueble facilita su uso, creemos que no se debe negar la facultad de realizarla.

51. El socio no administrador (1.724) no puede enajenar ni obligar las cosas, aun inmuebles, que dependan de la sociedad. ¿Cuál es el sentido de este artículo? ¿Debemos creer que quiere decir que el que no administra en virtud de pacto, sino en virtud de la ley, no tiene aquella facultad; ó que no corresponde á quien no administra ni por pacto ni por disposición legal, de modo que el socio que á falta de pacto especial administra en virtud del mandato tácito tiene facultad para enajenar y obligar las cosas sociales?

Laurent, comentando el art. 1.860 del Código francés, correspondiente al art. 1.724 de nuestro Código, sostiene que conviene entender la disposición en el primer sentido y no en el segundo. Si la disposición, dice, debiese entenderse en el segundo sentido, sería inútil, por ser una repetición de los principios elementales de razón.

Por otra parte, añade el artículo anterior, supone que no haya administrador nombrado por pacto especial; luego al hablar en el siguiente del socio no administrador, se refiere al que no lo es en virtud de pacto especial (1).

No creemos este razonamiento. Aun dado que el artículo 1.724 no sea más que una consecuencia de los principios de derecho, no hay que extrañarse de verle consignado, pues ya sucede esto muchas veces. Pero admitamos que el 1.724 sea el único del Código que diga lo que el silencio de la ley hubiera dicho igualmente: ¿debe por esto el intérprete alterar su significado? He aquí la cuestión. El art. 1.723 dice que á

(1) *Principes*, tomo XXVI, núm. 327.

falta de pacto se presume que todos administran. Ahora bien; si en el artículo siguiente se habla del socio no administrador, no puede suponerse que la ley se refiera exclusivamente al socio que no administra en virtud del pacto, sino al que no administra de ningún modo; porque ya sea expreso ó tácito el mandato, el socio á quien se confiere es siempre administrador. Para entender, pues, el texto como quiere Laurent, sería preciso alterar la ley.

Ni creemos que tenga más fundamento la razón que da Laurent. Cuando dice todos los socios administran, sería grave inconveniente que cada uno pudiese vender ú obligar los inmuebles, puesto que una misma cosa podría ser vendida á favor de varias personas. Si tal hubiese sido la intención del legislador, se serviría, á nuestro juicio, de otras palabras; no privaría de la facultad de enajenar y obligar las cosas al socio que no administra, sino que la concedería al que administra en virtud del pacto, privando de ella á los que administran en virtud del mandato tácito presunto. Además, si el pacto encarga á varios socios la administración, puede darse el mismo inconveniente temido por Laurent, y, sin embargo, en tal caso no priva la ley de tal facultad á los administradores; ¿por qué, pues, privar de ella á los que administran en virtud de mandato tácito?

CAPITULO VI

OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS CON LOS TERCEROS

SUMARIO: 52. Para que un socio pueda obligar á los demás, se exige, en primer lugar, que haya contratado por cuenta de la sociedad.—53. Exígese, además, la facultad de obligar á los demás socios, concedida al que contrata, ó que el contrato redunde en beneficio de la sociedad.—54. La obligación de los socios no es solidaria.—55. Derechos que el acreedor de uno de los socios puede ejercitar sobre las cosas pertenecientes á la sociedad.—56. Los acreedores de la sociedad no tienen preferencia ó prioridad sobre los particulares de los socios.—57. Deudores de la sociedad.

52. La sociedad civil, ya lo hemos dicho, no es una entidad que existe por sí misma é independientemente de los socios; por consiguiente, con razón la ley no habla de la obligación de la sociedad con los terceros, sino de la de los socios con respecto á éstos, puesto que sólo los socios pueden obligarse personalmente, no ya la sociedad, que no tiene personalidad propia. Cuando todos los socios intervienen en el acto realizado por cuenta de la sociedad, no hay duda que todos se obligan; pero cuando todos los socios no tomaron parte en el acto, sino sólo algunos, se requiere algo más para que todos se consideren personalmente obligados.

Dice el art. 1.728: «La cláusula que exprese que la

obligación se contrae por cuenta social, obligará solamente al socio que la otorgó, y no á los demás, excepto en el caso en que éstos le hubiesen autorizado, ó si la cosa hubiese quedado en beneficio de la sociedad. Resulta de este artículo, que la primera condición para que el socio pueda obligar á los demás, es que obre por cuenta de la sociedad. Esta condición la imponen también los principios. Pero ¿es necesario que se exprese tal extremo, bajo pena de que la operación se entienda por cuenta del socio? La ley habla de contrato en que se exprese que se obra por cuenta de la sociedad, pero no añade que, de lo contrario, se entenderá la operación de cuenta del socio. Por otra parte, si resulta que las partes contrataron por cuenta de la sociedad, ¿cómo es posible que el legislador violente la voluntad de las partes hasta el punto de suponer lo contrario de lo que pensaron? No se trata de una cuestión de forma, sino de esencia, y si la voluntad tácita no es menos eficaz que la expresa, no se comprende por qué la obligación tácitamente contraída por cuenta de la sociedad no sea igual á la contraída expresamente.

53. Exígese, además, que el socio obrare con facultades, ó que el negocio redunde en beneficio de la sociedad. ¿Es necesario que haya recibido facultad *especial* para obligarse? No falta quien opina afirmativamente; pero no lo creemos así, porque el socio administrador, en virtud de pacto, ó de mandato tácito, de que habla el art. 1.723, tiene la facultad, al realizar actos de administración, de obligar á los consocios en interés de los cuales los actos se realizan, sin que se exija una facultad especial para obligar á los demás. De lo contrario, el socio administrador no podría realizar ningún acto, porque no hay ninguno que no obli-

gue á aquel por cuya cuenta se realiza. La facultad especial es necesaria cuando el socio no puede administrar y cuando se trata de actos que exceden los límites de la administración.

Si el socio no tiene facultad para obligar á los demás, pueden, sin embargo, quedar obligados éstos si la cosa redunda en beneficio de la sociedad. Trátase aquí de la acción de *in rem verso,* que se funda en el principio de equidad que no consiente enriquecerse con daño ajeno. La obligación, en este caso, no nace del acto, sino del provecho; por lo que la obligación de los socios se contiene dentro de los límites de éste, salvo al tercero, el derecho de obrar, por cuanto le puede competir contra el socio contratante.

Para que proceda la acción de *in rem verso* es necesario que el acto se haya realizado por cuenta de la sociedad; de modo que si el socio hubiese contratado por su cuenta, aunque después ceda las utilidades á la sociedad, no tiene ningún derecho el tercero contra los socios. Y no se invoque el principio de que nadie puede enriquecerse con daño ajeno; porque éste no se niega, sino que se trata de saber en la hipótesis quién puede invocarlo. Cuando el tercero toma parte en el acto realizado por cuenta de la sociedad, lo que redunda en provecho social es la cosa propiedad del tercero, puesto que éste la entrega, no al socio, sino á la sociedad; por lo que, habiendo proporcionado utilidad directa á los socios, justo es que pueda ejercitar contra ellos la acción de *in rem verso.* Pero cuando el tercero contrata con el socio en su nombre, éste hace suya la suma ó cosa que recibe del tercero en virtud del contrato; por consiguiente, si la entrega á la sociedad es él quien proporciona el beneficio, no el tercero; luego la acción le corresponde á él y no á quien

suministra la cosa ó la suma. Los socios ¿están obligados *pro virili*, por efecto de tal acción, ó en proporción á la cuota correspondiente á cada uno de ellos sobre las utilidades? Obsérvese que la base de la acción no es el contrato, sino el provecho; y como éste, que se extiende á todos los socios, se determinase por la parte de utilidades que á cada uno corresponde, siendo el enriquecimiento proporcional á esta parte, también debe serlo la obligación de cada uno con el tercero.

54. Cuando el socio, al realizar un acto, obliga á los consocios, ¿cuál es la medida de la obligación de éstos? En las sociedades, dispone el art. 1.726, salvo las mercantiles, los socios no están obligados solidariamente por las deudas sociales, ni uno de los socios puede obligar á los demás si éstos no le facultaron para ello. Esta disposición es consecuencia del principio general del art. 1.188, de que la obligación *in solidum* no se presume. Si los socios no están obligados *in solidum*, ¿por qué parte se entenderá obligado cada uno? Los socios, responde el 1.727, están obligados con el acreedor con que contrataron, cada uno por una cantidad y parte igual, aunque uno tuviera en la sociedad una participación menor, si el contrato no dice nada. Parece, á primera vista, que los socios, según el tenor de esta disposición, deben contratar directamente con el tercero para quedar obligados con él; pero obsérvese que pueden contratar tanto directamente, como por persona interpuesta, y que los socios están obligados igualmente en el caso en que uno de ellos haya contratado por cuenta de los demás, siempre que, como dice el art. 1.126, tenga facultad para ello. Y no es necesario que tal facultad sea conferida con mandato especial, basta que el socio tenga

facultad de administrar, y que el acto realizado esté dentro de los límites de la administración, los cuales dependen del objeto para que la sociedad se haya constituído, para que la convención celebrada por el socio obligue también á los demás.

El socio que contrata en interés social no puede, por sí solo, ser obligado al cumplimiento de la obligación, si la persona con quien contrató no ignoraba que la operación se realizaba por cuenta de la sociedad, sino que está obligado á cumplirla en unión de los demás socios, si tiene facultades para obligarlos, y cada uno por una suma y parte igual. ¿Por qué la obligación de cada socio no se proporciona á su cuota social? Porque la obligación depende, en tal hipótesis, del contrato, y es principio de derecho que cuando varias personas se obligan, cada una de ellas lo hace, salvo pacto en contrario, *pro virili*. Por otra parte, ¿qué obligación tiene el tercero de conocer la parte de cada socio en la sociedad? Y si el acta de constitución de la sociedad se mantuviese oculta, ¿no podría, por ventura, el tercero ser inducido á engaño, cuando el socio mayormente interesado fuese el menos solvente? Dado, pues, que el tercero conociese la cuota correspondiente á cada socio, no por esto dejaría de estar obligado *pro virili;* porque la ley exige, para suponer lo contrario, que el contrato *especialmente* reduzca la obligación del socio en razón de su cuota; por lo que, á falta de esta cláusula, cada socio está obligado por partes iguales, á pesar de que el tercero tenga conocimiento de que las cuotas de los socios son desiguales.

Estando cada socio obligado á satisfacer la obligación en una determinada medida, el crédito del tercero no es uno, sino que está constituído por tantos cré-

ditos cuantos son los socios personalmente obligados con él; pero, esto sentado, cada socio, por lo que se refiere á la obligación que le corresponde, ¿puede considerarse representado por el otro, de modo que la sentencia obtenida contra uno, en la cual se reconoce la existencia del crédito, cause estado también respecto de los demás? Creemos que se debe distinguir: si el socio fué demandado en juicio en calidad de administrador, ya por mandato expreso ó tácito de los socios, los representa á todos; por consiguiente, los consocios no pueden considerar la sentencia como *res inter alios acta;* pero si el socio se obligó en su propio nombre, y para conseguir el pago de la cuota de deuda que le corresponde no representó en juicio más que á sí mismo, la sentencia obtenida no es oponible á los consocios (1).

55. El acreedor de uno de los socios ¿qué derechos puede ejercitar sobre las cosas correspondientes á la sociedad? Está fuera de duda que la cuota correspondiente al socio forma parte de su patrimonio, que constituye la garantía de los acreedores; de aquí que éstos puedan hacer valer sus derechos sobre aquélla. Pero hay que tener presente que el acreedor no puede ejercitar más derechos que los que corresponden al deudor; por lo que, si los bienes de éste se encuentran vinculados, es preciso que el acreedor respete dichos vínculos. Apliquemos ahora estos principios.

El socio deudor aporta inmuebles á la sociedad; ¿puede el acreedor subastarlos para conseguir el pago de su crédito? Los inmuebles corresponden á la sociedad, luego el socio no tiene más que una parte de ellos. Si el acreedor quisiera subastar esta parte tendría que

(1) Cas. Nápoles, 10 Abril 1881.

pedir la división; y ¿puede hacerlo? No; porque ésta no puede ser pedida más que por el socio mientras subsiste la sociedad. Es preciso, pues, que el deudor espere á que ésta se disuelva. Pero en el caso en que con arreglo al art. 1.733 la sociedad pueda disolverse por voluntad de uno de los socios, puede este derecho ejercitarse por el acreedor siempre que concurran las condiciones exigidas por dicho artículo.

Las sumas debidas al socio sobre las utilidades ¿pueden ser secuestradas por sus acreedores? Si las sumas fuesen pagaderas inmediatamente no hay duda que el acreedor tiene derecho á pignorarlas por tener el deudor derecho á ellas; pero si el reparto de las utilidades no hubiese de hacerse sino al disolverse la sociedad, el acreedor puede secuestrarlos para impedir que queden burlados sus derechos (1).

56. Los acreedores de la sociedad ó de un socio ¿se encuentran todos en la misma condición ó tienen los primeros preferencia sobre los segundos? El intérprete no puede admitir una preferencia que la ley no admite.

Para comprender la importancia de la cuestión, vengamos al caso práctico. Una sociedad compuesta de dos socios, al disolverse, se encuentra en su activo mil. Ticio es acreedor de la sociedad por mil y Antonio por quinientos de un socio; ¿puede el acreedor social ser preferido al particular? No; porque la ley no le concede tal privilegio, por lo que se deben aplicar los principios generales. Según éstos, el acreedor de mil de la sociedad lo es de quinientos respecto de cada socio; suponiendo, pues, que el activo se divida en partes iguales, el acreedor social tomará las quinien-

(1) Cas. Turín, 19 Febrero 1868.

tas liras correspondientes al socio que no tiene otros acreedores; pero en cuanto á las quinientas del otro, concurrirá con el acreedor particular de éste en proporción á ambos créditos, de modo que cada uno tomará doscientas cincuenta liras.

Si entre los acreedores de la sociedad y los particulares de un socio no existe especial razón de preferencia, entre unos y otros hay, sin embargo, una diferencia notable, fundada en la índole misma de su crédito. En efecto; el acreedor particular del socio obligó sólo á éste, y no pudiendo pedir la división de los bienes aportados por el mismo, no puede hacerlas vender hasta que la sociedad no se haya disuelto. Por el contrario, el acreedor social lo es particular de todos los socios, y, por consiguiente, de todos los propietarios de la masa social, por lo que no teniendo necesidad de promover la división de la cosa común para proceder contra ella, puede hacer vender las cosas correspondientes á la sociedad con el fin de conseguir el pago de las sumas que se le deben. Pero sobre el precio obtenido de la cosa vendida, el acreedor de la sociedad concurre en unión de los acreedores particulares de cada socio, á no ser que por razones de su crédito le corresponda á él solo este privilegio ó preferencia que la ley hubiera establecido.

57. El deudor de la sociedad ¿puede deducir la compensación de su crédito particular contra alguno de los socios? Si la sociedad civil existe como entidad moral distinta de la persona de los socios que la componen, no podría hablarse de compensación puesto que la deuda que se tiene contra una persona no puede compensarse con el crédito contra otra. Pero no existiendo la sociedad civil como entidad moral, el deudor de la sociedad lo es de todos los socios. Es natural,

pues, que la compensación tenga lugar entre lo que se debe al socio y lo que éste debe al acreedor. Pero no puede extenderse á más porque el deudor no puede hacer valer contra uno de los socios el crédito que tiene contra otro. Yo debo mil, por ejemplo, á una sociedad compuesta de dos socios que tienen partes iguales, y, por lo tanto, quinientas á cada socio: si yo soy acreedor de mil respecto á uno de ellos, no puedo pretender compensar todo mi crédito contra la sociedad, puesto que el socio acreedor mío es extraño al credito que tengo contra el otro; pero la compensación tendrá lugar hasta el límite de quinientas que debo al socio que á su vez es deudor mío.

CAPITULO VII

CÓMO TERMINA LA SOCIEDAD

SUMARIO: 58. La sociedad termina de tres modos: por disposición de la ley, por voluntad de alguno de los socios y por sentencia judicial.—59. Primera causa que pone fin á la sociedad por disposición de la ley.—60. Prórroga de la sociedad.—61. Segunda causa.—62. Tercera causa, muerte de alguno de los socios.—63. Cuarta causa.—64. La sociedad cesa por renuncia de uno de los socios.—65. Causas por las cuales puede pedirse la disolución de la sociedad.—66. División del patrimonio social.

58. De tres modos se extingue la sociedad: por disposición de la ley, por voluntad expresa de alguno de los socios y por sentencia judicial. La ley determina los casos en los que el contrato termina en virtud de sus disposiciones, y antes de examinarlos creemos oportuno hacer notar que, verificándose el caso previsto por la ley, la sociedad se disuelve de derecho, y no es necesario sentencia judicial; por consiguiente, si no obstante la resolución de la sociedad, ésta continúa entre todos ó alguno de los mismos socios, no continúa ya la primera sociedad, puesto que un contrato extinguido no puede renacer, sino que hay novación.

59. En primer lugar, la sociedad termina en virtud de las disposiciones legales por la expiración del término por que fué constituída (art. 1.729, núm. 1.°);

pero ¿cuál es la duración de la sociedad? Responde á la pregunta el art. 1.708: «No habiendo pacto sobre la duración de la sociedad, se presume contraída por toda la vida de los socios bajo las limitaciones expresadas en el art. 1.733; pero si se trata de negocio que no se limita á un tiempo determinado, la sociedad se entiende contraída por todo el tiempo que debe durar el mismo negocio.» La sociedad, pues, según este artículo, puede constituirse de por vida, y se entenderá contraída de este modo siempre que no se establezca su duración ó no se trate de negocio que dure un tiempo determinado. ¿Por qué razón permite la ley que la sociedad pueda durar toda la vida, siendo así que no permite á nadie arrendar sus servicios por toda su vida? Entre ambos contratos existen diferencias que justifica la diversa disposición de la ley. El que alquila sus servicios en provecho de otro, se pone bajo la dependencia del arrendatario, paralizando su actividad é iniciativa particular. En el contrato de sociedad, por el contrario, no hay tal dependencia ni paralización, ni reduce al individuo á un estado constante de continua sujeción, por lo que no militan las mismas razones. Además de esto, el contrato de sociedad, que tiene por objeto aumentar la riqueza social ofreciendo ancho campo al desarrollo de la actividad social, es mirado por la ley con un favor que no puede encontrar el estéril contrato de arrendamiento de servicios.

La sociedad no se entenderá contraída por toda la vida cuando se haya determinado su duración, lo cual puede hacerse expresa y tácitamente. Se fija una duración expresa cuando el contrato establece el tiempo por el cual la sociedad se entiende contraída; de modo que, transcurrido el término establecido, el

contrato cesa inmediatamente, sin que sea preciso acudir al juez ó manifestar otra nueva voluntad, y de modo tácito cuando se constituye para un negocio que requiere tiempo determinado, y una vez realizado el negocio, cesa inmediatamente. Pero si el negocio excediera de la vida de un hombre, se considerará la duración por la vida de los socios.

Cuando la sociedad se constituye por tiempo determinado, la duración de la sociedad se identifica con la del negocio, aun cuando se exprese en el contrato un término especial. Porque si se supone que los socios quieren conseguir el objeto para el cual se constituyó la sociedad, es necesario suponer que la designación del término no se puso para hacerle cesar al vencer el mismo aunque no se haya terminado el negocio, sino para estimular la actividad del socio encargado de la realización de aquél ó para otro fin, según las circunstancias.

60. La sociedad contraída por tiempo determinado puede prorrogarse por las partes y la ley no da sobre este punto otra disposición que la contenida en el art. 1.730, concebido así: «La prórroga de una sociedad contraída por tiempo determinado, no puede ser probada sino por los medios de prueba del contrato de sociedad.» La ley, pues, no se ocupa más que de la prueba de la prórroga, no diciendo nada acerca de ésta; es preciso, por tanto, acudir á los principios generales. La prórroga sólo se refiere á la sociedad por tiempo determinado, porque la de por vida sigue en virtud del consentimiento expreso, y muerto uno de los socios, si bien puede continuar entre los demás y los herederos del difunto, no es posible que pueda continuar entre las personas que desde el principio la constituyeron. Prorrogada una socie-

dad por tiempo determinado, ¿habrá una nueva ó continuará la misma?

Laurent hace una distinción: si las partes, dice, prorrogan la sociedad antes de que ésta termine, no hacen más que modificar el pacto social relativo á su duración, y por lo mismo que lo modifican, le mantienen en vida; por consiguiente, la sociedad continúa, y no hay nuevo contrato. Pero siempre que la prórroga sea consentida después de vencer el término, hay novación (1).

Disentimos de la opinión del ilustre escritor. Un contrato modificado, ¿es, acaso, el mismo contrato? Cuando un contrato se quiere modificar es necesario un nuevo consentimiento; ¿y qué es éste sino una nueva convención? También en el arrendamiento se admite la prórroga cuando vence el término fijado; pero la prórroga, como hemos visto, y concede el mismo Laurent, no hace continuar el arrendamiento anterior, sino que implica un nuevo contrato de locación. Ahora bien; ¿por qué se han de aplicar á la sociedad principios diferentes? La circunstancia de que la prórroga sea consentida antes de expirar el término por que se constituyó la sociedad, no puede, á nuestro modo de ver, cambiar su índole porque se estipule ésta antes ó después de expirado el término; siempre es verdad que implica un nuevo consentimiento, que es el que hace que continúe la sociedad; luego no se puede menos de reconocer en la prórroga un nuevo contrato de sociedad.

Por lo que se refiere á la prueba, el contrato de sociedad se rige por las mismas disposiciones del derecho común, á las cuales conviene también recurrir,

(1) *Principes*, XXVI, núm. 971.

según el artículo en examen, para probar la prórroga. Supongamos que una sociedad, por valor de menos de 500 liras, resulte de escritura; ¿se admitirá la prueba testimonial para acreditar la prórroga? Sí, si ésta no implicase más que una modificación del contrato en vigor, puesto que no se podría acudir á ella para modificar una escritura; pero desde el momento en que constituye novación, la prueba testifical es admitida, á tenor del derecho común.

61. Cesa, en segundo lugar, la sociedad, en virtud de la ley, por la extinción de la cosa ó por la terminación del negocio. En el primer caso, es imposible que la sociedad pueda conseguir su objeto por faltar los medios; en el segundo, ya lo ha conseguido. Ahora bien; si la sociedad no puede existir sin un objeto, es evidente que en ambos casos termina.

Por extinción de la cosa el legislador entiende su pérdida total, no la parcial. Verificada la pérdida total, la sociedad se disuelve de derecho, ya porque la ley así lo declara, ya porque no puede existir duda sobre la imposibilidad de conseguir su objeto. Si perece sólo una parte de la cosa, ¿la sociedad continúa, cualquiera que sea la parte perdida? En este caso es preciso atenerse al art. 1.735, que autoriza al juez á pronunciar la disolución de la sociedad antes de que expire el término establecido, si hay motivo justo. El juez apreciará la entidad de la parte perdida, y verá si la que subsiste es suficiente ó no á conseguir el fin social, resolviendo en consecuencia.

La pérdida de la cosa, ¿produce siempre la disolución de la sociedad, cualquiera que sea el tiempo en que ocurra? El legislador distingue el caso en que se haya aportado la propiedad de aquel en que sólo se haya aportado el usufructo de la misma. En orden al

primero, dispone que si uno de sus socios prometió aportar la propiedad de la cosa, y ésta perece antes de ser entregada, la sociedad se disuelve respecto de todos los socios, pero no si la cosa fué ya entregada (art. 1.731).

La interpretación de este artículo da lugar á dudas, que es preciso examinar. La primera se refiere al significado que debe atribuirse á la palabra *entregar;* en otros términos: la cuestión consiste en ver cuándo debe considerarse que la cosa se entregó. Opinan algunos (1) que es preciso la entrega real de la cosa, de modo que si ésta perece antes de ser entregada, la sociedad se disuelve, pero no se disuelve si la cosa perece después de entregada. En efecto; ¿por qué la disuelve en el primer caso del art. 1.731 y no en el segundo? Porque en el primero perece para el socio, y no pudiendo satisfacer su obligación, es preciso que la sociedad se disuelva, porque uno de los socios no puede entrar sin aportar nada; mientras en el segundo caso, habiendo ya satisfecho el socio su obligación, la cosa perece, en daño de la sociedad, y el socio conserva su cuota, consistente en la parte que le corresponde del patrimonio social. Ahora bien; la cosa perece para el socio cuando la propiedad es aún suya, y para la sociedad cuando se ha adquirido por los socios. ¿Es, acaso, la entrega ó tradición necesaria para la transmisión del dominio? No; porque la propiedad se adquiere por el consentimiento. Si, pues, la cosa que el socio prometió entregar se adquirió ya por los socios, aunque la entrega no se haya hecho, perece para la sociedad: ¿qué motivo hay para admitir la disolución en el primer caso y no en el segundo? Sería pre-

(1) Borsari, art. 1.731, § 3.849.

ciso suponer que el legislador había querido derogar aquí el principio general de que la cosa se adquiere por el consentimiento, y ¿dónde está la derogación?

Nótese que la última parte del art. 1.731 dice que la sociedad no se disuelve por la pérdida de la cosa, *cuya propiedad fué ya entregada á la sociedad;* luego la entrega se refiere á la propiedad de la cosa, no á la cosa misma; por consiguiente, es preciso suponer que se disuelve por la pérdida de la cosa prometida, si ocurre antes de que la propiedad se transmita, y no se disolverá cuando ya se haya transmitido.

Pero se dirá: si la propiedad de la cosa la adquiere la sociedad en cuanto el socio se obliga á entregarla, la pérdida de la cosa estará siempre á cargo de la sociedad; ¿cómo es, pues, que el legislador prevé el caso en que, no obstante la promesa hecha, la cosa perezca para el socio, y su extinción produzca la disolución de la sociedad? Ya hemos dicho que la propiedad se transmite por el consentimiento, sin necesidad de tradición; pero de aquí no se deduce que, apenas contraída la obligación, se transmita la propiedad. Esto sucede en las obligaciones puras, pero no en las condicionales ó á término. Y si la sociedad se ha contraído bajo condición, ó á comenzar desde cierta fecha, el paso de la propiedad no se transmite hasta cumplirse la condición ó hasta que empieza el término, por lo que si antes perece la cosa, perece para el socio, y se resuelve la obligación por no ser posible su cumplimiento.

Otra cuestión surge de la comparación del artículo en examen y el núm. 2 del 1.729. Según éste, la sociedad se resuelve por la extinción de la cosa; ¿cómo es que, según el 1.731, la sociedad, por la extinción de la cosa, no se disuelve en todo caso por la misma, sino

en el caso en que la propiedad se transmite? No hay oposición si se penetra el pensamiento del legislador. Este, en efecto, en el art. 1.729 habla de extinción de la cosa que constituye el objeto de la sociedad, mientras que en el 1.731 habla de la cosa que aporta un socio; y si se reflexiona que, extinguida ésta, subsisten las aportadas por los demás socios, las dos disposiciones se compenetran admirablemente en cuanto la resolución de la sociedad, por no poder cumplir el socio su obligación, es muy distinta de la que tiene por causa la imposibilidad de conseguir el objeto por que se constituye. Extinguida la cosa, cuya propiedad aporta el socio, si la sociedad no puede disolverse por efecto del incumplimiento de su obligación, puesto que ésta se cumplió, se disuelve si la extinción de la cosa hace imposible la consecución del fin social.

La sociedad, dispone el segundo párrafo del artículo en examen, se disuelve en todo caso cuando sólo se aportó el disfrute de la cosa. Y el motivo es claro. Cuando el socio aporta la propiedad cumple su obligación con la entrega de la cosa, por lo que al extinguirse no puede decirse que sea imposible el cumplimiento del fin social, puesto que el socio cumplió su obligación. Por el contrario, cuando el socio se compromete á aportar el usufructo de la cosa, la obligación no se cumple ó consuma en un solo instante, sino que hay pacto sucesivo; por lo que, mientras viva la sociedad, debe dicho usufructo. Si se extingue, deja de cumplir su obligación, y la sociedad se disuelve, cualquiera que sea la fecha de la extinción.

62. La sociedad se disuelve, en tercer lugar, por la muerte de alguno de los socios (art. 1.729, núm. 3). Toda obligación pasa á los herederos que continúan la personalidad de su autor. Extinguiéndose la sociedad

por la muerte del socio, el legislador deroga con tal precepto el principio enunciado, haciendo que cada socio se obligue sólo por sí, no por sus herederos; ¿cuál es el motivo de tal derogación? La índole misma del contrato de sociedad que tiene por fundamento la confianza recíproca entre los contratantes; y como la confianza es exclusivamente personal, no transmisible á los herederos, la sociedad se disuelve por la muerte del socio. Muerto el socio, ¿se podría obligar á los otros socios á seguir en sociedad con los herederos de éste? No; porque pueden no tener confianza en ellos, como éstos pueden no tenerla en aquéllos. ¿Se podría obligar á los socios supérstites á continuar la sociedad entre ellos solamente? Tampoco; porque éstos pueden haberse unido por la confianza que les inspirase el socio que después fallece; de modo que no lo habrían hecho si éste no formase parte de la sociedad; ¿cómo podría, pues, obligarse á seguir en sociedad habiendo desaparecido la confianza?

La muerte del socio, como toda causa legal de disolución, hace que cese de derecho la sociedad, y cesando ésta, no es ya posible realizar operaciones por cuenta ó en interés de una sociedad que ya no existe. Pero si, no obstante, la muerte de un socio que puede ser ignorada, hubieran hecho los socios operaciones por cuenta de la sociedad, ¿cuáles serán las consecuencias? Deben aplicarse, dado el silencio de la ley, los principios generales de derecho. El socio que tiene facultad de obrar en nombre de la sociedad, es un mandatario de los consocios; luego las normas propias del mandato son aplicables al caso. El art. 1.762 dispone que es válido lo que el mandatario hace en nombre del mandante, en el tiempo que ignora la muerte de éste ó cualquiera de las otras causas por las cuales

cesa el mandato, siempre que haya buena fe en aquellos con quienes contrata; luego se ha de conceptuar válido lo hecho en interés de la sociedad por uno de los socios después de la muerte de otro, siempre que haya buena fe por parte de los contratantes. Y lo hecho obliga, no sólo á los socios supérstites, sino también á los herederos del difunto por haberse realizado en interés de todos.

Las partes pueden derogar el principio de la disolución por muerte de alguno de los socios. Se puede estipular, dispone el art. 1.732, que en caso de muerte de uno de los socios continúe con sus herederos ó que continúe entre los supérstites. En el segundo caso, el heredero del difunto no tiene derecho más que á la división de la sociedad, teniendo en cuenta el estado en que ésta se encuentra al morir el socio, y no participará en los beneficios ulteriores sino en cuanto son una consecuencia de las operaciones hechas antes de la muerte del socio á quien se sucede. Decimos que la muerte de uno de los socios es causa de la disolución de la sociedad, porque basándose en la confianza recíproca no se puede imponer á los socios supérstites que tengan confianza en los herederos del difunto. Pero si la confianza no puede imponerse, no está prohibido á los contratantes depositarla en los herederos, como no se puede impedir que su confianza continúe, no obstante la muerte de alguno de ellos, por lo que no hay razón para privar de fuerza á un pacto de este género. Estipulándose que la sociedad continúe con los herederos del socio, éstos entran en ella y asumen las correspondientes obligaciones aunque sean menores; porque no se trata en tal caso de hacer surgir para ellos una obligación, sino de suceder en ella; si el heredero, aunque menor, sucede en cualquier obligación

del difunto, no hay razón para impedir que suceda en las relativas á la sociedad contraída si el *de cujus* lo hubiese querido. Los menores, ciertamente, no pueden, dada su capacidad, ingerirse directamente en la administración social; pero en ella serán representados por sus padres, tutores, etc.

En lugar de imponer á los herederos la obligación de continuar en la sociedad, puede dárseles sólo facultad para ello, porque la ley no lo prohibe, en cuyo caso, si los herederos son menores y no se cree conveniente á sus intereses que entren en sociedad, puede su representante no hacer uso de la dicha facultad.

Al disolverse la sociedad por muerte de alguno de los socios, los herederos tienen derecho á la división de la sociedad en el estado en que ésta se encuentra al tiempo de la muerte del socio, porque en este momento es cuando la sociedad se disuelve, y todo lo que se hiciere posteriormente no puede referirse al interés común, fuera del caso en que, de buena fe, se hayan realizado actos por cuenta de la sociedad por quien ignoraba la muerte del socio. Pero añade la ley que los herederos participan de los derechos posteriores en cuanto son una consecuencia de las operaciones hechas antes de la muerte del socio á quien suceden. Puede ocurrir que se haya realizado una operación antes de la muerte del socio y quede por realizar otra que es complemento del negocio: ahora bien; lo que queda por realizar como inevitable consecuencia de un negocio empezado, no puede realizarse sino en interés de todos aquellos respecto de los cuales se hicieron las primeras operaciones. Por ejemplo, una cantidad de mercancías se adquiere para ser vendida; un socio muere antes de venderlas; ¿quién no ve que es

preciso venderlas, no sólo en interés de los supérstites, sino de los herederos del mismo difunto?

63. En cuarto lugar se disuelve la sociedad por la interdicción, por la insolvencia ó quiebra de algún socio (art. 1.725, núm. 4). La sociedad se disuelve por la interdicción de uno de los socios, por los mismos motivos que por su muerte. El interdicto no puede administrar; además, es representado por el tutor, el cual podría no inspirar confianza á los demás socios. La ley no habla de la inhabilitación, pero podemos considerarla incluída en aquellas causas de que habla el art. 1.735, por las cuales puede el juez dictar la disolución.

Si el contrato declara que, en caso de muerte de alguno de los socios, la sociedad continúe con los herederos del difunto, ó entre los demás socios supérstites, ¿puede considerarse comprendida en este pacto la interdicción? Si se conviene que la sociedad deba proseguir con los herederos del socio difunto, es evidente que no; porque viviendo aún el interdicto no hay sucesión ni herederos. La duda puede surgir en el caso en que se conviniera que muerto alguno de los socios la sociedad deba continuar entre los supérstites solamente. La controversia, como se comprende, es de interpretación, y creemos que, fuera del caso en que las circunstancias demuestren una voluntad en contrario, debe suponerse que las partes quisieron que la sociedad continuase entre los demás socios, aun en el caso de interdicción de uno de ellos, produciendo ésta los mismos efectos que la muerte. Si continuando la sociedad entre los demás socios se revoca después la interdicción, no puede volver el socio á entrar en la sociedad, ni se le puede obligar á ello, por haberse disuelto en lo que á él se refiere.

La quiebra y la insolvencia de uno de los socios, al igual que la interdicción, disuelve la sociedad. La quiebra se refiere al comerciante, por lo que, respecto del no comerciante, sólo puede haber lugar á la insolvencia, y ésta, al par que la quiebra, hace que la sociedad se disuelva inmediatamente.

La sociedad, en estos casos, aunque se exija la declaración judicial de quiebra ó insolvencia, se disuelve por disposición de la ley, una vez declaradas; luego si el socio se rehabilita no puede reconstituirse la sociedad.

Supuesto que en el contrato se haya pactado que continúe en caso de muerte la sociedad entre los demás socios, ésta puede, cuando se declare la quiebra ó insolvencia de alguno de ellos, continuar con los demás, según lo expuesto en caso de interdicción.

64. Otro modo de extinguirse la sociedad es la voluntad expresa de uno de los socios de no querer continuar en la misma (art. 1.725, núm. 5). No toda sociedad puede disolverse por voluntad de un socio, sino sólo aquella cuya duración es ilimitada (art. 1.733). La ley no prohibe que una persona pueda obligarse por toda su vida á permanecer en sociedad; porque ofreciendo ésta ancho campo á la actividad individual y siendo fuente de riqueza, es mirada por el legislador con ojos benévolos. Pero si la sociedad merece el favor de la ley, no hay que olvidar que, durando largo tiempo, pueden nacer diferencias entre los socios que comprometan su marcha, y entonces faltaría la confianza. En la sociedad por tiempo indeterminado es más difícil que surjan tales inconvenientes, por lo que la ley concede el derecho de disolver la sociedad cuando no tenga límite de duración, y lo niega cuando se constituye para un tiempo fijo ó para una determinada empresa.

Para que la renuncia del socio sea eficaz la ley exige tres condiciones: la primera, que la renuncia se haga de buena fe; la otra, que no se haga fuera de tiempo, y la tercera, que se notifique á todos los socios.

No es de buena fe la renuncia, dice el art. 1.734, cuando el socio la hace para aprovecharse él solo de todas las ganancias. Supongamos que se forme sociedad para el ejercicio de una nueva industria; después que los socios han hecho gastos, uno de ellos, que ha aprendido ya la nueva industria, se propone ejercitar la por su propia cuenta; ¿es de buena fe tal renuncia? Pero advirtamos que la cuestión de si la renuncia es ó no de buena fe, es de hecho ó apreciación y no puede resolverse *a priori*.

La renuncia es fuera de tiempo (art. 1.734) cuando las cosas no están ya en su integridad y el interés social exige que se difiera la disolución. Se implanta, por ejemplo, un establecimiento con grandes gastos; cuando se van á empezar á obtener ganancias un socio quiere disolver la sociedad, haciendo así inútil todo lo que se ha hecho y gastado: pues bien; tal renuncia es fuera de tiempo, porque perjudica los intereses de todos. También la cuestión de si la renuncia está hecha ó no fuera de tiempo es cuestión de hecho, que el juez resolverá inapelablemente, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. La renuncia debe, por último, ser notificada á todos los socios. La ley nada dice sobre esta notificación; ¿supondremos necesario una notificación legal por medio de alguacil? No, puesto que la ley no lo exige; basta, pues, que se haga de cualquier manera para que produzca sus efectos.

La falta de notificación, así como la inoportunidad ó mala fe de la renuncia, pueden ser deducidas por los

demás socios, para que se declare la nulidad de la renuncia; pero aun cuando ésta fuese aceptada, el propio socio no puede alegarlas para invalidar su renuncia; porque las condiciones que exige el art. 1.733 se imponen no á favor del renunciante, sino de los demás socios y para proteger sus intereses; luego sólo ellos tienen derecho á pedir que se cumplan, pudiendo renunciar á éste como á cualquier otro derecho.

65. La sociedad, constituída para un tiempo determinado, si no puede resolverse al arbitrio de un socio, puede disolverse cuando concurran motivos justos. El art. 1.735 dice: «La disolución de la sociedad, constituída por tiempo determinado, no puede pedirse por uno de los socios antes que haya expirado el término establecido, sino con justa causa, como en el caso en que uno de los socios faltase á sus obligaciones, ó que una enfermedad crónica le inhabilitase para los negocios, ó en casos análogos; la apreciación de tales causas queda encomendada á la prudencia de la autoridad judicial.»

El legislador señala tan sólo dos de las causas que autorizan al juez para disolver la sociedad, abandonando las otras á su discreción. El juez, ya se trate de causas indicadas en la ley, ya de otras en ella no mencionadas, tiene siempre una facultad de apreciación que ejerce soberanamente con la diferencia, sin embargo, de que, tratándose de las indicadas en el artículo en examen, el juez aprecia sólo su entidad de modo que si considera ésta de alguna importancia debe disolver la sociedad, mientras que si se trata de causas distintas apreciará su cualidad y entidad.

Entre las dos causas de extinción enumeradas por la ley, existe una profunda diferencia. El art. 1.165 establece el principio de que la condición resolutoria

se sobrentiende siempre en los contratos bilaterales en el caso en que una de las partes falte á sus compromisos. La sociedad es, sin duda, un contrato bilateral; por lo que la condición resolutoria se sobrentiende también en el mismo, según el artículo citado. Cuando uno de los socios, pues, falta á sus compromisos, el contrato se resuelve; porque el legislador, en materia de sociedades, no deroga el principio general del artículo 1.165, por lo que el 1.735, al hablar de resolución de la sociedad por falta de cumplimiento de las obligaciones, no hace sino aplicar el art. 1.165. Ahora, el efecto de la condición resolutoria, cuando se verifica, es el de poner las cosas en el estado que tenían como si la obligación no hubiese nacido; luego si uno de los socios falta á sus obligaciones, el juez decreta la disolución, y la consecuencia de dicha renuncia es que la sociedad se considerará como no existente.

Por el contrario, cuando uno de los socios á causa de una enfermedad no puede cumplir sus obligaciones, es por imposibilidad; luego no cabe apiicar la condición resolutoria de los contratos bilaterales, sino el principio de que la obligación se extingue cuando su cumplimiento se ha hecho imposible sin culpa del deudor.

La diferencia práctica entre la resolución de la sociedad y su extinción, es notabilísima. Cuando la sociedad se resuelve debe considerarse que no ha existido nunca; por lo que cada uno de los socios toma lo que aportó, no pudiéndose suponer que las cosas pasaron al patrimonio de una sociedad que nunca ha existido. Cuando se extingue ha existido; luego las cosas pasaron al patrimonio común y deben dividirse.

66. Son aplicables á la división (art. 1.736) las reglas de la división de la herencia, su forma y las obli-

gaciones de los coherederos. Por consiguiente, la división será declarativa y no traslativa. Igualmente se consentirá su rescisión si uno de los condividendos sufriere lesión en más de la cuarta parte, y los condividendos se deberán recíprocamente garantía y evicción sólo por las perturbaciones que provengan de causas anteriores á la división.

TÍTULO VII

Del mandato.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

SUMARIO: 67. Definición del mandato.—68. Puede ser expreso ó tácito.—69. Puede ser gratuito ó retribuído.—70. El mandato es especial y general.—71. Facultades del mandatario.—72. Capacidad del mandante.—73. La capacidad se exige también en el mandatario.—74. El mandatario puede obrar tanto en su nombre como en el del mandante.

67. El mandato (art. 1.737) es un contrato en virtud del cual una persona se obliga gratuitamente ó mediante retribución á realizar un negocio por cuenta de otra persona de la cual recibe el encargo. Cada cual, de ordinario, realiza sus propios negocios, pero sucede con frecuencia que no pudiendo ó no queriendo hacerlos, por cualquier razón, por sí mismo, siente la necesidad de recurrir á una persona amiga y experimentada. El encargo que se da á esta persona constituye el mandato. El encargo se da en interés de quien lo da, que se llama mandante, no ya en interés de quien lo recibe, que se llama mandatario, puesto

que éste, según la definición legal, debe realizar el negocio por cuenta de la persona de quien ha recibido el encargo. El mandatario no es sino el intermediario entre el mandante y la persona con quien contrata; ahora, si el negocio se realizase en interés del mandatario, ya no sería intermediario y desaparecería el mandato.

Compréndese, por esto, la diferencia que separa el mandato del consejo. Prescindiendo, en efecto, de la consideración de que el mandato es un contrato y no lo es el consejo, conviene tener presente que el mandato se confiere en interés del que lo da, mientras que el consejo no se refiere al interés de quien lo da, sino de quien lo recibe.

Si el consejo no constituye una convención, ¿puede el que lo da contraer una obligación si aconsejó mal y ocasionó daño? La cuestión no puede resolverse sino aplicando los principios generales. Los contratos no son las únicas fuentes de obligaciones, sino que éstas surgen también de los delitos y cuasi delitos; por esto el art. 1.151 fija la regla de que todo hecho humano que acarrea daño á otro, obliga á aquel por culpa del cual el daño sobrevino, á resarcirle. Si el mal consejo fué dado con dolo, es evidente que hay responsabilidad. La duda surge cuando el que aconsejó mal es culpable por no haber aconsejado conforme á la ciencia y experiencia que el aconsejado debía esperar de él; porque si de un lado puede reconvenirse al que aconsejó mal, por otro lado puede culparse al que pidió el consejo, por no haber escogido mejor consejero; ¿cómo se resolverá? Creemos que debe distinguirse entre aquel que por razón de su oficio ó de la profesión que ejerce tiene la obligación de aconsejar y el que no la tiene. Porque el primero falta á su obliga-

ción y responde de sus consecuencias, mientras que el segundo no puede ser culpado por su ignorancia, y la responsabilidad es de quien no escogió mejor consejero.

Si el mandato no se da en interés del mandatario, no puede darse tampoco en interés de un tercero, porque el interés de un tercero no es el del mandante, y ninguno tiene derecho á inmiscuirse en los negocios ajenos no requiriéndosele, y mucho menos el de regularlos á su modo. Un mandato dado en interés de tercero no existe jurídicamente. De aquí que el mandato no puede confundirse con la simple recomendación, ya porque ésta no obliga, ya porque se hace en interés de tercero y no del que recomienda; mientras el mandato se hace en interés del mandante. Pero la recomendación, si bien tal en apariencia, se resuelve en un verdadero mandato siempre que el interés del que recomienda se confunde con el del recomendado. Si yo, por ejemplo, te recomiendo á Antonio para que le ayudes ó socorras en determinadas circunstancias, me limito á un simple ruego que atañe al interés de mi recomendado, y no contraigo ninguna recomendación; pero si te ruego que prestes á Antonio mil liras que yo no puedo prestarle por el momento, y el ruego es tal que demuestra la intención de que tú suministres el dinero por mi cuenta, se sale de los límites de una simple recomendación y nace un verdadero mandato.

68. El mandato (art. 1.738) puede ser expreso ó tácito, puesto que el consentimiento tácito, lo mismo que el expreso, engendra el vínculo jurídico de la obligación. Por otra parte, el mandato no es acto solemne que exija la observancia de formalidades determinadas por la ley; por consiguiente, siempre que hay consentimiento éste puede prestarse de cualquier

modo. La cuestión sólo puede surgir sobre la prueba de dicho consentimiento, y ésta se resuelve según el derecho común, esto es, no admitiendo la testifical cuando el mandato verse sobre una cantidad que exceda de 500 liras.

El mandato tácito no se debe confundir con la gestión de negocios ajenos, como ya demostramos al hablar de los cuasi contratos; porque el mandato, aunque tácito, es siempre un contrato, mientras que la gestión de negocios no lo es. Puede, sin embargo, presentarse en la práctica alguna dificultad en decidir si se trata de mandato tácito ó de gestión; pero la dificultad no puede surgir sino respecto de la prueba de los hechos, no de sus consecuencias jurídicas. Se puede discutir si se consintió ó no tácitamente que los propios asuntos fuesen tratados por un tercero; pero dada la prueba de este tácito consentimiento se tiene el mandato, no ya la gestión. Por lo que el que confiere mandato tácito queda obligado, no ya según la utilidad ó el daño que nace de la gestión del mandatario como en la gestión de negocios, sino de la extralimitación ó circunscripción á los límites del mandato (1).

Si el mandato puede ser expreso ó tácito, del mismo modo lo podrá ser la aceptación. La tácita sólo será válida no sólo en el caso en que el mandato sea tácito, sino aun siendo expreso, porque la ley no hace distinción; además, si no se prohibe en los demás contratos que una de las partes consienta expresa y la otra tácitamente, no hay razón para suponer que tal prohibición existe en el mandato.

El segundo párrafo del art. 1.738, después de decir

(1) Cas. Florencia, 16 Noviembre 1871.

que la aceptación del mandato puede ser también tácita, añade que puede resultar de la ejecución que del mandato haga el mandatario. No hay, en efecto, mejor prueba de la aceptación del mandato que la que resulta del hecho de ejecutarlo; pero al afirmar la ley que la aceptación del mandato puede resultar de la ejecución, ¿ha querido limitar á este solo hecho la aceptación tácita del mandatario? Si respondiéramos afirmativamente iríamos más allá que el legislador. Este, en efecto, no dice que la aceptación del mandato resulte solo de la ejecución, sino que este hecho la demuestra; lo que no excluye que la demuestren también otros.

Si el mandato puede ser expreso y tácito, quiere decirse que la ley no exige una forma especial para ponerle en vigor. Pero débese exceptuar el mandato conferido por alguno de los actos que no existen jurídicamente sin escritura, siendo en este caso necesario que el mandato conste por escrito. Suponiendo que se confiera verbalmente un mandato para la adquisición de inmuebles, ¿será válido?

Se dice que en el mandato para adquirir hay que distinguir la transmisión de propiedad inmueble que constituye su objeto de la obligación personal entre mandante y mandatario; y si el mandato verbal no es eficaz para transmitir la propiedad, lo es para crear vínculos personales entre aquéllos, confiriendo al segundo acción contra el primero, por las obligaciones nacidas de la ejecución del mandato (1).

Esta doble obligación que se quiere ver en el mandato no nos parece correcta. ¿Cuál es en el presente caso el objeto de la convención? Adquirir inmuebles

(1) Cas. Turín, 23 Agosto 1883.

por cuenta del mandato. La obligación personal es una consecuencia directa del encargo hecho. Ahora bien; si el encargo no puede ser verbal, porque el consentimiento para adquirir inmuebles ha de ser escrito, no existe mandato por defecto de forma, y si éste no existe, ¿cómo pueden nacer obligaciones personales?

Si el argumento que combatimos fuese cierto, la obligación personal nacería en los contratos traslativos de propiedad de inmuebles jurídicamente inexistentes por falta de escritura. Y ¿se puede sostener que una compraventa de inmuebles, nula por defecto de forma, produzca, sin embargo, obligación personal entre los contratantes? Sería absurdo afirmarlo, porque lo que no existe no puede producir efectos de ninguna clase. Si, pues, no existe jurídicamente el mandato verbal de adquisición de inmuebles; si la convención no tiene valor jurídico en este caso, por faltar el elemento esencial de forma, ¿cómo es posible que sea fuente de obligaciones?

Si el mandatario, en este caso, tuviera acción contra el mandante para ser relevado de su obligación, pretendería con derecho que se declarase que el inmueble adquirido correspondía al mandante, y que éste debía pagar el precio. Pero para esto sería necesario probar que el mandante prestó su consentimiento, y no habiéndose prestado por escrito, ¿cómo puede pretenderse que se le declare propietario del inmueble?

Dado que el mandatario tuviese tal acción contra el mandante, éste debería á su vez tener el derecho de proceder contra el mandatario para obligarle á entregar el inmueble y á que declarase ser de su propiedad. Pero ¿cómo podría obtener tal declaración de

propiedad faltando el escrito en que consta el consentimiento para la adquisición, y existiendo, por el contrario, uno, del cual resulta que el mandatario lo adquirió á su nombre?

69. El mandato es gratuito, salvo estipulación en contrario (art. 1.739); luego habrá mandato tanto en el caso en que el mandatario preste gratuitamente sus servicios, como en el contrario. El precepto legal responde, á nuestro juicio, exactamente á los principios. ¿Cuál es la esencia del mandato? Consiste, exclusivamente, en la obligación contraída por el mandatario de realizar el negocio por cuenta del mandante. Ahora bien; ya sea que el mandatario se determinase á aceptar el encargo por amistad ó deferencia al mandante, ya en vista de la retribución, siempre hay el mismo contrato de mandato.

El silencio de las partes implica la gratuidad, pues es necesario pacto para que haya derecho á retribución; pero este pacto, ¿ha de ser expreso? Supongamos que el mandato se confiere para algunos negocios en un lugar en que el uso establece la retribución; dado el silencio de las partes, ¿puede admitirse la prueba del uso establecido? Se ha respondido negativamente, fundándose en que es inútil alegar el uso cuando el contrato guarda silencio acerca de la retribución. «Pero argumentando así, observa la Casación de Turín (1), el Tribunal de Apelación se aleja de la letra y del espíritu de la ley. De la letra, porque la ley permite convenir una retribución, y ésta debe presumirse pactada en un lugar en que el uso la establece. Del espíritu, porque si el legislador no quiere tasar *a priori* los servicios de cada uno á personas amigas ó

(1) Decis. 5 Febrero 1867.

parientes, no quiere tampoco obligar contra todo derecho á un mandatario á que preste servicios gratuitos á personas extrañas, tanto más cuanto que se trata de mandatarios que tienen por costumbre prestar los suyos á quien los solicita.»

Hacemos nuestra tal doctrina. La ley exige, es verdad, un pacto contrario para que el mandatario tenga derecho á retribución; pero ¿exige que sea expreso? No, porque habla solamente de pacto en contrario, y la ley reconoce los pactos tácitos. Sea expreso ó tácito, ¿no tiene siempre la misma eficacia? Luego ¿por qué ha de considerarse ineficaz el pacto tácito de retribuir al mandatario? Cuando se utilizan los servicios de un procurador no se estatuye retribución, y no por eso deja de tener derecho éste á sus honorarios. Dado, pues, que los usos del lugar establezcan retribución, y que de la índole del asunto y de las personas así lo haga presumir, en estos casos el tácito consentimiento de las partes implica la retribución.

Cuando ésta se determina en su cantidad, la voluntad de las partes es ley del contrato aunque la cantidad pueda parecer excesiva. Si hubo dolo por parte del mandatario, puede, sin duda, el mandante pedir que se rebaje la retribución, por no ser lícito que nadie se enriquezca con perjuicio de los demás. Pero si no le hubo y la compensación se pactó libremente, no puede impugnarse por excesiva ó lesiva, porque la lesión sólo puede tener lugar en la venta, y no en los demás contratos.

Cualquiera que sea el modo como se haya pactado la compensación, se debe, siempre que se haya realizado el negocio; pero si se realizó sólo en parte, el mandatario no puede exigir al mandante que cumpla su obligación cuando él no la cumplió completamen-

te. Pero ¿habrá derecho á parte de la compensación en proporción de lo hecho? Sí, salvo pacto en contrario, cuando el mandato no se haya realizado completamente por causas no imputables al mandatario; pero si el mandato no se ha realizado por culpa suya, no creemos que el mandante esté obligado á pagar parte de la compensación, á no ser que haya obtenido utilidad.

Si el mandatario no consuma el mandato por impericia ó negligencia, ¿tiene derecho al salario convenido? El que acepta un encargo sin tener aptitud ó conocimientos suficientes para realizarlo, incurre en culpa, tanto más, cuanto que cobra salario; está, pues, obligado á resarcir el daño, y no debe cobrar salario.

70. El mandato es de dos clases: general, para todos los negocios del mandante, y especial, para uno ó varios determinados (art. 1.740). Es necesario tener presente esta distinción para definir las facultades del mandatario. Cuando el mandato es especial, las facultades del mandatario están determinadas en el mandato, de modo que éste no puede realizar sino los actos indicados en el mismo; pero si el mandato es general, ¿cuáles son los actos que puede realizar? Dice el art. 1.741 que el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración; cuando se trata de enajenar, hipotecar ó realizar otros actos que excedan de la administración ordinaria, el mandato debe ser expreso.

Pero adviértase que no hay que confundir el mandato expreso con el especial; porque el mandato puede ser expreso sin ser especial, y viceversa, puede ser especial, según el art. 1.740, y no ser expreso en el sentido del art. 1.741. Lo que constituye el mandato especial es la determinación de los asuntos que el

mandatario tiene facultad para realizar, mientras que lo que le constituye en expreso, á tenor del 1.741, es la manifestación de la voluntad del mandante, de que el mandatario pueda realizar actos que excedan de la administración ordinaria. De aquí que para atribuir al mandatario la facultad de realizar un acto que exceda de la simple administración, no es necesario un mandato especial, sino que basta que se le conceda la facultad de administrar. Así, si en un mandato general se concede facultad para vender los inmuebles, puede procederse á la venta de cualquiera de ellos, y si se concede para realizar algún acto que exceda la administración ordinaria, sin reserva alguna, puede hacer el mandatario todo lo que haría el mandante. El legislador, al prescribir que el mandato para actos que excedan de la administración sea expreso, no quiere que éstos sean indicados; de lo contrario, habría impuesto el mandato especial para semejantes actos; sino que ha querido que en el mandato se declarase abiertamente y con palabras directas, sin necesidad de recurrir á inducciones, la dicha facultad; por lo que si se dijere que el mandatario puede realizar todos los actos que quiera y que más le gusten, tal documento no expresaría la facultad de realizar actos excedentes de una ordinaria administración, y el mandatario no podría realizarlos (1).

¿Qué actos comprende una administración ordinaria? Ya lo dijimos en su lugar, y á éste remitimos al lector (2).

71. El mandatario no puede hacer nada que exceda de los límites de su mandato (art. 1.742). El man-

(1) Cas. Nápoles, 30 Julio 1868.
(2) Vol. I, núm. 459 y siguientes.

datario no trata un negocio propio, sino ajeno y por cuenta ajena; y como sus facultades nacen del encargo recibido, terminan con éste; he aquí por qué el mandatario no puede hacer nada que exceda de los límites del mandato conferido. La cuestión de si el mandatario está ó no encerrado dentro de estos límites es de hecho ó de apreciación, por tratarse de interpretar la voluntad de los contratantes; por lo que no puede resolverse *a priori,* sino según los casos y circunstancias.

Concedido un mandato para vender, transigir ó arrendar, ¿se entenderá también concedido para exigir el precio de estos contratos? «La facultad de transigir, observa la Apelación de Nápoles (1), no comprende la de recibir la suma prometida cuando se concede un término para el pago, porque, en tal caso, el transigir y el pagar son dos actos distintos que deben ser realizados en fechas distintas. *Mandatarius modum mandati egredi non debet.* Sin embargo, la ley I, § 12, Dig., *De exercitoria act*, decide que la facultad de arrendar no comprende la de recibir el pago.» En tesis abstracta aceptamos este criterio; pero no se olvide que los contratos en la práctica se interpretan según la voluntad de los contratantes, y que no es lícito, por tanto, hacer el sacrificio de ésta en virtud de una regla abstracta de derecho á la cual no quisieron ajustarse los contratantes. Sin desconocer, pues, el valor del criterio enunciado, es absolutamente necesario, cuando se presente el caso en la práctica, examinar las circunstancias especiales para preferir siempre la interpretación conforme á la voluntad de las partes.

(1) 4 Octubre 1869.

La facultad de transigir, añade el art. 1.742, no comprende la de comprometer. El legislador lo ha declarado explícitamente; porque siendo el compromiso un modo especial de transigir, habría podido dudarse si el mandatario encargado de transigir tiene también el encargo de comprometer, y la duda se resuelve negativamente. Porque entre la transacción y el compromiso, aunque éste sea una especie de aquélla, hay notable diferencia. Cuando se transige, se sabe lo que se gana y lo que se pierde; no así cuando se compromete. Ahora bien; si yo te doy el cargo de transigir, te lo doy porque tengo confianza en ti; pero si tú, en vez de transigir, nombras árbitros para que decidan, yo puedo no tener confianza en ellos.

Si el mandatario traspasa los límites del mandato, ¿cuáles serán las consecuencias? Obsérvese que el mandatario obra por cuenta del mandante, el cual consiente en obligarse dentro de los límites del mandato; más allá de estos límites falta el consentimiento, por lo que no queda obligado. Puede quedar obligado el mandatario, pero de esto ya hablaremos á su tiempo; basta, por ahora, tener presente que la convención celebrada entre el mandatario y el tercero es nula en lo que exceda del mandato.

72. ¿Qué capacidad se exige para el contrato de mandato? Comencemos por la del mandante. El acto que el mandatario realiza lo realiza en interés del mandante, y haciendo lo que éste haría por sí mismo, el verdadero obligado es el mandante. No hay duda que para ser mandante se exige la capacidad necesaria para realizar los actos de los cuales es encargado el mandatario, pues sería absurdo que el que es incapaz de realizar determinados actos, adquiriera ésta por habérselos encargado al mandatario.

El menor emancipado y el inhabilitado ¿pueden conferir un mandato general? El mandato general, salvo estipulación en contrario, no comprende más que los actos de administración ordinaria, y como las personas indicadas tienen capacidad para dichos actos, no hay duda que pueden realizarlos por persona intermediaria. *¿Quid juris* si el mandato general se extendiese expresamente á los actos que exceden de una administración ordinaria? ¿Será válido si se confiere con asistencia de curador? El curador debe asistir al menor emancipado y al mayor inhabilitado, en cada uno de los actos que excedan de una administración ordinaria; porque á medida que se presenta la ocasión de realizar un acto de tal naturaleza, debe examinar si es útil al administrado. Una autorización general dada por el curador á la persona sin plena capacidad, es ineficaz, por no responder al deseo de la ley ni á la tutela del incapaz. Ahora bien; si con la asistencia del curador pudiese el emancipado ó inhabilitado conferir un mandato general para realizar una determinada especie de actos que excedan de la simple administración, el curador no asistiría á la persona incapaz en todos los actos de este género, sino que concedería una autorización no permitida por la ley, por lo que dicho mandato no es válido. De aquí que las personas nombradas pueden dar, con asistencia del respectivo curador, mandato especial para uno ó más actos; pero bien determinados, que excedan de la simple administración. Concedido el mandato por persona incapaz, no puede tener valor jurídico respecto á ella el acto del mandatario; pero ¿podrá adquirir eficacia, en virtud de la buena fe del tercero, con el cual contrató el mandatario? Cuando falta la capacidad de contratar, ésta no puede adquirirse por efecto

de la buena fe del tercero que contrata con el mandatario del incapaz, porque si el acto lo realizase éste, sería nulo, no obstante la buena fe del tercero, y no hay razón para declararle válido realizado por el mandatario. Es verdad que en el art. 1.762 se dispone que es válido todo lo que hace el mandatario en nombre del mandante en el tiempo que ignora la muerte de éste ó una de las causas por las que cesa el mandato, siempre que los que contraten lo hagan de buena fe; pero de tal disposición no pueden sacarse argumentos para combatir la doctrina que sostenemos, ya porque una disposición excepcional como es la citada (ya lo demostraremos) no puede extenderse, ya porque no hay analogía entre la hipótesis en que el mandato concedido por persona incapaz cese por alguna de las causas legales y la de que el mandato sea concedido por persona incapaz.

73. Pasemos ahora á la capacidad del mandatario. El art. 1.743 dispone así: «El menor emancipado puede ser mandatario; pero el mandante no tendrá acción contra él sino á tenor de las reglas generales relativas á las obligaciones de menores. La mujer no puede aceptar mandato sin la autorización de su marido.» Frente á este precepto se levantan dos opiniones. Una, que el artículo en examen no ha querido establecer una capacidad del mandatario, sino regular únicamente las consecuencias del mandato en el caso en que éste se confiara al menor emancipado (1); la otra, que por regla general el mandatario debe ser persona capaz para obligarse, admitiendo la ley por vía de excepción que el mandato pueda conferirse al menor emancipado. Esta última opinión es la que seguire-

(1) Cas. Florencia, 15 Noviembre 1883.

mos, como que pone en armonía el texto con el espíritu de la ley.

La ley dice, en efecto, que el menor emancipado puede ser mandatario: ahora bien; si la capacidad jurídica no se exigiese en éste, ¿qué necesidad tendría el legislador de declarar que el mandato *puede* conferirse al menor emancipado? Se sostiene que el legislador ha querido prever el caso en que el mandato se confiere al menor emancipado únicamente para regular las relaciones jurídicas entre éste y el mandante, no para establecer, por vía de excepción, que el mandato pueda conferirse al menor emancipado. Pero tampoco esta observación tiene valor, porque el legislador no regula con normas excepcionales la obligación que el menor emancipado asume en virtud del mandato, sino que hace referencia á las del derecho común. Luego si el legislador reconociese el principio de que el mandatario puede ser persona incapaz, el art. 1.743 sería inútil, porque el menor emancipado podría recibir el mandato en virtud del principio enunciado, y porque las reglas del derecho común serían aplicables, aun dado el silencio de la ley, á la obligación contraída.

Se dice que el mandatario, cuando declara en nombre y cuenta de su mandante, no asume ninguna obligación con el tercero; dada, por tanto, la capacidad de obligarse del mandante, ¿qué necesidad hay de la capacidad del mandatario, desde el momento que éste sólo sirve de instrumento ó intermedio de la obligación que otro contrae? Pero ¿es verdad que el mandatario no es más que un instrumento, que no necesita capacidad? No lo creemos, porque el mandatario debe querer cumplir el mandato y tener conciencia de lo que hace. Si es un instrumento, no lo es material, sino ju-

rídico, y como tal, no puede carecer de capacidad. Pero aparte de la cuestión de si el mandatario es un instrumento material ó jurídico del mandante, es lo cierto que el mandato hace que nazca una obligación entre mandante y mandatario, aunque éste no se obligue por sí mismo. Sin el vínculo jurídico entre mandante y mandatario es imposible concebir el mandato, como también es imposible concebir una persona que pueda contratar en nombre y por cuenta de otra sin que haya asumido la obligación de obligarse en nombre ajeno. Ahora bien; ¿puede obligarse el que no tiene capacidad jurídica?

Adviértase que la obligación contraída por el mandatario respecto del mandante no constituye acto de administración ordinaria, ya porque la administración, en el sentido en que la entiende la ley, se refiere á los propios negocios, no á los ajenos, ya también porque la obligación contraída por el mandatario no puede comprometer el patrimonio en caso de descuido ó negligencia en el cumplimiento del mandato; por lo que la persona que no es plenamente capaz no puede ser mandatario. El artículo en examen hace excepción respecto del menor emancipado, lo cual creemos que se extiende también al inhabilitado, estando igualmente limitada su capacidad y no pudiéndose racionalmente suponer que el legislador no haya querido someterlos á una misma condición.

La asistencia del curador no es necesaria para la validez del mandato conferido al que no es plenamente capaz; porque el menor emancipado y el inhabilitado, tratándose de actos que exceden de la administración ordinaria, habrían podido realizarlos con asistencia del curador, en virtud de las reglas ordinarias de derecho é independientemente de la disposición

contenida en el art. 1.743. Si el legislador, pues, deroga las reglas de derecho común, habilitando al emancipado é inhabilitado, para recibir el mandato, las deroga precisamente en cuanto le autoriza á recibirlo sin la asistencia del curador, no hablándose de éste en el artículo citado. Obsérvese, además, que la disposición en examen añade que el mandante no tiene acción contra el mandatario menor sino según las reglas generales relativas á las obligaciones de menores; lo que, en otros términos, quiere decir que el emancipado, por efecto del mandato recibido, no puede estar obligado contra el mandante sino en cuanto ejecutando el mandato se enriqueció con perjuicio de éste. Ahora bien; esta adición de la ley nos lleva á suponer que ha querido autorizar al menor emancipado y aceptar el mandato sin la asistencia del curador, y que su intención es aplicar la disposición á este solo caso; porque si el menor emancipado aceptó el mandato con la asistencia del curador, su obligación es equivalente á la del mayor y no hay razón alguna para limitar sus efectos.

En cuanto á la mujer, el legislador ha dispuesto que no puede aceptar el mandato sin la autorización del marido, porque la aceptación de un mandato puede alguna vez comprometer el decoro de la mujer y de la familia, y el marido, que es el natural tutor de este decoro, debe decidir si conviene ó no á la mujer aceptar el mandato.

74. Cuando el mandatario contrata en interés y por cuenta de su mandante, ¿es necesario que manifieste su cualidad de intermediario, ó puede proceder y contratar con el tercero en nombre propio? El legislador patrio admite uno y otro modo de ejecutar el mandato recibido, informándose también en este punto en los

principios de derecho común. Porque la esencia del mandato consiste en la ejecución de un negocio por cuenta del mandante: ahora bien; esto puede hacerse, ya revelando el mandato, ya ocultándolo; luego el mandatario puede obrar tanto en nombre propio, sin que aparezca el del mandante, ya en nombre de éste, revelando el mandato recibido.

Cuando el mandatario declara que obra por cuenta de su mandante, el tercero contrata con éste y el mandatario se obliga por él, por lo que permanece extraño á la obligación, sin tener acción contra el tercero, como el tercero no la tiene contra él; la acción sólo existe entre el mandante y el tercero. El tercero, al ejercitar su acción debe probar la existencia del mandato, si éste es negado por el mandante (1). No probándose el mandato, sólo tiene acción de daños contra aquél que le engañó.

Cuando el mandatario obra en su propio nombre (art. 1.744), el mandante no tiene acción contra el tercero, ni éste contra aquél. Pero el mandatario queda directamente obligado con el tercero, como si el asunto fuera propio. Ocultando el mandatario su cualidad y presentándose á contratar en nombre propio, declara que se obliga con el tercero y éste con el mandatario, no con el mandante, á quien no conoce. Es natural, pues, que siendo éste extraño al contrato no puede valerse de la acción que nace contra aquel con quien ha contratado, y es también natural que el tercero no tenga acción contra el mandante. En esta hipótesis, los efectos del mandato se circunscriben al mandatario y al mandante, siendo extraño el tercero, por lo que el mandante obligará al mandatario á darle

(1) Cas. Florencia; 22 Noviembre 1878.

cuenta y á entregarle lo adquirido en su interés, pero no tendrá acción contra el tercero.

La jurisprudencia admite que el mandante que quiere beneficiarse del contrato tiene interés y derecho de citarle en la causa en unión con el contratante, para que éste sea condenado á ejecutarlo en su propio favor (1). No queremos combatir esta doctrina, pero observemos que la acción propuesta por el mandante no puede en modo alguno alterar el vínculo jurídico que nace del contrato entre mandatario y tercero. Este obliga en su favor al mandatario; luego la aparición del mandante no puede invalidar esta obligación, ni puede sustituir al mandatario contra el tercero. Creemos que el mandante, al volverse en este caso contra la persona con quien el mandatario contrató, no puede hacerlo sino indirectamente, esto es, valiéndose de la acción que del contrato nace á favor del mandatario, en virtud del principio que consiente al acreedor ejercitar los derechos y acciones correspondientes á su deudor.

La doctrina que no concede ninguna acción directa al mandante contra el tercero en el caso en que el mandatario contratase en su nombre, puede dar lugar en la práctica á algunas dificultades que es preciso allanar. Supongamos encargado á Ticio de vender uno de mis inmuebles; éste, haciéndose tener por el propietario del fundo, le vende á un tercero; ¿puedo yo reivindicar el fundo del adquirente, ó bien éste puede rechazar mi acción probando el mandato conferido por mí? No vacilamos en negarlo en virtud de los principios generales expuestos. El mandato, en efecto, es un contrato al cual el tercero adquirente es

(1) Cas. Florencia, 1 Julio 1878.

totalmente extraño; éste, al adquirir, se ha creído obligar con el mandatario, no con el mandante, á quien no conoce; ¿cómo, pues, podrá valerse de un contrato á que es extraño? Por otra parte, el mandatario no obró dando ejecución al mandato, sino por cuenta propia; luego no teniendo lugar la venta en virtud del mandato conferido, no puede el tercero invocar un mandato que no ha sido puesto en ejecución. Supongamos que no obra ya el mandante para reivindicar el inmueble vendido por el mandatario en su propio nombre, sino que el mismo adquirente pide la nulidad de la venta, fundándose en que no pertenecía al vendedor: ahora bien; si el mandante antes de este momento ratificara la venta, ¿puede el mandatario oponer esta ratificación? Parece que no, porque si el adquirente no puede oponer el mandato al mandante, éste no puede tampoco oponerla al otro. Pero esta respuesta sería exacta si la cuestión no pudiese resolverse sino con las reglas relativas al mandato; pero aquí éste es extraño á la cuestión, por cuanto el mandante ratifica la venta, pero no en esta su cualidad, sino como propietario de la cosa, quitando así todo interés al comprador para valerse de la acción de nulidad. Y, en efecto, si el propietario de la cosa vendida que no ha dado á otro encargo de venderla puede ratificar la venta hecha por un tercero para impedir la acción de nulidad, no hay razón para que la misma ratificación no la pueda hacer el propietario que dió á otro mandato para venderla por su cuenta.

CAPITULO II

OBLIGACIONES DEL MANDATARIO

SUMARIO: 74 *bis*. El mandatario está obligado á ejecutar el mandato.—75. Si el mandatario realiza el negocio por su cuenta, qué acción corresponde al mandante.—76. El mandatario debe consumar el negocio empezado en el momento de la muerte del mandante, si hay peligro de retraso.—77. Responde del dolo y culpa en la ejecución.—78. La responsabilidad es menor cuando el mandato es gratuito.—79. Si el mandatario puede sustituir á otro en el encargo. Primera hipótesis.—80. Segunda hipótesis: facultad de sustituir.—81. Si responde del sustituto cuando sin haber facultad de sustituir obligó á ello urgente necesidad.—82. Tercera hipótesis: que el contrato no diga nada sobre la facultad de sustituir.—83. Acción del mandante en todos los casos contra el sustituto.—84. Intereses compensadores debidos por el mandatario sobre las sumas que corresponden al mandante empleadas en propio provecho.—85. Intereses moratorios debidos por el mandatario sobre las sumas de los cuales es deudor.—86. Obligaciones de rendir cuentas.—87. El mandatario debe rendirla de todo lo recibido en virtud del mandato, aunque no se deba al mandante.—88. Nombramiento de varios mandatarios.—89. El mandatario que obra en cualidad de tal no se obliga respecto al tercero si se mantiene dentro de los límites del mandato.

74 *bis*. El mandatario (art. 1.745) está obligado á ejecutar el mandato mientras dura el encargo, y es responsable de los daños por incumplimiento. El man-

dato es un contrato, y como otro cualquiera obliga á las partes y les hace responsables de los daños. El mandatario contrae la obligación de realizar el negocio por cuenta del mandante; luego es conforme á los principios que esté obligado á satisfacer esta obligación bajo pena de daños. La ley añade que está obligado mientras dura el encargo, porque el mandato puede cesar antes de cumplirse por ser revocable, y porque el mandatario puede renunciarle. Siendo el mandato por su índole tal que puede cesar por voluntad de una de las partes, es muy natural que la obligación del mandatario dure mientras dure éste, y no hasta que el negocio se haya terminado.

Si el mandato se cumplió sólo en parte, subsiste la obligación de darle total cumplimiento, puesto que el cumplimiento parcial de una obligación no libera al deudor. Pero ¿estará obligado el mandante por lo que haya hecho el mandatario? La cuestión no puede resolverse sino consultando los intereses del mandante; porque si éste sale beneficiado, es justo que quede obligado, pero no en caso contrario. Pongamos un ejemplo: Si tú tienes encargo de adquirir cien quintales de grano á un precio determinado y adquieres cincuenta por el mismo precio, deberás responder del daño; pero no hay razón para que el mandante se niegue á recibir la cantidad adquirida y á pagar el precio. Por el contrario, si debes adquirir una casa ó un fundo y adquieres sólo la mitad, puedes no responder á los fines que el mandante se propuso al hacer la adquisición, y en este caso no puede quedar obligado el mandante.

El mandato se debe ejecutar del modo prescripto por el mandante, no al arbitrio del mandatario. Si el negocio llega á buen término, es indiferente para el

mandante que el mandatario se haya atenido á un modo ó á otro, pues se sabe que cuando no hay interés no hay acción; pero si el negocio realizado de un modo contrario al prescripto sale mal, el mandatario es responsable de las consecuencias. Si habiéndote obligado á expedirme las mercancías por tierra, me las envías por mar y naufragan, la violación, por tu parte, de mis instrucciones, me ha perjudicado, y debes indemnizarme.

75. Si el mandatario, en lugar de cumplir el encargo en nombre del mandante, lo realiza por su cuenta é interés, ¿cuáles serán las consecuencias entre ambos? Yo encargo, por ejemplo, á Ticio, que adquiera la finca *A* por veinte mil liras; Ticio la adquiere, pero para sí, y se niega á entregármela; ¿qué derecho me corresponde contra él? «Considerando, dice la Apelación de Milán (1), que en caso de infracción de la buena fe de los contratos la ley obliga al culpable á realizarlo del modo estatuído, y sólo en caso de absoluta imposibilidad tiene lugar el resarcimiento de daños (art. 1.218): Considerando que no habiendo pasado la cosa á manos de tercero puede, en virtud de la acción de mandato, pedirse la restitución de la cosa, principio consagrado por la Ley 8, párrafo 10, *Dig. Mand.*, donde se dice que *si tibi mandavi ut hominem emeris, tuque emisti, teneberis ut restituas;* por lo que es de notar que mientras en los demás casos de inejecución de un mandato la ley se contenta con una responsabilidad genérica *(teneberis);* por el contrario, en el caso en que el mandatario se niegue á entregar la cosa por él detentada, se determina exactamente el alcance de una responsabilidad, añadiendo

(1) Decis. 30 Diciembre 1869.

teneberis ut restituas, y esto, aunque la hubiese adquirido en su propio nombre.»

No creemos tal doctrina en armonía con la ley. En efecto; el art. 1.745 dice que el mandatario, si no cumple el mandato, es responsable de los daños derivados del incumplimiento. Ahora bien; en la hipótesis, el mandatario no ha realizado el mandato; luego la acción que corresponde al mandante es la de daños; ¿cómo ha de convertirse en la reivindicatoria? A tal dificultad cree responder la Apelación de Milán observando que la acción de daños procede subsidiariamente, esto es, cuando no sea posible el cumplimiento de la obligación, y que aquí aún lo es. Prescindamos de que la ley concede al mandante, en caso de incumplimiento, la acción de daños, y no otra, en virtud de la regla *ad factum nemo cogi potest,* y preguntemos: ¿cuál es la obligación contraída por el mandatario? Sin duda, una obligación de hacer: ahora bien; al adquirir el mandatario el inmueble por su cuenta, se ha hecho propietario del mismo, y como tal, si bien puede vender al mandante la cosa que ha entrado ya en su dominio, no puede adquirirla por cuenta de él, por lo que es innegable que el cumplimiento del mandato es imposible. Y no se diga que el mandante tiene contra el mandatario acción para hacerse entregar lo adquirido en virtud del mandato; porque si el mandatario no ha cumplido el mandato, ¿cómo puede afirmarse que ha conseguido nada por efecto del mandato? El mandatario que obra por su cuenta no obra en virtud del mandato, por lo que, si bien estará obligado á resarcir los daños derivados del incumplimiento contra el mandante, no puede éste tener ningún derecho sobre la cosa adquirida en su interés particular. La cosa adquirida es propiedad del mandatario, por-

que la ha adquirido para sí, y el propietario ha consentido en vendérsela al mandatario; luego sobre tal cosa, y la misma Apelación de Milán lo confiesa, no tiene el mandante ningún derecho real; ¿cómo puede pretender que el mandatario la entregue? La acción correspondiente al mandante es esencialmente personal, mientras que la acción reivindicatoria de la cosa es real; si la primera, pues, es la que concede la ley al mandante, no puede corresponderle ésta, por ser grande la diferencia entre ambas.

76. El mandatario está obligado, según el artículo 1.145, á terminar el negocio comenzado á la muerte del mandante si del retraso ha de originarse perjuicio. La muerte del mandante extingue el mandato; por lo tanto, este artículo deroga dicho principio. El motivo ha de buscarse en el interés del mandatario. La ley presume que los herederos del mandante confirman el mandato.

La facultad excepcional que la ley concede al mandatario en virtud de una presunta voluntad exige, según el texto del artículo en examen, el concurso de dos condiciones: la una es que si trata de un negocio comenzado al tiempo de la muerte del mandante; la otra, que del retraso pueda originarse perjuicio. Si falta alguna al mandatario, carece de facultades y no puede obligar á los herederos. La cuestión de si hay perjuicio es de hecho y queda á la apreciación del juez, tanto en el caso en que la persona contra la cual obró el mandatario, alegue la falta de poder del mandatario como cuando los herederos del mandante no crean estar obligados, por lo que el mandatario hizo después de la muerte de aquél. Pueden surgir dudas respecto del otro extremo, esto es, de que el negocio haya empezado antes de morir el mandante. Y, en efecto, ¿de-

berá entenderse comenzado el negocio el que ya lo estaba al conferirse el mandato, ó bien el empezado por el mismo mandatario en virtud del encargo recibido? La ley habla, en general, de negocio ya comenzado, sin distinguir si lo está por actos del mandante ó del mandatario; luego el intérprete no puede hacer distinción. Por otra parte, un negocio ya empezado debe realizarse con diligencia si hay peligro en el retraso, tanto si le ha empezado el mandante, como el mandatario; luego falta la razón para distinguir entre ambas hipótesis. Para comprender la utilidad práctica de esta nuestra observación, es preciso acudir á un ejemplo. Tú recibes encargo de cobrar un crédito; no has realizado aún ninguno de los actos necesarios para este objeto cuando el mandante muere; ¿tienes derecho, en caso de que se tema perder la garantía del crédito, á proceder á un embargo contra el deudor? Cuando se trata de exigir un crédito se trata de realizar un negocio en curso, habiéndose ya realizado su primer acto cuando se suministra dinero ó cosa equivalente al deudor; luego, demostrado el peligro que puede ocasionar el retraso del deudor, no puede oponer la falta de facultades necesarias en el mandatario á consecuencia de la muerte del mandante. Supongamos que recibes encargo de adquirir el fundo B: antes de que contrates con el propietario muere el mandante; ¿puedes, no obstante, y en virtud del artículo en examen, proceder á la adquisición? No; porque no ha comenzado el negocio, sino que está por comenzar, por lo que la disposición excepcional del art. 1.745 no es aplicable.

77. El mandatario, dispone el art. 1.746, es responsable, no solamente del dolo, sino de la culpa; tal responsabilidad, relativa á la culpa, se aplica, cuando el mandato es gratuito, con menos rigor que en el caso

contrario. Ya hemos hablado en los párrafos precedentes de la obligación del mandatario de realizar el mandato y de las consecuencias de su no realización; pasemos ahora á estudiar otra hipótesis, cual es la de que el mandatario realiza el mandato; pero que no lo realice con escrupulosidad y diligencia, haciéndose responsable de dolo ó culpa.

La responsabilidad del mandatario á consecuencia de los principios generales de derecho es que cualquier hecho del hombre que perjudique á otro obliga á su autor á resarcir. El principio es indiscutible; pero en la práctica pueden surgir dudas sobre si hay ó no culpa. Supongamos que tienes encargo de adquirir, por medio de documento público, un inmueble determinado; estipulada la adquisición, omites la inscripción de la escritura, y entre tanto el inmueble es vendido á un tercero, que inscribe su compra y que, por consiguiente, es preferido á mí en la adquisición: ahora bien; el no haber inscripto la transmisión, ¿te constituye en culpa y te obliga á indemnizar al mandante del daño ocasionado? «Si el simple gestor de negocios, dice la Casación de Nápoles (1) estaría obligado por el daño derivado de la falta de diligencia necesaria, no lo ha de ser el que asume el deber de adquirir por otro, cobra el precio y priva después al contrato de un documento esencial á su eficacia como es la inscripción, ocasionando, no sólo la nulidad del contrato, sino la pérdida del precio. Asimismo las leyes sobre el mandato proclaman la responsabilidad del mandatario. *Cum per procuratorem causam tuam laesam esse dicas, mandati actio adversus cum tibi competit* (2); el empe-

(1) Decis. 7 Enero 1880.
(2) Leg. 9, *Cod. Mandati vel contra.*

rador Constantino añade: *In re mandata non pecuniam solum, cujus est certissimum mandati judicium rerum etiam existimationis periculum est. Nam quisque suae rei moderatur et arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex animo suo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur, nec quisquam in cotum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est* (1). La inscripción en los contratos traslativos de propiedad la impone el Código como principio general para la certidumbre y ordenación del derecho de propiedad que debe hacerse público por medio de la inscripción (art. 1.932); pero este hecho *in administratione neglectum culpa vacuum non est.*»

La obligación del mandatario, nacida de su negligencia, y que consiste en el resarcimiento de daños, ¿puede convertirse en una obligación distinta, por ejemplo, en una fianza? Tú tienes, por ejemplo, el encargo de vender, pero con la obligación de cobrar inmediatamente el precio; pero, por el contrario, vendes concediendo una dilación en el pago; ¿puedes ser considerado, por efecto de la prórroga, como un fiador del adquirente, de modo que no pagando él debas pagar tú? «El salir garante de las obligaciones ajenas, responde la Casación de Turín (2), el imponerse un peso que no nos atañe, es un hecho tan grave y extraordinario que la ley no le presume, y sólo reconoce la obligación de la fianza cuando se manifiesta una voluntad expresa. Este concepto fué adoptado por nuestro legislador, que, en el art. 1.902, dice que la fianza no se presume, sino que debe ser expresa. Por el contrario, la sentencia recurrida reconoce en el

(1) Leg. 21, *Cod. tit.*
(2) Decis. 18 Febrero 1879.

mandatario la obligación de garantía por el precio de la venta sin derivarla de una convención ó voluntad explícita, sino de la dilación concedida; lo que equivale á presumir la fianza, deduciéndola de hechos más ó menos claros; en suma, á admitir la fianza tácita contra el precepto literal de la ley.» Por tanto, la obligación del mandatario es la que impone la ley, no otra distinta, es decir, el resarcimiento de daños.

Y no se crea esta cuestión puramente teórica. Supongamos, en efecto, que el valor real de la cosa mandada vender es de mil y que se vende en mil ciento por la dilación concedida en el pago; ¿qué suma tiene derecho á exigir el mandante del mandatario si el adquirente es insolvente? Si el mandatario se considera como fiador, debe mil ciento, que representa el precio estipulado; pero si se considera, como debe considerarse, como responsable únicamente de los daños, no debe más que mil, porque tal es el valor de la cosa vendida, y porque el daño sufrido por el mandante consiste precisamente en la pérdida del valor de la cosa y no en la pérdida del precio que se conviene en medida elevada, en atención á la dilación que el mandante no quería fuese concedida.

El daño de que responde el mandatario por su culpa, ¿es sólo el ocasionado ó el que puede ocasionarse? Tú, por ejemplo, encargado de dar á Ticio por cuenta mía una suma á préstamo, mediante garantía hipotecaria, descuidas hacer la inscripción de la hipoteca, de modo que puede correr el riesgo de no realizar mi crédito: ahora bien; mientras no se demuestre la existencia de la pérdida, merced al juicio de expropiación, ¿puedo yo exigir, á título de indemnización, la suma correspondiente á la cuantía y accesorias de mi crédito? Acudamos á los principios. El art. 1.227, al re-

gular el caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor, dispone que los daños se deben en general al acreedor por la pérdida sufrida ó por la ganancia de que fué privado; luego, según la ley, es necesario que la pérdida se haya ocasionado ya. Ahora bien; en el caso presente no se ha comprobado la pérdida por la insolvencia del deudor, por tanto, es hipotética; luego el mandante no puede exigir los daños por una pérdida no ocasionada aún.

78. La responsabilidad del mandatario, á consecuencia de su culpa, no es siempre la misma, sino que será más grave si el mandato es retribuído, y menos grave si es gratuito (art. 1.746). Esta mayor ó menor responsabilidad, ¿dependerá exclusivamente del arbitrio del juez ó hay en la ley criterio para determinarla? Dispone el art. 1.224: «La diligencia que se debe usar en el cumplimiento de una obligación, tenga ésta por objeto la utilidad de una de las partes ó de ambas, es siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito mencionado en el art. 1.843.» Ahora bien; disponiendo el art. 1.746 que la responsabilidad del mandatario, por su culpa, es menos grave si el mandato es gratuito, debemos suponer que la responsabilidad del mandatario asalariado es la ordinaria, esto es, la de cualquier deudor en culpa; por lo que el mandatario que pactó un salario, está obligado, en el desempeño de su encargo, á usar de la diligencia propia de un buen padre de familia. Esto sentado, si la responsabilidad se aplica menos rigurosamente en caso de mandato gratuito, es preciso suponer que el mandatario no asalariado no está obligado á usar de toda la diligencia propia de un buen padre de familia, sino que puede usarla menos sin incurrir en responsabilidad. Pero ¿cuál será ésta? El mismo art. 1.224 nos

saca de dudas, porque mientras prescribe la diligencia que debe usarse por cualquier deudor en general, prescribe otra menor en el caso previsto en el artículo 1.843, concebido así: «El depositario debe usar, al custodiar la cosa depositada, la misma diligencia que usa en custodiar las suyas propias.» Ahora, aunque la ley no diga que la diligencia que debe usarse en el mandato gratuito es la misma á la cual está obligado el depositario, al decir, sin embargo, que la responsabilidad del mandatario, en caso de mandato gratuito, es menor que la ordinaria cuando hay salario, creemos que ha querido poner en una misma línea al depositario y al mandatario no retribuído, obligando á ambos á usar una misma diligencia. En efecto; ¿por qué el depositario no está obligado, al custodiar la cosa depositada, más que á la diligencia que usaría en sus asuntos, y no á aquella mayor diligencia propia de un buen padre de familia, á la cual está obligado todo deudor? Porque el depósito es esencialmente gratuito y no se puede, racionalmente, pretender que quien sin compensación alguna asume la obligación de custodiar una cosa ajena use una diligencia mayor de la que usa al custodiar sus propios bienes. Esta misma razón, ¿no milita acaso respecto del mandatario que no estipuló compensación alguna? El que se hace pagar para cumplir un encargo en interés ajeno, tiene la obligación de mostrar la aptitud necesaria para conducir á buen término el negocio, y es justo que esté obligado á usar de la diligencia propia de un buen padre de familia; pero por parte del mandatario que por sola amistad se presta á desempeñar un negocio ajeno, no se puede pretender que haga más de lo que haría por sus propios asuntos, por lo que el mandante debe contentarse con la

diligencia que el mandatario usaría en sus propios asuntos.

Si al mandatario se le concedió, en virtud del encargo confiado, un título honorífico, como, por ejemplo, la cualidad de socio honorario de una academia ú otra distinción de igual género, ¿cesará por esto el mandato de ser gratuito y pesará, por tanto, sobre el mandatario una responsabilidad mayor? No; porque la compensación que hace gratuito el mandato debe consistir en una compensación material apreciable en dinero y que tenga un valor comercial. Las distinciones de que se habla, si demuestran el ánimo grato del mandante con el mandatario, no autorizan á considerar á éste como un asalariado, y no agravan, por tanto, su responsabilidad (1).

79. El mandatario ¿puede sustituir á otra persona en el encargo recibido, de modo que ésta lo realice en interés del mandante como lo hubiera realizado él mismo?

Si el mandato conferido prohibe la sustitución, no hay duda que no puede, porque traspasaría los límites del mandato y obraría sin validez. Ni al mandante le corresponde en esta hipótesis la sola acción ó excepción de nulidad, en orden á los actos realizados por el sustituto, sino que si la sustitución fué causa de daño, el mandatario que la hizo incurre en culpa, y debe, por tanto, responder, en virtud de los principios generales de derecho.

80. Si se concede facultad de sustituir, no hay duda de que puede usarse; pero, ¿será responsable el mandatario por la persona que elija? En otros términos: ¿responderá del dolo y de la culpa de la persona

(1) Cas. Florencia, 10 Dic. 1877.

elegida? Dice el art. 1.148 que el mandatario es responsable cuando la persona elegida es notoriamente incapaz ó insolvente. Cuando el mandatario, al valerse de la facultad concedida de sustituir sin designación de persona determinada, elige á persona notoriamente incapaz ó insolvente, incurre en dolo si la incapacidad ó insolvencia le eran conocidas, ó, por lo menos, en culpa, si las ignoraba; porque la más vulgar prudencia aconseja informarse de las cualidades de una persona antes de hacerla un encargo; y la culpa, en este caso, es gravísima, por no haber usado de la diligencia propia de todo individuo que realiza un asunto que le concierne; por lo que el mandatario responde siempre de esta culpa, sea ó no sea el mandato gratuito. Es igualmente responsable si teniendo facultad de sustituir á persona determinada, encarga el negocio á otra; porque excede de los límites del mandato, y no sólo responde del daño consiguiente, sino que el mandante puede negarse á reconocer al encargado, constituyendo su intervención en el negocio un exceso en los límites del mandato.

Pero si el mandatario empleó á la persona designada por el mandante, ó bien, faltando la designación, hiciese la sustitución, usando de la facultad que se le concede, en persona que no fuera notoriamente incapaz ó insolvente, no será responsable del dolo y de la culpa del sustituto, porque el núm. 2 del artículo que examinamos limita la responsabilidad al caso en que se haya sustituído en persona notoriamente incapaz ó insolvente. Por otra parte, si no responde del hecho ú omisión del sustituto, en este caso, ¿estará obligado á vigilar sus actos y responderá de las consecuencias de su falta de vigilancia?

Laurent afirma que el mandatario en la hipótesis

deja de serlo al encargar al sustituto del negocio, y que, por tanto, ninguna obligación le incumbe (1). Borsari, al combatir esta doctrina, dice: «Hay diferencia entre la renuncia del mandato y la sustitución. Esta es un *cambio* en la representación, pero no un abandono. El submandato se relaciona con el mandato principal como una filiación; lo afirma y desarrolla su alcance. Mientras se rinde homenaje al mandante conservando la representación directa, el primer mandatario conserva ciertas facultades y deberes: el de velar, vigilar la conducta del sustituto con el cual se encuentra en relación inmediata, y reprimir sus abusos. No estando obligado el mandatario á notificar al mandante la sustitución, ni cuál sea la persona elegida, el mandante confía en el amigo y no tiene razón para vigilar al segundo mandatario, que quedaría así más libre de lo que permite su condición de subalterno (2).

Estas observaciones no nos convencen; notemos, por el contrario, que de ellas se deduce que Borsari no tiene un concepto exacto de la sustitución; porque sus palabras *el mandatario que se hace representar por el sustituto,* y las otras *el submandato que se relaciona con el mandato principal,* indican que el sustituto, según el ilustre escritor, no es más que un ayudante elegido por el propio mandatario; en suma, una persona que obra bajo su dependencia y á sus órdenes. Si tal fuese el concepto legal del sustituto, no sólo comprenderíamos la obligación de la vigilancia, sino la gestión de que el sustituto haría la gestión del mandatario, y que éste debería responder de ella como de un

(1) *Principes,* vol. XXVII, núm. 488.
(2) *Comm.*, art. 1.748, § 3.880.

hecho propio. Pero el sustituto no es el ayudante del mandatario, ni la sustitución da vida á un nuevo contrato de submandato. Al hacer la sustitución el mandatario, en virtud de la facultad concedida, no hace más que cumplir el mandato. La sustitución no se efectúa por efecto de un nuevo mandato conferido por el mandatario al sustituto, sino á consecuencia del mismo mandato, por lo que el sustituto representa, no al mandatario sino al mandante. Ahora bien; si el mandatario cumple su deber cuando hace uso de la facultad de sustituir que le concede el mandante; si el sustituto no es su representante, sino el del mandante, ¿qué fundamento jurídico se puede asignar á su pretendida obligación de vigilar la gestión del sustituto? ¿De dónde allegaría sus facultades para ejercitar su vigilancia? Del mandato no; porque hecha la sustitución, el mandatario *fructus est munere suo,* como habría igualmente cumplido su deber si hubiese dado fin al negocio. La ley, por otra parte, al admitir la responsabilidad del mandatario por el sustituto en el caso en que hubiese elegido persona notoriamente incapaz é insolvente, admite con esto que en todo otro caso el mandatario no responde del hecho ú omisión del sustituto; ahora, ¿cómo se puede, jurídicamente hablando, tener la obligación de vigilar la conducta ajena cuando no se es responsable de ella? ¿A qué fin tal vigilancia? Desde el momento que el sustituto trae sus poderes del mandante, que ha autorizado la sustitución, puede en buen derecho negarse á obedecer los consejos é inspiraciones del mandatario; ¿cómo, pues, es posible imponer racionalmente la obligación de vigilar y dirigir, cuando el vigilado tiene el derecho de no escuchar la voz del vigilante?

81. El mandatario, según el núm. 2 del artículo en

examen, no responde del sustituto cuando hubiese facultad de sustituir y la elección recayó en persona que no es notoriamente incapaz ó insolvente: ahora bien; suponiendo que el mandatario tuviese facultad de sustituir, pero que se hubiese encontrado en la necesidad de nombrar un sustituto para proveer á los intereses del mandante, ¿estará exento de responsabilidad si el sustituto no es notoriamente incapaz ó insolvente?

«Considerando, dice la Casación de Turín (1), según el art. 1.348 del Código civil, que el mandatario es responsable por el sustituto cuando no había facultad de sustituir, porque al aceptar el mandato prometió prestar su gestión personal. Y faltando á tal deber con la sustitución, es justo que responda de su *alter ego* como de sí mismo. Pero esta razón desaparece cuando el mandatario se vió, por circunstancias extraordinarias é imprevistas, en la imposibilidad de poder realizar la gestión. En tal caso, la facultad de sustituir está implícita en el mandato, y la responsabilidad del mandatario, á tenor del núm. 2 del art. 1.748, vendría á ser limitada á la elección de la persona sustituída, cuando ésta fuese incapaz ó insolvente.»

No creemos que pueda haber duda sobre la legitimidad de esta doctrina. La sustitución de que habla la ley en el artículo en examen es la que procede de la libre voluntad del mandatario, el cual puede también no quererla; pero frente á la absoluta necesidad que no deja libertad de elección, no puede ciertamente reprocharse al mandatario que hiciera lo que la necesidad urgente pedía; por consiguiente, fuera del caso en que hubiese nombrado á persona notoriamente incapaz é insolvente, no responde del sustituto.

(1) Decis. 21 Mayo 1879.

82. Pasemos ahora á la hipótesis de que en el mandato no se niegue ni se conceda la facultad de sustituir: ¿existirá ésta? Según los principios de derecho, no; porque el mandatario se obligó él mismo á realizar la gestión. Pero el legislador permite, derogando el rigor de los principios, que el mandatario nombre un sustituto, pero á condición de que responda de los actos ú omisiones del sustituto respecto del mandante (art. 1.748, núm. 1). Lo que ante todo interesa al mandante es que su negocio sea conducido á buen término, ya por el mandatario, ya por otro. Si hubiese habido razones especiales para excluir la intervención de todo extraño en el negocio, debiera haber prohibido expresamente la sustitución; pero con su silencio demuestra que no las tuvo. No siendo, pues, esencial que el encargo se realice por el mandatario, la ley permite la sustitución; pero exigiéndole responsabilidad por los actos del sustituto, tutelando al mismo tiempo el interés del mandante, el cual, cualquiera que sean los acontecimientos, puede siempre volverse contra la persona que mereció su confianza.

83. En todos los casos (art. 1.748) puede el mandante proceder directamente contra el sustituto. Refiriéndose este precepto á todos los casos de sustitución en virtud de facultad expresa ó tácita, en ambos casos se comprende su razón. Porque si la facultad de sustituir es expresa, la sustitución se efectúa por voluntad del mandante y se considera hecha por él la sustitución. Si el mandato no dice nada sobre la sustitución, la consecuencia es distinta en cuanto considerándose permitido bajo la responsabilidad del mandatario lo que el mandante no le prohibió, la sustitución tiene por fundamento, si no en la voluntad expresa, en la voluntad tácita del mandante.

El mandante ejercita directamente contra el sustituto la misma acción que contra el mismo corresponde al mandatario en cuanto la sustitución tiene sus raíces en la facultad concedida en el mandato. Por tanto, la primera condición esencial de esta acción es que el sustituto haya obrado en calidad de tal, conociendo el mandato, no en la de mandatario. En efecto; si el mandatario, ocultando la existencia del mandato, confía á un tercero el encargo recibido como un mandante puede confiarlo á un mandatario, no hay en este caso sino un nuevo mandato independiente del primero. El tercero encargado en la hipótesis quiere obligarse con el mandatario que le dió el encargo, no con el mandante á quien no conoce; ¿cómo podría, pues, obrar éste directamente contra quien no es su deudor? Cuando el encargo es confiado al sustituto en virtud del mandato cuya existencia le es conocida, el sustituto se obliga también con el mandante en interés del cual obró, y éste acepta tácitamente tal obligación al no prohibir al mandatario la sustitución: y he aquí por qué en la hipótesis el sustituto es deudor del mandante y éste tiene acción directa contra aquél.

Tratándose de ejercitar directamente contra el sustituto la acción que contra el mismo corresponde al mandatario, es preciso que en el momento en que el mandante procede contra el sustituto, pudiera proceder contra él también el mandatario, porque su acción deriva de éste. Pongamos un ejemplo. Se confiere mandato para vender una casa y cobrar el precio; el mandatario encarga la venta á un sustituto, el cual cumple el encargo, exige el precio y lo entrega al mandatario; éste se hace insolvente, y el mandante no puede obtener el precio: ¿tiene acción contra el sustituto? No; porque no la tiene el mandatario. Al

exigir el precio, el sustituto obró dentro de sus atribuciones; por lo que la insolvencia del mandatario no le hace responsable.

De los mismos principios se deriva la consecuencia de que la acción del mandante contra el sustituto se limita al negocio del cual fué encargado y no se extiende á toda la gestión confiada al mandatario; porque si éste puede proceder contra el sustituto sólo por el negocio objeto de la sustitución, y no por los demás que pueda haber gestionado personalmente, es preciso que la acción del mandante contra el mismo se contenga dentro de iguales límites.

Si el mandatario hubiese delegado, á pesar de la prohibición, en persona distinta de la indicada por el mandante, ¿tiene éste acción directa contra el sustituto? Parecería que sí, porque el art. 1.748 la concede en todos los casos. Pero obsérvese que dicho artículo sigue al 1.748, y que en la primera parte del mismo artículo se enumeran algunos casos de sustitución, esto es, aquel en que se sustituye su facultad, y en que la facultad de sustituir se hubiese concedido sin designación de personas; por consiguiente, la expresión *en todos los casos* se refiere manifiestamente á los distintos que el mismo artículo enumera, entre los cuales no está comprendido aquel en que se sustituye á pesar de declararse que no se otorga facultad de sustituir. No habiéndose previsto por la ley este caso, hay que aplicarle los principios generales de derecho. Cuando el mandatario obra más allá de los límites del mandato, no puede obrar en representación del mandante, sino por cuenta propia, quedando el mandante completamente extraño á lo que hiciere. Ahora, si todo lo que se hace fuera de los límites del mandato no crea relaciones jurídicas entre mandante y manda-

tario, no puede tampoco crearlas entre éste y el tercero con quien el mandatario contrata; por consiguiente, el mandante no tiene ninguna acción directa contra este último por efecto del contrato.

84. El mandatario (art. 1.740) debe los intereses de las sumas empleadas, en uso de su facultad, de su bolsillo y los intereses de la que debe desde el día que se constituyó en mora. Los intereses que debe el mandatario en virtud de tal disposición son de dos clases: compensadores y moratorios; empecemos por los primeros.

Cuando el mandatario convierte en su provecho las sumas correspondientes al mandante se beneficia de un capital que no es suyo y priva, además, al propietario del provecho que habría obtenido de dicho capital, por lo que debe compensar la pérdida sufrida. Por tanto, el concepto de la mora no es aquí aplicable, sino el de la compensación. Estos intereses corren, por tanto, de derecho, desde el día en que dispuso de la suma; pero para obtener sentencia condenatoria el mandante debe probar no sólo el empleo hecho por el mandatario de la suma, sino el día en que se hizo. La dificultad de esta prueba no dispensa al actor de demostrar el fundamento de su propia demanda. Obsérvese, además, que no se trata de probar una convención, sino un hecho, por lo que será admisible, no sólo la prueba testifical, sino la presunción *hominis*, según el art. 1.354.

El empleo hecho por el mandatario en provecho propio de las sumas del mandante puede ocasionar á éste un grave perjuicio, que no está compensado suficientemente por la cuantía de los intereses compensadores debidos por el mandatario; en este caso, el mandante, ¿puede proceder, para conseguir del mandata-

rio lo que falta, según la pérdida sufrida, con la ac- de resarcimiento de daños? La afirmativa parece indudable. Los intereses tendrán lugar de resarcimiento de daños, cuando, á tenor del art. 1.231, nazcan del retraso en el cumplimiento de la obligación; pero en este caso no se trata de intereses debidos por mora; luego no equivalen al resarcimiento, y pueden exigirse en cesión de los compensadores (1).

85. Los intereses moratorios son debidos por el mandatario sobre las sumas que debe. Estas ¿son únicamente las que ha cobrado, ó también las que hubiera debido cobrar y no cobró por negligencia? La Casación de Turín (2) observa que el legislador habla, en general, de las sumas que el mandatario debe; luego las comprende todas. Esta doctrina no nos parece aceptable. El mandatario que por negligencia no exigió las sumas que debía exigir, no es deudor de éstas, sino de la culpa en la ejecución del mandato, que se traduce en el resarcimiento de daños, y esto no es lo mismo que ser deudor de las sumas no cobradas; por lo que en el art. 1.750 no es aplicable este caso.

A veces, sobre todo cuando se trata de muchos negocios, no puede saberse qué es lo que debe el mandatario sino después de rendir cuentas; en tal caso, los intereses moratorios sobre la suma de que es deudor no corren sino desde el día de la rendición de cuentas y constitución en mora en pagar el saldo. Porque si la deuda no es liquida, el deudor no puede ser compelido á pagar, no siendo posible que se deban intereses por una mora que aún no ha empezado.

Si el mandatario retrasa la presentación de cuen-

(1) Cas. Turín, 12 Septiembre 1874.
(2) Decis. 4 Marzo 1869.

tas, ¿puede el mandante en juicio pedirle que las presente, y que sobre las sumas de que sea deudor se le adjudiquen los intereses desde el día de la demanda judicial? En el caso presente, la demanda judicial, si bien constituye en mora al mandatario, en lo que respecta á la dación de cuentas, no le constituye en mora en el pago del saldo, puesto que éste no es exigible sino desde el día que lo confesó. Ahora bien; ¿cómo puede pretenderse que se paguen los intereses de la mora desde el día de la demanda? Y no se diga que argumentando de tal modo se dé ocasión al mandatario para presentar las cuentas, privando así al mandante de los intereses sobre la suma que debe; porque el mandante puede citar al mandatario á juicio para la presentación de las cuentas, y si opone excepciones dilatorias que no tengan otro fin que retrasar la ejecución de una obligación que pesa sobre él, está el artículo 270 del Cód. de proc. civil, que faculta al juez para condenar al litigante temerario al resarcimiento de daños.

86. Todo mandatario, dispone el art. 1.747, debe rendir cuentas de su gestión y entregar al mandante todo lo que recibió por efecto del mandato, aunque lo recibido no le fuese debido al mandante. La obligación de rendir cuentas es de esencia en el mandato, porque el mandatario no realiza un negocio propio, sino del mandante; y como este asunto corresponde al mandante y no al mandatario, es inevitable que éste sea obligado á rendir cuentas al primero; de otro modo, el asunto se convertiría en suyo propio. Si el mandatario, por tanto, fuese dispensado de rendir cuentas, tal cláusula no tendría eficacia jurídica por por dos razones. La primera, que la esencia de todo contrato no depende del capricho de las partes, que si

bien son libres de contratar, no lo son de cambiar la índole de los contratos; la segunda, que una cláusula de este género es contraria á la moral, porque, concediendo impunidad á la malversación ó al fraude, los autoriza implícitamente, y tales cláusulas no pueden obtener la sanción de la ley.

El mandato conferido con la dispensa acordada al mandatario de rendir cuentas no tiene valor jurídico por contrario á la moral, y, por tanto, á la ley, por consiguiente, si el mandatario no quiere cumplir el encargo, el mandante no puede, fundándose en la aceptación del mandante, exigir el resarcimiento de daños. La dispensa de rendir cuentas especialmente cuando el mandato se confiere á un pariente cercano, puede resolverse en un verdadero acto de liberalidad, y entonces no deben aplicarse las reglas del mandato, sino las de la donación.

La obligación de rendir cuentas es común á todo mandatario, aunque esté estrechamente unido al mandante, porque el vínculo de parentesco no altera en modo alguno el contrato. Podrá dudarse en la práctica, si se trata de un verdadero mandato, ó de ayuda prestada á actos realizados bajo la vigilancia de aquel en cuyo interés se realizan. Y tal controversia se resolverá según las circunstancias del caso; pero probada la existencia del mandato, el mandatario, cualquiera que sea, no puede eximirse de la obligación de rendir cuentas.

Si el mandatario en su gestión se hace responsable de dolo ó culpa, ¿puede el mandante ejercitar contra él la acción derivada de delito ó cuasi-delito? «De que el art. 1.747, observa la Casación de Turín (1), enu-

(1) Decis. 29 Julio 1880.

mere expresamente entre las obligaciones del mandatario la de rendir cuentas de su gestión, no sería lícito argüir que no pueda el mandante hacer valer de otro modo su derecho contra el mandatario. La presentación de cuentas puede ser un medio de defensa para el demandado, y el exigirlas no es una condición indispensable para el actor, el cual, aun sin la discusión de una cuenta no presentada ni prometida, pueda demostrar la culpa ó el dolo del mandatario, y el consiguiente derecho al resarcimiento de daños. Por tanto, la acción de mandato no excluye la acción de delito ó cuasi-delito; ambas, concurriendo los extremos, se compenetran en una; y en verdad, no comprenderíamos por qué razón la segunda de dichas acciones, que puede ser propuesta contra todo el que haya ocasionado daño á otro por infracción de las reglas del derecho universal, no deba igualmente, y con mayor razón, proponerse contra aquel que, además del derecho universal, ha infringido los vínculos contractuales.»

Esta doctrina no nos parece aceptable cuando el dolo ó la culpa se refieren á la ejecución del contrato; la obligación que nace tiene siempre su fundamento en el mismo, y en él se funda también la acción que se propone en juicio para reclamar el resarcimiento de daños. El delito ó cuasi-delito para el cual la ley dicta reglas especiales, supone la falta de toda convención y se origina de un hecho nacido de una sola voluntad; luego las reglas propias del delito ó cuasi-delito no son aplicables al dolo ó á la culpa en la ejecución de un contrato. En el delito ó cuasi-delito, la ley es la que fija ó determina la responsabilidad de quien le cometió, porque no relacionándose con ninguna convención, las partes no han podido establecerla previamente; pero cuando se trata de dolo ó culpa que se refiera

á la ejecución de un contrato, las partes han podido prever las consecuencias; falta, pues, la razón jurídica para asimilar un caso á otro. Por tanto, la base de la acción contra el mandatario, para obtener el resarcimiento de daños, consecuencia del dolo ó culpa, es siempre el contrato, no el delito ó cuasi-delito. No se crea que esta controversia es puramente académica, porque la diferencia práctica entre el ejercicio de una y otra acción salta á la vista. En efecto; según el artículo 1.156, si el delito ó cuasi-delito es imputable á varias personas, éstas son responsables solidariamente al resarcimiento de daños. Por el contrario, el artículo 1.749 dispone que si en un solo acto se constituyesen varios mandatarios, la obligación *in solidum* entre ellos no tendrá lugar si no fué pactada. ¡Si contra varios mandatarios encargados en un único acto pudiera ejercitarse la acción de delito ó cuasi-delito, deberían responder *in solidum* de las consecuencias, mientras que proponiendo la acción *ex contractu*, la solidaridad no tiene lugar si no se pactó.

87. El mandatario está obligado á rendir cuentas de cuanto recibió en virtud del mandato, aunque, añade el art. 1.747, lo recibido no fuese adeudado al mandante. Lo cual es una consecuencia de los principios de razón. En efecto; lo que el mandatario recibe en virtud del mandato no lo recibe por sí, sino por su mandante, y en virtud del mismo mandato, debe rendir cuentas. El mandatario es perfectamente extraño al vínculo jurídico entre el que paga y el mandante. Por lo que, tenga ó no el tercero obligación de pagar, no debe mezclarse en ello el mandatario.

Pero si el mandatario, excediendo los límites del mandato, hubiese cobrado alguna cantidad, está obligado á entregarla al mandante. La obligación de ren-

dir cuentas subsiste en cuanto el mandatario obró como representante del mandante; pero cuando el mandatario obra excediéndose de sus atribuciones, obra por cuenta propia; luego lo que recibe, lo recibe por cuenta propia y no está obligado á entregarlo (1).

Lo que el mandatario recibe por cuenta del mandante no entra en su patrimonio aun cuando se trate de dinero, porque repugna al concepto de intermediario que éste adquiera la propiedad de la cosa para transmitirla después á la persona de la cual ha recibido el encargo. El mandatario que recibe dinero por cuenta del mandante, no es propietario del mismo, es deudor de la cantidad recibida respecto al mandante; el dinero recibido pertenece á éste, de modo que si por caso fortuito ó fuerza mayor perece el dinero recibido, perece para el mandante, que es el propietario.

88. Si en un solo acto (art. 1.749) se constituyen varios mandatarios ó procuradores, la obligación *in solidum* entre ellos no tienen lugar si no se pactó. Esta disposición confirma el principio general de derecho de que la obligación *in solidum* no se presume, sino que debe pactarse expresamente. Pero supone, naturalmente, que varios mandatarios nombrados en el mismo acto deben encargarse de los mismos negocios, porque si no habría tantos mandatos cuantos son los mandatarios y no habría solidaridad. La responsabilidad, tratándose de mandato único, aceptado por varias personas, se divide entre ellos por cabezas, de modo que la parte de responsabilidad de uno ante el mandante, es igual á la de los demás. Decimos frente al mandante, porque los mandatarios, en sus relaciones entre sí, pueden modificar dicha responsabili-

(1) Apelación Brescia, 29 Marzo 1867.

dad, estipulando, por ejemplo, que sea á cargo exclusivo de quien se encarga de realizar un determinado negocio; pero tal convención, á la cual el mandante es extraño, no modificará, respecto de éste, la responsabilidad de cada uno de los mandatarios.

Estipulada la solidaridad entre los diversos mandatarios, ¿se deriva de aquí que cuando uno de ellos obra fuera de los límites del mandato, todos los demás responden igualmente? Se da encargo, por ejemplo, á dos personas de vender un inmueble, pero de no tocar al precio; uno de ellos vende y se embolsa el precio, y luego se hace insolvente; ¿responderá la otra, en virtud de la solidaridad, del precio de la venta respecto del mandante? No falta quien sostiene la afirmativa. «El mandante, observa Borsari (1), ha querido asegurarse de la diligente ejecución del mandato y de su regular cumplimiento, estipulando la solidaridad de los mandatarios; ¿ha podido hacer la distinción sutil entre la mala ejecución del mandato y el exceso y el abuso del mandatario? Ciertamente, el que obre en oposición de las intenciones del mandante y contra los principios de una honrada conducta, valiéndose de la ocasión de tratar los negocios ajenos, abusa é infringe la fe dada y excede las atribuciones concedidas. Siendo esta la más grave culpa que puede cometer, no comprendemos cómo puede ser exento de responsabilidad el coobligado.»

Pero esta culpa más grave, observaremos, cometida por uno de los mandatarios, ¿se refiere á la ejecución del mandato recibido, ó es extraña á dicha ejecución? Todo lo que se hace fuera del mandato sea *extra* ó *ultra*, se hace por propio impulso y dando vida á un he-

(1) *Comm.*, art. 1.749, § 3.883.

cho que, si puede ser calificado de delito ó cuasi-delito, no entra en modo alguno en la categoría de las convenciones. Ahora bien; la solidaridad consentida por varios mandatarios se refiere exclusivamente á la obligación derivada del contrato y no á una obligación extraña al mismo. Si uno de los mandatarios obra fuera de los límites del mandato, la obligación que contrae con el mandante, ¿tiene acaso raíces en el contrato? No, sino en el hecho doloso ó culposo constitutivo de delito ó cuasi-delito; ¿cómo, pues, ha de extenderse la solidaridad á una obligación extraña al contrato?

89. Vimos en el capítulo anterior que el mandatario, al dar ejecución al mandato, puede contratar con el tercero tanto en nombre propio como del mandante. Las consecuencias del contrato hecho en nombre propio, ya han reclamado nuestra atención (1); ocupémonos aquí de las nacidas del contrato, que el mandatario ha celebrado en calidad de tal.

Cuando el mandatario obra en calidad de tal, no entiende obligarse, sino obligar al mandante, y el tercero, por su parte, no entiende obligar al mandatario sino al mandante; luego si la convención se mantiene dentro de los límites del mandato, el mandatario es extraño á la misma, surgiendo el vínculo entre mandante y tercero. Si el mandatario obró fuera de los límites de él, está fuera de duda que el mandante no puede considerarse obligado por el exceso, porque falta su consentimiento; pero el mandatario que se excedió de sus atribuciones, ¿quedará obligado con el tercero?

El art. 1.751 responde así: «El mandatario que haya

(1) Véase núm. 72.

dado á la parte con quien contrató en tal concepto conocimiento bastante de las facultades que se le hayan conferido, no estará obligado á ninguna garantía, por lo que hubiese hecho traspasando los límites del mandato, á no ser que él estuviera obligado personalmente.» ¿Cuál es el motivo de esta disposición?

Cuando el mandatario no hace conocer á la persona con quien contrata sus facultades, el tercero puede obrar de buena fe, creyendo que el mandatario no ha traspasado los límites de sus atribuciones; el mandatario es, pues, responsable del engaño. Pero cuando el tercero conoce los límites de las atribuciones del mandatario, no puede exigirle responsabilidad. Por otra parte, el tercero que contrata más allá de las facultades del mandatario, espera que el mandante ratificará lo convenido; si esto no sucede, no puede echar la culpa al mandatario.

Para que éste quede á cubierto de toda responsabilidad con el tercero, no basta que le dé conocimiento del mandato recibido, sino que es preciso que le haga conocer su contenido, porque la ley habla de conocimiento suficiente. El cargo de la prueba ¿corresponde al mandatario que afirma dió conocimiento de las facultades recibidas, ó corresponde al tercero probar que no medió tal conocimiento? El principio de que la prueba corresponde á quien afirma no es siempre exacto, porque algunas veces la omisión puede constituir la base de la demanda ó excepción, y, en tal caso, debe probar quien niega, no quien afirma. Acudamos á un principio que sea exacto siempre.

El verdadero principio es que quien alega una pretensión en juicio, debe probar su fundamento. Ahora bien; cuando el mandatario contrata en calidad de tal, la regla es que el tercero entiende obligar al mandan-

te y no al mandatario; la obligación personal de este último, por una convención celebrada más allá de los límites del mandato, no nace sino del hecho de haber ocultado al tercero los límites de sus facultades; luego el tercero que pretende haber obligado al mandatario, debe probar el fundamento de tal obligación, es decir, la falta de conocimiento suficiente de las facultades concedidas al mandatario.

Éste, á pesar de dicho conocimiento, queda obligado con el tercero, si el contrato excede de los límites del mandato, si se obligó á ello personalmente; en este caso, ¿cuál es la índole de la obligación que asume el mandatario? Promete el hecho del mandante, ó sea la ratificación de lo estipulado más allá de sus atribuciones, y se obliga con el tercero por las consecuencias derivadas del defecto de ratificación; obligación prevista por el art. 1.129, que dice: «Cualquiera puede obligarse respecto de otro prometiendo el hecho de una tercera persona. Semejante promesa dará solamente derecho á indemnización contra aquel que se haya obligado ó que haya prometido la ratificación por el tercero, si éste rehusare cumplir la obligación.» En nuestro caso el mandatario, al prometer la ratificación por parte del mandante, promete el hecho de un tercero; porque habiéndose excedido de sus atribuciones, lo que hace no lo hace en virtud del mandato, por lo que el mandante, que es extraño á la convención, se considera tercero respecto de la misma.

CAPITULO III

OBLIGACIONES DEL MANDANTE

SUMARIO: 90. El mandante queda obligado por la gestión del mandatario dentro de sus atribuciones.—91. El mandante no queda obligado por la gestión del mandatario fuera de sus atribuciones.—92. Ratificación de lo hecho por éste fuera de sus atribuciones.—93. Pago de honorarios pactados y reembolso de anticipaciones debidas.—94. Intereses que debe el mandante sobre las sumas anticipadas por el mandatario.—95. Pérdidas sufridas por éste con ocasión del mandato.—96. Varios mandantes.

90. El mandante, dispone el art. 1.752, está obligado á cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario, dentro de las facultades que éste ha recibido. El mandatario, según hemos expuesto en el capítulo primero de este título, puede obrar de dos modos: en calidad de mandatario y en nombre propio. En el primer caso, siempre que obre dentro de sus facultades, obliga al mandante con el tercero; porque éste creyó contratar con el mandante y no con el mandatario, y el mandante consintió en obligarse al conferir el mandato. Si el mandatario contrata en nombre propio, queda obligado el tercero con el mandatario. Debe, pues, reconocer lo hecho por éste y reembolsarse de los gastos.

La obligación del mandante con el tercero, si el mandatario contrató como tal, no excluye que quede igualmente obligado con éste; porque no hay que confundir la obligación derivada del contrato entre mandatario y tercero, con la que nace entre mandatario y mandante por efecto del mandato. La primera liga al mandante con el tercero, no con el mandatario; porque procediendo éste en nombre y como representante de otro, es extraño el vínculo jurídico que nace de la convención, y ésta no es, con respecto á él, fuente de derechos y obligaciones. La segunda nace directamente del mandato; el tercero es completamente extraño á ella, y habiendo surgido antes de que el mandante se obligase con el tercero, coexiste con esta segunda. Por consiguiente; mientras el mandante está obligado á ejecutar la convención consentida por el mandatario en su nombre, está obligado también con el mandatario, por el mandato, á reembolsarle de los gastos hechos, á pagarle el salario convenido y á indemnizarle de las pérdidas sufridas.

Mandante y mandatario, siempre que éste obre en conformidad con las facultades recibidas, constituyen para el tercero una sola persona, por lo que cuanto pueda oponerse al mandatario es oponible al mandante. Supongamos que el mandatario entrega un recibo obrando dentro de sus atribuciones; ahora bien, la fecha puesta en el mismo, ¿es oponible al mandante, ó éste se considerará como tercero, no pudiendo oponérsele la fecha mientras no se acredita por alguno de los medios legales? No es tercero sino la misma persona que da el recibo á nombre de su encargado; luego no puede desconocer la fecha puesta en el recibo.

Pero prevemos una objeción. Este razonamiento, nos dirá alguno, tiene valor cuando el recibo lo da el

mandatario en calidad de tal, pero si lo diese después de revocado el mandato, ya no sería oponible. De aquí la necesidad de que el portador del recibo demuestre que fué entregado por el mandatario siendo aún tal mandatario.

Suponemos que la fecha del recibo corresponde al tiempo en que el mandatario era aún tal; porque si fuese posterior, la cuestión ya sería otra. En el primer caso, pues, corresponde al mandante demostrar que la fecha es falsa y que el recibo fué extendido en fecha posterior. En efecto; cuando el recibo tiene una fecha correspondiente al tiempo en que el mandato duraba aún, el mismo mandatario es el que al entregarlo declara que obró en la época en que era tal. Ahora bien; esta declaración, una vez probada la existencia del mandato, no puede menos de ser opuesta al mandante mientras éste no pruebe su falsedad. De lo contrario, la buena fe de los terceros correría grave riesgo, porque el mandante podría siempre obligarles á probar que el mandatario obró siendo tal, y, á falta de esta prueba, no siempre fácil, se negaría á reconocer la gestión del mandatario. El que pone su confianza en el mandatario es el mandante, no el tercero, el cual, al contratar con aquél en su cualidad de tal, entiende contratar con el mandante. Por tanto, si el mandante puso su confianza en persona indigna de ella, debe sufrir las consecuencias, y no el tercero.

Las mismas consideraciones son aplicables á las declaraciones particulares derogatorias del contenido de un documento público. Estas contradeclaraciones no son, según dispone la ley, oponibles á los terceros; pero como el mandante, si la contradeclaración se contiene dentro de los límites del mandante, no es de

considerar como tercero ante el mandatario, de aquí que el escrito oponible á éste es oponible también á aquél.

91. El mandante (art. 1.252) no estará obligado por la gestión del mandatario cuando exceda de sus facultades, y la razón es clara, porque falta el consentimiento del mandante. Pero este principio debe armonizarse con el de que el mandante responde al tercero del dolo y culpa del mandatario. El art. 1.153 dispone que los comisionistas responderán de los daños causados por sus comitentes en el ejercicio de su comisión. Ahora bien; es indudable que entre mandante y mandatario existen relaciones de comitente y comisionista; por consiguiente, el mandante, por disposición general de la ley, es responsable del daño causado al tercero por el mandatario en el ejercicio del encargo confiado. Ahora, si el daño proviene al tercero de haber excedido el mandatario los límites del mandato, ¿será responsable el mandante? De contestar afirmativamente, se ofendería el principio de que el mandante no está obligado por la gestión que exceda las facultades del mandatario; si se contesta negativamente se lesiona el principio que hace responsable al comitente por los daños ocasionados al apoderado. Es preciso, pues, armonizar los dos principios.

Pongamos un ejemplo. Doy mandato á Ticio para que tome á préstamo mil liras, sin indicar de quién; Ticio toma las mil liras sucesivamente de varias personas, abusando evidentemente de mi confianza y de la buena fe de los terceros; ¿seré yo responsable con el segundo, tercero ó cuarto proveedores de dicha suma? Otro ejemplo: doy mandato por escrito á Ticio para tomar á préstamo diez mil liras, sin tener el cuidado de retirar el primer mandato; entretanto, Ticio,

valiéndose del mismo, contrae en mi nombre un préstamo de diez mil liras, de las cuales se guarda cinco mil; ¿quedaré obligado á la restitución de dicha suma? Por la negativa puede observarse que en ambos casos el mandatario obró fuera de sus facultades; en el primero, porque consintió el segundo préstamo cuando el mandato ya estaba ejecutado y terminados sus poderes; en el segundo, porque tomó cinco mil liras de las que debía. Por otra parte, es preciso reflexionar que el mandatario, en ambos casos, ha abusado del mandato en daño de tercero, y ¿cómo podría el mandante sustraerse á la responsabilidad que sobre él pesa, en virtud del art. 1.153? Y no se diga que el mandatario, por haber abusado de sus atribuciones, no obró en el cumplimiento del encargo recibido, y que, por esto, el artículo citado no es aplicable; porque de lo que responde el comitente es del abuso del apoderado, y siempre que hay abuso se exceden los límites del encargo recibido. De aquí que si por el exceso del mandato el mandante no está obligado, en virtud de la convención está obligado por el delito ó cuasi-delito del mandatario, que es su apoderado; su obligación en este caso se funda en la ley, no en el contrato.

Deberemos suponer, pues, que el principio, según el cual el mandante no está obligado por la gestión del mandatario, cuando éste traspasa sus facultades, ¿no es verdad contra terceros? No; porque los dos principios expuestos deben ser armonizados. Y para ello es preciso ver si el tercero incurrió ó no en culpa por el daño que le ocasiona la gestión del mandatario. En los ejemplos referidos, el tercero carece de culpa, porque no está obligado á saber si el mandatario obtuvo de otros la misma suma que pide en virtud del mandato,

ni á saber que sus poderes fueron reducidos por nueva convención. En ambos casos, la culpa es del mandante, por haber confiado en persona no honrada, y por no haber retirado el mandato una vez cumplido, ó después de ser modificado. La buena fe del tercero en este caso da acción, en virtud del 1.153, contra el mandante. Pero si el tercero no está exento de culpa no puede valerse del art. 1.153 para ser resarcido de un daño, del cual él mismo tiene la culpa, y queda en vigor el principio de que la gestión del mandatario, más allá de los límites del mandato, no obliga al mandante. Si el tercero, por ejemplo, fiando en la honradez del mandatario, no se cuidó de examinar sus poderes, siendo cosa fácil, incurre en culpa; por lo que el mandante no queda obligado ni en virtud de la ley ni en virtud del contrato.

92. El mandante (art. 1.452) no estará obligado, por lo que el mandatario hiciere, más allá de sus facultades, si no lo ratificase expresa ó tácitamente. Luego lo que el mandatario hace fuera de sus atribuciones no obliga al mandante, si bien éste puede ratificarlo. La ratificación se funda en el cambio de voluntad del mandante. Este cambio de voluntad es válido siempre, ya sea expreso, ya tácito.

La ratificación del mandante, ¿se retrotrae al momento en que el mandatario contrató, excediendo los límites del mandato? Tratándose de ratificación verdadera tiene efecto retroactivo, porque no tiene otro fin que invalidar la excepción que correspondía al mandante, por lo que el contrato ratificado tendrá eficacia desde que se celebró; pero la ratificación del mandante, así llamada por la ley, ¿es en todo caso una verdadera ratificación? No, y la razón es clara. Se ratifica lo que existe, pero que está afecto de algún

vicio, por lo que el art. 1.309 declara que la ratificación produce la renuncia á las excepciones que podrían oponerse al contrato; pero no se ratifica lo que no existe. Ahora bien; la convención entre mandatario y tercero no existe fuera de los límites del mandato por falta de consentimiento del mandante; ¿cómo es posible, pues, confirmarla? No tratándose de una verdadera y propia ratificación, no pueden aplicársele las reglas propias de ésta.

¿De qué se trata, pues? Examinemos el caso que estudia la ley. Según el art. 1.731, el mandatario que no dió á la parte con quien contrató suficiente conocimiento de la facultad recibida, está obligado con ella. En este caso, si la obligación no existe respecto del mandante, existe respecto del mandatario; por lo que el mandante, por efecto de la ratificación, asume la obligación del mandatario desde el momento en que nació; por consiguiente, la ratificación tiene efecto retroactivo. Si el mandatario dió al tercero con quien contrató noticia suficiente de las facultades recibidas, la obligación, si hay exceso en el mandato, no existe en modo alguno, ni respecto al mandatario, que no ha tenido intención de prestar garantía, ni respecto al mandante, que no ha consentido; en esta hipótesis, no pudiéndose confirmar lo que no existe, la obligación surge, respecto del mandante, desde el momento en que ratifica, porque entonces presta su consentimiento, que viene á encontrarse con el prestado por el que contrató con el mandatario. La ratificación, en el caso presente, no puede tener efecto retroactivo, porque la obligación no puede surgir antes de que el consentimiento haya sido prestado.

Pasemos á las consecuencias prácticas de estos principios. Si el mandante no hubiera ratificado aún la

obligación contraída por el mandatario más allá de las facultades recibidas, la persona que con el mandatario contrató, ¿puede retirar su consentimiento y hacer así ineficaz la subsiguiente ratificación del mandante? Es preciso distinguir de casos. Si el mandatario no dió á la persona con la cual contrataba noticia suficiente de sus poderes, la obligación nace en las relaciones de ambos, y si el mandatario está personalmente obligado con la persona con quien contrató, ésta lo está con aquél. Ahora bien; ¿se puede retirar el consentimiento después de nacida la obligación? No; porque los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes; luego el mandante puede en esta hipótesis ratificar siempre la obligación contraída por el mandatario, ratificación á que no puede ser obstáculo la declaración anterior por parte de quien contrató con el mandatario, de retirar su consentimiento. Pero si el mandatario dió noticia suficiente de sus poderes, en tal caso, si se trata de cosa que exceda de los límites del mandato, la obligación no surge ni á cargo del mandatario, ni respecto del mandante; queda, por tanto, el consentimiento prestado por quien contrató con el mandatario, que por sí solo no vale para presumir la obligación, y que puede ser retirado. Ahora bien; cuando el mandante declara que ratifica la gestión del mandatario más allá de sus facultades, emite un consentimiento que si se encuentra con el prestado por quien contrató con el mandatario, hace surgir, á partir del momento de este concurso, el vínculo jurídico respecto de ambos; pero si el concurso no es posible, por haber retirado la otra parte su consentimiento, la obligación no puede surgir, y la ratificación carece de valor

El efecto de la ratificación es, no sólo obligar al

mandante con el tercero, sino liberar al mandatario con éste cuando con él se haya obligado, bien por no haberle dado suficiente noticia de sus poderes, ó por expresa declaración. Porque la obligación contraída en tal caso por el mandatario no consiste en otra cosa sino en haber prometido el hecho del mandante á saber la ratificación. Efectuada ésta, la obligación contraída por el mandatario se cumple, y no puede quedar obligado, á no ser que prestase fianza, por el mandante, pues en tal caso se sale de las obligaciones propias del mandato.

El mandatario que excede los límites del mandato incurre en culpa, y, por consiguiente, está obligado al resarcimiento de daños con el mandante; la ratificación por parte de éste, ¿libra al mandatario de semejante obligación? Sí; porque tenga ó no la ratificación efectos retroactivos, según los casos, implica siempre aprobación por parte del mandante de la gestión del mandatario. Ahora bien; si el mandante aprueba, declara la gestión conforme con sus intenciones: ¿cómo podría, pues, exigir del mandatario el resarcimiento de daños?

93. El mandante, dispone el art. 1.753, debe reembolsar los gastos hechos por el mandatario, y pagarle el salario estipulado. Anticipación, es todo lo que el mandatario gastó en interés del mandante, sin haberlo recibido previamente. El mandatario, que no fué provisto de fondos por el mandante, y no obstante hizo gastos por cuenta suya, no hace más que anticipar cantidades por su cuenta, y es natural que le sean reembolsadas.

El reembolso de las anticipaciones y el pago del salario, ¿son debidos también en el caso en que el negocio confiado al mandatario no obtenga éxito? Si el

mandatario no incurrió en culpa, dice el art. 1.753, el mandante no puede ser dispensado de tal reembolso, aunque el negocio no tuviera éxito, ni puede reducir la suma de los gastos y anticipaciones, con pretexto de que hubieran podido ser menores. En efecto; el mandatario no se obliga con el mandante á que el negocio salga bien, sino á emplear la diligencia necesaria. Si después sale mal, sin culpa del mandatario, no puede decirse que éste no haya cumplido su obligación, por lo que el mandante debe cumplir la suya.

Pero si el mandante debe el reembolso de los gastos y el pago del salario cuando no hay culpa y el negocio salga mal, ¿se deduce de aquí que no deberá nada cuando el mandatario incurra en culpa y el negocio salga bien? Nada de esto dice la ley, y el intérprete no puede decirlo sin rechazar los límites de aquélla. Hay en este caso dos obligaciones, una frente á otra: la del mandatario por el resarcimiento de daños por su culpa, y la del mandante, por el reembolso de los gastos y pago del salario; no se destruyen, sino que se compensan. Así, si el mandatario debe al mandante diez y éste al otro veinte, la deuda se reduce á diez.

El mandante, según el art. 1.753, no puede hacer que se reduzca la suma de los gastos y anticipos, so pretexto de que hubiera podido ser menor. De aquí que cualquiera que sea, ¿deberá reembolsarla el mandante? Obsérvese que el último inciso del párrafo en examen se rige por la proposición precedente, si no es imputable culpa al mandatario; por lo que el no poderse reducir dicha suma supone la falta de culpa del mandatario; pero, ¿y si hay culpa? Debiendo el mandatario responder de ella, debe indemnización al mandante; luego los gastos anticipados se reducirán en relación con aquella indemnización. Supongamos que yo

encargo la adquisición de un objeto, pero á condición de no pagar por él más que diez; si el mandatario paga doce incurre en culpa y debe resarcir el daño. ¿Cuál es éste? Consiste en el exceso de diez á doce; luego yo pagaré diez y no doce. Pero si no se fijó límite y al pagar doce se prestó la diligencia de un buen padre de familia, y, por tanto, no hubo culpa, no puedo reducir el reembolso. El espíritu, pues, del precepto legal es que, excluída la culpa, el mandante no puede rebajar los gastos hechos anticipadamente.

94. El mandante (art. 1.755) debe al mandatario el interés de las sumas anticipadas desde el día del pago de las mismas. No se trata de intereses moratorios, sino compensadores, fundados en el principio de que no es lícito á nadie enriquecerse en detrimento de otro. En efecto; desde el momento en que se hacen las anticipaciones, las sumas anticipadas benefician al mandante en cuanto sirven para conducir á buen término el negocio. Tal provecho es á costa del mandatario, y justo es que el mandante compense al mandatario con el pago de los intereses.

¿Desde cuándo se deben? La ley dice que desde el día en que se pagaron, una vez probado éste. Aplicando esta disposición literalmente, debería suponerse que desde el día en que se suministró la prueba del pago. Pero esto iría contra el espíritu de la misma disposición, porque la prueba de las anticipaciones puede haber sido aportada mucho tiempo después de haber tenido lugar. Por otra parte, si los intereses son compensadores, es natural que se deban en seguida, esto es, desde el momento del pago, porque desde entonces empieza el provecho para el mandante y el perjuicio para el mandatario. A nuestro juicio, el legislador ha querido que la prueba de las anticipaciones esté á

cargo del mandatario, el cual, por tanto, no tiene derecho á ser pagado si no prueba la existencia de los gastos y su fecha.

Las anticipaciones, cualquiera que sea su cuantía, pueden probarse con testigos, pues se trata de hechos, no de convenciones; por consiguiente, aun por medio de presunciones.

Para que los intereses corran á favor del mandatario ¿es preciso que haya pagado por cuenta del mandante la suma á que ascienda la anticipación? El mandatario puede ser privado del beneficio de las sumas empleadas y el mandante salir beneficiado aunque las sumas no hayan sido gastadas, sino puestas á disposición del mandante. Yo te doy encargo, por ejemplo, de pagar á algunos de mis acreedores al vencer sus términos; llegado el día del pago pones á disposición de mis acreedores el dinero, pero éstos no lo reciben; ¿te deberé los intereses desde el día en que mis acreedores fueron pagados? No; porque tú pusiste el dinero á mi disposición desde el momento en que venció el término; si éstos no aceptaron, la culpa no es tuya, y yo en cambio he obtenido el beneficio de no incurrir en mora. La justicia exige, pues, que yo te deba los intereses desde el día en que pusiste el dinero á mi disposición.

La disposición que establece que se deben los intereses sobre las sumas anticipadas por el mandatario, ¿se aplicará también á los abogados y procuradores? A los abogados no, porque no representan al cliente ni realizan ningún negocio por cuenta de éste. No hacen más que arrendar sus servicios. Los procuradores son verdaderos mandatarios encargados de representar al cliente, y de conducir el proceso en provecho de éste; luego no hay duda que es aplicable dicho artículo.

95. El mandante tiene (art. 1.755) la obligación de indemnizar al mandatario de las pérdidas sufridas con ocasión de los asuntos encargados cuando no se le puede imputar culpa. En la hipótesis de este artículo, causa del daño sufrido por el mandatario es el mandante, porque si no puede reprochársele culpa alguna al mandatario á pesar de haber habido pérdida, ésta recae sobre el mandante, por lo que debe indemnizar.

El socio que administra los intereses comunes de la sociedad en virtud del mandato tácito ó expresamente conferido, tiene derecho, según el art. 1.716, á ser indemnizado de los riesgos inseparables á su administración, y, en su lugar, vimos cuáles son éstos. El legislador no se muestra tan riguroso respecto del mandatario, y le da derecho á ser indemnizado si carece de culpa por cualquier pérdida sufrida con ocasión de los asuntos que se le encargan. En la práctica es muy notable la diferencia entre una y otra disposición. Al tratar de las obligaciones de los socios entre sí pusimos el caso del socio administrador que viajando por exigencias sociales fuese robado, y preguntábamos si tenía el derecho de repartir la pérdida entre los demás. Respondimos que si el dinero que llevaba era necesario para realizar el negocio por el cual viajaba, el riesgo corrido debía considerarse como inseparable de la administración, y se debía, por consiguiente, poner la pérdida á cargo de la sociedad; y que si el dinero robado no era del todo necesario para el negocio social, sino que debía servir para otros negocios del socio, no procedía poner á cargo de los demás socios la pérdida sufrida de suma que no estaba destinada á un fin social, porque no se podía considerar como un riesgo inseparable de la administración. Supongamos ahora que el mandatario que viaja para un negocio

del mandante lleva, no el dinero estrictamente preciso, sino una suma mayor que tiene pensado emplear en uso propio; si durante el viaje le roban toda la suma, sufre ciertamente una pérdida con ocasión del encargo recibido, y á tenor del artículo en examen tiene derecho á ser reembolsado por el mandante de toda la suma.

Esta diferencia, ¿tiene una razón justificativa? El socio que administra los negocios sociales no sólo obra en interés de los socios, sino también en el suyo propio; por el contrario, el mandatario obra exclusivamente en interés del mandante. He aquí por qué el legislador se muestra más benévolo respecto del mandatario que respecto del socio administrador. Pero adviértase que el derecho del mandatario á indemnización supone que esté exento de culpa, de modo que la pérdida no puede considerarse como una consecuencia de ésta. Si, por el contrario, el mandatario ocasionó la pérdida con su culpa, no puede exigir reembolso. Así, si en el caso supuesto, el mandatario, viajando por cuenta de su mandante, llevase consigo sumas de importancia, que un buen padre de familia no debe llevar encima, no puede exigir reembolso de la pérdida consiguiente á su culpa. Pero al establecer la responsabilidad del mandatario por las pérdidas derivadas de su culpa, debe, como exige la ley, tenerse en cuenta las circunstancias de si el mandato es gratuito ó si se pactó una compensación, porque si en este último caso puede el mandante negarse á indemnizar al mandatario de las pérdidas que se derivan de la falta de diligencia propia de un buen padre de familia, en el otro no puede sustraerse á la acción de indemnización, si resulta que el mandatario usó de la diligencia acostumbrada á usar por él en sus negocios.

¿A cargo de quién está la prueba? ¿Debe el mandatario, que pretende ser indemnizado de las pérdidas sufridas con ocasión de los encargos recibidos, probar que éstas sobrevinieron sin su culpa, ó incumbe al mandante, que se niega á indemnizar, demostrar que la pérdida se deriva de culpa del mandatario?

El principio general aplicable en tal caso es que quien propone una demanda en juicio está obligado á demostrar el buen fundamento de la misma. Ahora bien; el mandatario, en esta hipótesis, pide al mandante el reembolso de las pérdidas sufridas; pero ¿cuáles son las condiciones establecidas por la ley para que tales pérdidas den al mandatario el derecho á ser indemnizado? Dos: una, que las pérdidas hayan sido sufridas con ocasión de los negocios encargados; otra, que el mandatario no tenga culpa; luego éste debe demostrar este doble fundamento de su demanda.

96. Cuando son dos los mandantes, ¿de qué modo están obligados con el mandatario? Si el mandato, dispone el art. 1.756, fué conferido por varias personas para un negocio común, cada una de ellas estará obligada *in solidum* con el mandatario en todos los efectos del mandato. Esta solidaridad de los mandantes, que no tiene su fundamento en la convención ni en un principio general de derecho, máxime cuando se trata de mandato retribuído, constituye un precepto excepcional, que, como toda otra disposición de este género, no admite interpretación extensiva.

La ley habla de mandato conferido por varias personas para un asunto común; luego supone que el mandato es único, y la disposición no es aplicable cuando son varios, aunque para un negocio común. Julio y Antonio son dos coherederos; cada uno de ellos, por acto separado, da encargo á Ticio de llegar á la divi-

sión de la herencia. Aquí se trata, indudablemente, de un negocio común, por serlo la división de un patrimonio común; pero ¿estarán los mandantes obligados solidariamente con el mandatario? No; porque el mandato no es único, y la ley habla de *mandato* conferido por varias personas, no ya de *varios mandatos*. Por otra parte, el concepto de la solidaridad de los mandantes repugnaría en la hipótesis al espíritu de la disposición legislativa en examen. En efecto; la solidaridad no consiste en otra cosa, sino en hacer pesar sobre varios individuos una misma obligación, de modo que cada uno de ellos deba cumplirla por completo; excluye la aplicación del principio de que la obligación contraída por varias personas grava igualmente á cada una, de suerte que cada uno está obligado á cumplirla á *pro rata*. Pero esto supone que se trata de una sola obligación, no de varias; por consiguiente, la solidaridad presupone que la obligación se derive de una convención única ó de un solo acto. Pero cuando los mandantes son varios, habrá tantas obligaciones como mandatos, y no se puede, por consiguiente, hablar de solidaridad, que supone la unidad de la obligación. Añádase que la solidaridad es inconcebible si no se admiten vínculos ó relaciones jurídicas entre los diversos obligados solidariamente. Ahora bien; cuando varios mandantes confieren un mandato único, están de acuerdo entre sí, y este común acuerdo los pone en relación al uno con el otro; pero cuando obran aisladamente, dando cada uno mandato en lo que á él se refiere, no proceden de acuerdo, falta toda relación entre ellos y no puede hablarse de obligación solidaria. En la hipótesis, cada mandante está obligado con el mandatario por todos los efectos de su mandato y no por los del mandato conferido por los demás.

No basta, para obligar solidariamente á los mandatarios, que se trate de mandato único; es, además, necesario que éste sea conferido para un negocio común á los diferentes mandantes. La ley lo dice expresamente y el intérprete no puede separarse de la ley. Un ilustre autor no es de este parecer, y se contenta con que se trate de negocios *no opuestos* para que la solidaridad exista entre los mandantes cuando el mandato es único. «Es preciso distinguir, dice (1), los negocios *no comunes* de los negocios *opuestos*. Negocios no opuestos, y en apariencia no comunes, pueden encargarse por varias personas en un solo acto, y no por eso se escapa á la ley de la solidaridad. Los mandantes pueden tener negocios distintos y, sin embargo, considerarlos como comunes en cuanto al encargo que dan á un solo mandatario: A, les encarga que adquieran cosa determinada; B, que realicen cierta exacción; C, que vendan los productos de una finca. ¿Por qué se reúnen en un mismo acto y lo encargan á la misma persona? Porque si bien dichos objetos aparecen distintos, sin embargo, las personales circunstancias de los mandantes hacen ver que tienen interés en que los tres asuntos se realicen por una misma persona, en quien depositan su común confianza; para concentrar la gestión y gastar menos si el mandato es retribuído, se nombra á veces un solo mandatario, que representa á todos.»

No compartimos la opinión del ilustre jurista, porque la disposición excepcional, cual es la que examinamos, no admite interpretación extensiva. Por otra parte, la solidaridad entre los diferentes mandantes, que tiene su razón de ser en el negocio común á todos

(1) Borsari, *Comm.*, art. 1.756, § 3.892.

los mandantes, ¿cómo puede aplicarse cuando los negocios son distintos? En este caso, la unidad del mandato es sólo aparente y formal, habiendo, en realidad, tantos cuantos son los mandantes, porque cada uno de ellos encarga un negocio propio que no tiene nada que ver con los otros. Siendo varios los mandantes, son varias las obligaciones; luego la solidaridad que supone la unidad de la obligación no tiene lugar en este caso.

Los procuradores que representan á las partes en juicio son verdaderos mandatarios; por consiguiente, si varias personas interesadas en la misma causa hubiesen nombrado á un mismo procurador, estarán todos obligados solidariamente con él en cuanto al reembolso de los gastos del litigio y pago de honorarios. ¿Pueden los notarios invocar esta disposición legal cuando realizan un acto en interés de varias personas? No; porque el notario arrienda sus servicios en cuanto son necesarios para dar autenticidad al acto, y no realizan ningún negocio por cuenta ajena.

CAPITULO IV

EXTINCIÓN DEL MANDATO

SUMARIO: 97. El mandato cesa por la muerte del mandante ó del mandatario.—98. Se puede convenir tácitamente que el mandato no cese por la muerte del mandante.—99. Cesa por la interdicción del mandante ó mandatario.—100. El mandante puede siempre revocar el mandato.—101. Se puede renunciar á la facultad de revocar el mandato.—102. Revocación notificada al mandatario único.—103. El mandatario puede renunciar al mandato.—104. Si puede obligarse al mandatario á no renunciar al mandato.—105. Muerto el mandatario, qué obligaciones impone la ley á sus herederos.—106. Es válido lo hecho por el mandatario si ignora la extinción del mandato, siempre que aquellos con quienes contrate tengan buena fe.

97. Una de las primeras causas por las que el mandato se extingue es la muerte, ya del mandatario, ya del mandante (art. 1.757). Ya hemos tenido ocasión de notar, al exponer las ideas generales sobre el mandato, que este contrato tiene un carácter propio distinto de todos los demás contratos en general, y que consiste en la resolución del vínculo jurídico por el hecho de un solo contratante, mientras todos los demás contratos, celebrados de mutuo acuerdo, no pueden resolverse sin el mutuo consentimiento. Muerto el mandatario, cesa el mandato porque falta la per-

sona en la que el mandante depositó su confianza. Sus herederos pueden no inspirar confianza al mandante. Muerto éste, el mandatario no puede pretender continuar el encargo conferido, porque los herederos del mandante pueden no tener confianza en él. Pero los que tuvieran confianza en el mandatario, ¿por qué no han de poder pretender que continúe en su cargo? Porque el mandatario se obligó á representar al mandante, y muerto éste, el objeto de la obligación desaparece, y es natural que no se puede exigir su cumplimiento. Continuando el mandatario en la gestión, no representaría ya al mandante, sino á sus herederos; y como no ha asumido la obligación de representar á éstos, debe considerar terminado el mandato.

Es natural en el mandato que se extinga por la muerte del mandante ó del mandatario; pero esta extinción no es de esencia en el mismo, de modo que no es lícito á las partes hacer que renazca el mandato, no obstante la muerte de quien lo dió y lo recibió. La cesación del mandato por causa de muerte de una de las dos partes, la establece la ley en su interés particular; ni el orden ni el interés público entran por nada en esta disposición; ¿por qué no han de poder, pues, las partes derogar la ley? Supongamos que el mandante tiene confianza, no sólo en el mandatario, sino en sus herederos; ¿por qué no ha de poder estipular que en caso de muerte del mandatario pase el mandato á su heredero? El heredero, que asume todas las obligaciones de su autor, ¿por qué no podría asumir la de continuar en la gestión de los negocios del mandante?

Si se conviene que el mandatario prosiga el mandato no obstante la muerte del mandante, pueden surgir dudas sobre la validez de la convención. Porque si el mandatario debe continuar representando al mandan-

te después de su muerte, la convención recae sobre cosa imposible, pues no se puede representar á quien no existe; y si el mandatario debe representar á los herederos del mandante, ¿cómo ha de ser posible esta representación desde el momento en que pueden no tener confianza en el representante? Obsérvese que todas las obligaciones del autor pasan á sus herederos; ¿por qué no ha de poder hacer que pase también el mandato? Si la ley establece que esta obligación no pasa porque considera extinguido el mandato de una de las partes contratantes, esto lo establece en interés de éstas, no de sus sucesores: ahora bien; si pueden renunciar á la disposición favorable de la ley que le concierne, los herederos no pueden quejarse de dicha renuncia. Si los herederos no tienen confianza en el mandatario pueden, cuando quieran, revocar el mandato como pudiera haberlo hecho su autor; pero esto no impide que el mandatario continúe en su gestión, no obstante la muerte del mandante, en virtud de la convención que á ello le autoriza, hasta tanto que los herederos revoquen el mandato.

La continuación del mandato, no obstante la muerte del mandante, supone que el contrato haya dado vida á una obligación entre mandante y mandatario, porque si el mandante no está obligado, no puede una obligación que no existe pasar á sus herederos; por consiguiente, si el mandato fué dado de modo que sólo tuviera efecto después de la muerte del mandante, no tiene efecto jurídico y no puede obligar á los herederos. En esta hipótesis, en efecto, el mandante no se obliga con el mandatario, sino que quiere sólo que sus herederos se obliguen con él; pero si bien nosotros podemos obligarnos, y como consecuencia de tal obligación, obligar también á nuestros herederos, no pode-

mos estipular un contrato que obligue á nuestros herederos solamente; porque todo acto de disposición que concierne exclusivamente al tiempo posterior á la muerte, puede ser materia de testamento, no de convención.

98. Los contratantes, ya lo hemos visto, pueden derogar la disposición legal que hace que termine el mandato por muerte de una de las partes; pero ¿es necesario que esta derogación sea expresa? Cuando se trata de intereses particulares, la voluntad tácita equivale á la expresa, por lo que debemos suponer que basta la tácita. Hay casos en que, salvo disposición en contrario, debe sobrentenderse la voluntad tácita de que el mandato continúe después de la muerte de una de las partes, y esta hipótesis se verifica cuando el mandato no se refiere al interés exclusivo del mandante, sino del mandatario ó de un tercero. Supongamos que un deudor da á su acreedor mandato de vender alguno de sus inmuebles para que con el precio se cobre su crédito; en este caso, la intención de las partes es que continúe el mandato, porque fué conferido para un fin que interesa al mandatario. Lo mismo ha de decirse en el caso en que el encargo de vender fuese dado á un tercero por el deudor para acallar á sus acreedores con el precio de la venta.

Si los mandantes fuesen varios, ¿cesará el mandato por la muerte de alguno de ellos? Cierto que el mandato no puede sobrevivir respecto del mandante muerto; pero ¿seguirá entre el mandatario y los demás mandantes? Hay que distinguir. Si el objeto del mandato es indivisible, cesa para todos, porque su indivisibilidad llevaría al mandatario á obrar en interés de una persona que no existe. Supongamos que dos socios me dan el encargo de adquirir un inmueble para su indus-

tria; mientras trata de adquirirlo, uno de los mandantes muere; ¿puedo adquirir el inmueble? No; porque el negocio es indivisible, y yo tengo que adquirirle en interés de todos, lo que no es posible desde el momento que el mandato se ha extinguido á consecuencia de la muerte de uno de los mandantes, por lo que debe entenderse terminado el contrato. Si se tratase, en cambio, de negocio indivisible, si dos coherederos, por ejemplo, hubiesen encargado al mandatario representarlos en la división con otros coherederos, el mandato no cesa respecto al supérstite por la muerte de uno de los mandantes.

Si son varios los mandatarios, la muerte de alguno de éstos no extingue el mandato en las relaciones entre el mandante y los demás, porque el mandatario, aun en el caso de varios encargados, se obliga á representar al mandante y conducir el negocio por cuenta de él, obligación que no se altera por la muerte de uno de los mandatarios.

99. Lo mismo que la muerte, la interdicción del mandante ó del mandatario hace cesar el mandato (art. 1.757). Si el mandatario es interdicto, no tiene capacidad jurídica; no pudiendo, por tanto, representar al mandante, es lógico que el mandato cese. Pero si la interdicción fuese del mandante, ¿por qué ha de cesar la persona elegida por su confianza? Obsérvese que el mandatario se ha obligado á representar á la persona del mandante; es natural, por tanto, que tal obligación cese cuando no se puede ya representar á la persona que ha dado el encargo. Ahora bien; el interdicto es privado de su capacidad jurídica, y en todos los actos está representado por su tutor; continuando, pues, el mandatario, en el encargo recibido, no representaría al interdicto que es incapaz, sino á su tutor,

y éste debe rendir cuenta de su gestión. Pero el mandatario que presta un servicio se obliga á prestarlo por deferencia ó amistad á la persona del mandante, deferencia ó amistad que son personales y no se extienden á su tutor.

¿Qué efectos produce la inhabilitación en orden al mandante? Este se extingue (art. 1.757) por la inhabilitación del mandatario ó del mandante, si el objeto del mandato fuesen actos que no podría realizar sin la asistencia del curador. Esta disposición es una consecuencia del principio ya mencionado, al abrir este título, de que la capacidad jurídica relativa al acto que constituye el objeto del mandato, se exige no sólo en el mandante, sino también del mandatario; por lo que si alguno de ellos pierde dicha capacidad, es lógico que el mandato cese.

La ley nada dice en el caso en que el mandante ó mandatario sean una mujer que contraiga matrimonio, mientras el mandato está todavía en vida; ¿se extinguirá á consecuencia del contrato de matrimonio? Cuando la ley calla débense aplicar los principios generales de derecho. El art. 1.743 dispone que la mujer no puede aceptar mandato sin autorización del marido; la autorización marital, pues, se exige para la eficacia del mandato conferido por un extraño á la mujer. Ahora bien; si esta autorización es necesaria para aceptar el mandato, lo es también para continuar en él si el mandato se confirió antes del matrimonio, por igualdad de razones. Por otra parte, la incapacidad, cualquiera que sea el tiempo en que sobrevenga, produce siempre su efecto; mientras si el matrimonio es anterior al mandato, impedirá que éste tenga eficacia sin la autorización marital; si es posterior, impedirá que continúe sin tal autorización. Si el

mandante es la mujer que después contrae matrimonio, es preciso ver para qué actos se confirió el mandato, porque si versa sobre actos que la mujer no puede realizar sin la autorización de su marido, cesa inmediatamente como en el caso en que el mandante sea inhabilitado; de lo contrario, el mandato continúa como en caso de inhabilitación del mandante, si e mandato tiene por objeto actos que éste puede realizar sin la asistencia del curador.

La quiebra, al igual que la muerte y la interdicción, extingue también el mandato. Declarado en quiebra el mandatario, usa, naturalmente, la confianza que en él se depositaba, y cesa el mandato. Si el quebrado es el mandante, cesa su capacidad, y sustituyéndole el curador, el mandatario se vería obligado á tratar con éste, habiéndose sólo obligado con el mandante por deferencia personal.

Si son varios los mandantes y mandatarios, lo dicho en caso de muerte es aplicable á la quiebra ó interdicción. Pero si se confirió en interés del tercero ó del mandatario, creemos que cesa en caso de quiebra ó de interdicción, porque si la voluntad del mandante puede seguir produciendo su efecto aun después de su muerte en cuanto transmite la obligación á sus herederos, esta voluntad es impotente para modificar las consecuencias que por disposición de la ley nacen de la sentencia de interdicción y de la declaración de quiebra, puesto que el precepto legal se refiere también á los intereses de los terceros, que no pueden quedar al capricho de las partes.

100. Otra causa de extinción del mandato es su revocación, hecha por el mandante. El mandante, dispone el art. 1.758, puede, cuando quiere, revocar el mandato, y obligar al mandatario á restituirle el es-

crito en donde consta. Toda convención liga á las partes, y no puede destruirse sino por efecto del mutuo consentimiento; ¿por qué, pues, el mandante puede, si quiere, resolver el contrato de mandato? Los contratos, en general, se estipulan en interés recíproco de las partes, y es justo que ninguna de ellas quede á disposición de la otra. El mandato, por el contrario, no se refiere más que al interés del mandante, y el mandatario que le acepta no entiende adquirir un derecho, sino prestar un servicio á la persona de la cual recibe el encargo. Ahora bien; el juez, de lo que más conviene á sus intereses, es exclusivamente el mandante; por consiguiente, revocando el mandato, no hace más que proveer á este interés, sin lesionar en modo alguno el del mandatario, que no fué quien dió el mandato. Por otra parte, el mandato está esencialmente fundado en la confianza que el mandante deposita en el mandatario, y esta confianza puede faltar de un momento á otro. Ahora bien; si el socio que no tiene ya la confianza de los otros socios puede resolver el contrato de sociedad que atañe al interés recíproco de los contratantes, mejor podrá el mandante revocar el mandato que sólo á él interesa.

El principio de que el mandato es siempre revocable á voluntad del mandante, se aplica también cuando es retribuído. En efecto; el mandato, según el artículo 1.737, puede ser tanto gratuito como retribuído. Ahora bien; el art. 1.758, al declarar que el mandante puede revocar siempre el mandato, no hace distinción de clases; luego el intérprete no puede hacerla sin caer en la arbitrariedad. Por otra parte, la retribución, ¿altera la naturaleza del mandato? No; porque siempre el mandatario representa al mandante, y el negocio se realiza exclusivamente en interés de

éste. El derecho del mandatario á la retribución está subordinado al cumplimiento del negocio, y no es absoluto. En efecto; ¿de qué depende este derecho? De la representación conferida al mandatario; pues si ésta es revocable, es natural que el derecho al salario no sea absoluto, sino que dependa de la condición de que la representación continúe y que el mandato se realice. No puede, pues, impedir la revocación del mandato por parte del mandante, y el mandatario sólo tiene derecho á percibir una parte de la merced convenida, en proporción de lo que hubiere hecho en interés del mandante cuando el mandato se revoca.

La revocación del mandato puede ser tanto expresa como tácita; pues siempre produce efecto la voluntad de las partes, ya se demuestre con palabras, ya se revele por hechos. Uno de los que hace presumir la revocación del mandato, es el nombramiento posterior de otro mandatario para el mismo negocio. El nombramiento, dispone el art. 1.760, de un nuevo mandatario para el mismo negocio, produce la revocación del mandato conferido al anterior desde el día en que se le notifica á éste. Para que produzca dicho efecto el nombramiento, supone la intención por parte del mandante de que el nuevo mandatario se encargue exclusivamente del negocio, puesto que sólo en tal caso es cierta la voluntad de revocar el primer mandato. Y si se demuestra que se nombró al segundo para ayudar al primero ó para proceder de acuerdo con él, no hay tal intención, y el mandato no se tendrá por revocado. ¿A quién corresponde la prueba? Dado el nombramiento del nuevo mandatario, la ley presume la revocación; y como quien invoca una presunción legal no debe probar nada, la prueba corresponderá al que la combate.

La revocación debe ser notificada al mandatario, y, según dispone la ley, no produce efecto sino desde el día de la notificación. Si el mandatario ignora el nuevo nombramiento, no puede reprochársele que continúe su gestión. No exigiendo la ley la notificación, no es preciso que se haga en forma legal; basta, pues, para que el nombramiento del nuevo mandatario produzca el efecto de hacer cesar las facultades del primero, que llegue á su conocimiento. Notificando en forma legal, el mandante no tendrá necesidad de probar el conocimiento; en caso contrario, estará obligado á suministrar dicha prueba; pero los efectos son siempre los mismos.

Para que el nombramiento del nuevo mandatario produzca el efecto de revocar el primer mandato, debe hacerse para el mismo negocio, porque si se hiciera para negocio distinto, no tendría ninguna relación con el primero, y ambos nombramientos coexistirían. Supongamos que se confiere á otra persona un mandato general para todos los negocios; ¿implica este mandato revocación del primero? Creemos que no, en virtud del principio de que el género no deroga la especie, y, lo mismo que la ley, el mandato general no revoca el especial, salvo declaración en contrario. Cuando se confiere un mandato general después de haber sido otra persona encargada de un negocio especial, se entiende que el mandatario general puede tratar todos los negocios á excepción del que es objeto del mandato especial. Si, por el contrario, después de conferido el general se encarga otra persona del negocio especial comprendido en el primer mandato, es aplicable el principio de que la especie deroga al género, y la ley especial deroga á la general. En tal caso, queriendo el mandante encargar de un determi-

nado negocio á otra persona, muestra con esto la voluntad de sustraer la gestión de este negocio al primer mandatario y confiarla al segundo.

Revocado el mandato, el mandante, según el artículo 1.758, tiene derecho á obligar al mandatario á restituirle el escrito que comprueba el mandato. Al hablar de las obligaciones del mandante, vimos que éste responde contra los terceros de buena fe del dolo ó culpa del mandatario, que es su apoderado; por lo que el mandante sería responsable si el mandatario, en virtud de un mandato revocado, del cual conserva el documento, contratase con un tercero de buena fe; para evitar, por tanto, dicha responsabilidad, se concede al mandante el derecho de exigir del mandatario la restitución del documento en que consta el mandato.

101. La revocación, al par que la extinción por la muerte del mandante ó del mandatario, es natural en el mandato; pero no de esencia, de modo que no pueda concebirse mandato sin la facultad en el mandante de revocarlo. La disposición de la ley que autoriza al mandante á revocar el mandato, se refiere á su interés particular, por lo que puede derogarla obligándose á no revocar el mandato. Esta obligación puede ser tácita ó expresa.

Si el mandato no se confirió en interés exclusivo del mandante, sino del mandatario también ó de un tercero, así como no se extingue por la muerte del mandante, tampoco cesa por la revocación; porque el mandante no puede revocar el mandato cuando éste redunda en interés del mandatario ó de un tercero (1).

El mandato no es revocable á capricho del man-

(1) Cas. Florencia, 26 Abril 1883.

dante, si éste constituye la cláusula de un contrato; porque, en tal caso, la revocación del mandato implicaría la del contrato, que una sola de las partes no tiene facultad para hacer. Supongamos que se estipula hacer juntos algunas adquisiciones, pero á condición de encargar á Ticio de la compra de los objetos que tratamos de adquirir; ¿puede uno revocar el mandato? No; porque forma parte del contrato, que no puede modificar una de las partes.

Si son varios los mandantes, cada uno de ellos puede revocar el mandato, á no ser que constituya cláusula de la obligación; pero la revocación hecha por uno de ellos ¿hace subsistir el mandato respecto á los demás? Si se trata de mandato indivisible, la revocación extingue el mandato como en caso de muerte; pero en caso contrario, subsiste.

102. La revocación, ya tácita, ya expresa, debe llegar á conocimiento del mandatario. La ley, es verdad, habla de notificación sólo en caso de revocación tácita, deducida del nombramiento de un nuevo mandatario, pero no quiere decirse que no se exija en otros casos. El art. 1.760 no es excepcional, sino una aplicación directa de los principios generales de derecho; luego se extiende á todos los casos en que concurran iguales razones. Ahora bien; el mandatario que ignora la revocación, aun hecha expresamente por el mandante, no tiene razón para abstenerse de realizar los actos para que está autorizado; su buena fe, así como legitima su gestión en caso de revocación tácita no notificada, la legitima en caso de revocación expresa que no haya llegado á su conocimiento.

Si los terceros que contratan con el mandatario ignoran la revocación, ¿será válido contra el mandante el acto realizado por aquéllos de buena fe? La revo-

cación del mandato (art. 1.759) notificada sólo al mandatario no puede oponerse á los terceros que, ignorándola, trataron de buena fe, salva la acción del mandante contra el mandatario. Pero ¿es siempre posible notificar la revocación á los terceros? Supongamos que te doy mandato de vender mi fundo; ¿cómo puedo notificar la revocación á los que han de comprarlo si no les conozco? ¿No se prescribe, pues, en este artículo, una cosa imposible? Obsérvese que el mandante que revoca puede, según el art. 1.758, pedir la restitución del contrato de mandato. Obtenido éste, el mandato no puede ser expuesto ante los terceros, pues aun dada la buena fe de éstos, incurren en culpa por contratar sin mandar exhibir al mandatario sus poderes, culpa que no puede recaer sobre el mandante. La dificultad, pues, puede surgir para el mandante, cuando deje el contrato en manos del mandatario, y sólo en este caso queda obligado.

103. Como el mandante puede revocar el mandato, puede también el mandatario renunciarle, notificando al mandante su renuncia (art. 1.761). La facultad concedida al mandatario de renunciar, ¿está en armonía con los principios de derecho? El mandatario, al aceptar el mandato se obliga á realizar el negocio por cuenta del mandante, y ¿cómo podrá el deudor sustraerse al cumplimiento de su obligación? En los contratos debe ser igual la condición de las partes. Si el mandante puede revocar el mandato, á pesar de tener que pagar un salario, el mandatario debe tener igual facultad. El mandato se funda, además, en la confianza recíproca. Ahora bien; si el mandante puede revocar por haber perdido la confianza en el mandatario, éste puede no contar ya con la discreción de aquél y debe poder renunciar el encargo.

La renuncia del mandatario debe ser, con arreglo á la ley, notificada al mandante, sin lo cual no tendrá efecto. El mandatario no procedería lealmente abandonando los negocios sin que lo supiera el mandante. Mientras no se notifica la renuncia, el mandatario, por tanto, es responsable de su omisión en caso de daño.

El mandatario renunciante ¿asume por su renuncia alguna obligación con el mandante? El art. 1.761, después de haber concedido la facultad de renunciar, añade: «Sin embargo, el mandante, si la renuncia le perjudica, debe ser indemnizado por el mandatario, á no ser que éste no pueda continuar el mandato sin daño para sí.» ¿Sería leal la renuncia emitida en un momento en que pudiera comprometer los intereses del mandante? Yo te doy el encargo de venderme en una ciudad distante las mercancías que te dirija: si renuncias al mandato después de hecha la expedición, comprometes mis intereses; luego es justo que me indemnices.

Pero si el daño del mandante no puede evitarse sin daño del mandatario, ¿deberá éste sacrificar sus intereses? Si el daño es notable, la ley le exime de responsabilidad justamente porque el mandatario no puede haber querido sacrificar sus intereses; luego su obligación depende de la condición tácita de que no le acarree perjuicio. La cuestión de si hay ó no perjuicio es de hecho, y, por tanto, no puede resolverse *a priori*.

Si el daño derivado de la continuación del mandato no es notable, debe indemnizar; pero si continúa realizando el negocio, ¿tendrá derecho á indemnización del mandante? Es preciso consultar todas las disposiciones sobre la materia. Ahora bien; si el art. 1.761 no dice nada que indique el derecho á tal indemniza-

ción, encontramos el art. 1.754 que dice que el mandante debe indemnizar al mandatario de las pérdidas sufridas con ocasión del mandato, cuando no pueda imputársele culpa. Por tanto, si el mandatario no ha cometido ninguna imprudencia al aceptar el mandato que debía conocer era en su daño, podrá recurrir al dicho artículo para obtener la debida indemnización.

Si el mandatario hubiese pactado una compensación, ¿es aplicable el artículo en examen, ó bien, á pesar del daño que sufriría si continuase en el ejercicio del mandato, deberá indemnizar al mandante del daño causado por su renuncia? La ley no hace distinción entre mandato retribuído ó gratuito. El salario, además, no altera la índole del mandato. Creemos, sin embargo, que se debe tener en cuenta el art. 1.746, esto es, que la responsabilidad del mandatario respecto á su culpa se aprecia con menos rigor cuando el mandato es gratuito. La importancia del daño queda á la apreciación del juez; pues bien, éste tendrá en cuenta en tal apreciación la gratuidad ó retribución del mandato, de modo que si es gratuito puede estar exento de responsabilidad si continuando en el ejercicio del mandato se perjudicase, por ejemplo, en cien, siendo este mismo perjuicio insignificante cuando hubiese retribución.

104. El mandante, como ya hemos notado, puede renunciar á la facultad de revocar el mandato, ya expresa, ya tácitamente; ¿puede, igualmente, el mandatario, obligarse á no renunciar el mandato? Si la facultad de revocar el mandato interesa al mandante, la de renunciarle interesa al mandatario; por lo que, así como el mandante puede derogar el precepto legal que protege sus intereses, puede hacerlo igualmen-

te el mandatario obligándose á continuar el negocio hasta darle fin.

Si el mandato es irrevocable por parte del mandante, por haber renunciado expresa ó tácitamente á la facultad de revocarle, ¿puede ser renunciado por el mandatario? El mandante no puede revocar el mandato cuando éste se confiere en interés también del tercero ó del mandatario. Ahora bien; si el mandato es irrevocable en interés del mandatario, éste es juez de lo que más convenga á sus intereses, y puede, por tanto, renunciarle; si éste es irrevocable por estar comprometido el interés de terceros, el mandatario, que es extraño á la obligación del mandante con el tercero, no abdica en modo alguno á la facultad de renunciarle y puede usar de ella. Si el deudor, por ejemplo, encarga á alguno que venda sus fincas para pagar á un acreedor, el mandato se habrá conferido en interés de éste, y la obligación de pagarle con el precio de la venta surgirá entre el mandante y el acreedor, no respecto del mandatario, que no entra en modo alguno en tal vínculo; por lo que, aceptando el mandato, no contrae una obligación particular, sino que se obliga como cualquier otro mandatario, y conserva, por tanto, la facultad de renunciar el mandato.

Si el mandato constituye la cláusula de un contrato, ¿puede el mandatario renunciarle? Si el mandatario es extraño á la convención de que el mandato constituye una cláusula, puede hacerlo porque no ha contraído en tal hipótesis obligación alguna; si es parte en la convención, se obliga por la misma, y no puede, por tanto, renunciar. Si dos personas, por ejemplo, se comprometen á adquirir en común un determinado inmueble, á condición de encargar á Sempronio de la adquisición, la convención de que el man-

dato forma parte existe sólo entre los mandantes, y no obliga al mandatario, que es extraño á ella; por consiguiente, la irrevocabilidad del mandato por parte de uno solo de los mandantes no priva al mandatario de la facultad de renunciarlo. Pero si las dos personas se hubiesen obligado á hacer la adquisición en común, á condición de que una de ellas se encargase de la compra, la convención de que forma parte el mandato obliga también al mandatario, el cual no puede violarla renunciando al mismo.

105. El mandato, como se expuso al principio de este capítulo, cesa por la muerte del mandatario; por consiguiente, sus herederos no tienen, por regla general, ni derechos ni obligación de inmiscuirse en modo alguno en la gestión del negocio confiado á su autor. El art. 1.763 establece una excepción: «en caso de muerte del mandatario, dice, los herederos que conozcan el mandato deben dar aviso al mandante y proveer entretanto á lo que las circunstancias exijan en interés del mismo». Según los principios de derecho, extinguido el mandante no puede sobrevivir obligación ninguna dependiente del mismo, y mucho menos á cargo de los herederos del que contrajo una obligación no transmisible. Si los principios no justifican, pues, la disposición en examen, hay que buscar su fundamento en la equidad. Ahora bien; el mandante puede ignorar la muerte del mandatario, especialmente cuando éste reside en lugar distante, no encontrándose por lo mismo el mandante en situación de proveer á sus intereses abandonados; si los herederos del mandatario conocen el mandato, poco trabajo les cuesta advertir al mandante; por consiguiente, la equidad aconseja imponerles esta obligación, de cuyo incumplimiento, como del de cualquiera otra, respon-

den por la acción de daños. Del mismo modo, si son necesarios actos urgentes en interés del mandante, especialmente si se refieren á la conservación de sus cosas, la equidad exige que los herederos del mandatario que conocen el mandato estén obligados á realizarlos bajo pena del resarcimiento de daños. Cuáles son los actos reclamados por las circunstancias en interés del mandante, no puede determinarse *a priori*, sino que el juez resolverá según los casos.

El incumplimiento de estas obligaciones por parte de los herederos del mandatario, los expone, como decimos, al resarcimiento de daños, aunque el artículo en examen no lo diga, puesto que no puede haber obligación sin sanción; y el silencio de la ley, por otra parte, implica siempre referencia á las reglas generales de derecho. La prueba del conocimiento del mandato por los herederos está á cargo del mandante, porque reclamando los daños derivados de la culpa de éstos, debe probar que existe dicha culpa, prueba que no se consigue sino demostrando en los herederos el conocimiento del mandato.

Siendo de índole excepcional la disposición en examen, no puede extenderse á otros casos. El tutor, por ejemplo, es el mandatario legal del menor, porque la ley le da facultad de representarle y de realizar en su interés todos los actos que á él se refieren: ahora bien; los herederos del tutor difunto, ¿están obligados á dar aviso de la muerte del tutor y á realizar los actos que las circunstancias reclaman en interés del menor ó del interdicto? No, porque el legislador habla en el artículo en examen del mandato dependiente de contrato, no del legal.

106. Terminado el mandato por alguna de las causas establecidas por la ley, puede el mandatario igno-

rar la existencia de la causa extintiva del mandato; ¿qué sucederá en este caso con los actos realizados por él? Al hablar de la revocación del mandato, vimos que no produce efecto si no es puesto en conocimiento del mandatario, y que, por tanto, son válidos los actos realizados por él dentro de sus atribuciones, mientras ignoraba la extinción del mandato por la revocación del mandante. La ley generaliza este principio, extendiendo su aplicación á cualquier causa extintiva del mandato. Dispone á este propósito el art. 1.762: «es válida la gestión del mandatario en nombre del mandante, en el tiempo en que ignoraba la muerte de éste ó una de las otras causas por las que cesa el mandato, siempre que haya buena fe por parte de aquellos con quienes contrata». Extinguido el mandato, el mandatario, á tenor de los principios de derecho, no podría realizar ningún acto en interés del mandante, y si los realizase sería nulo por defecto de facultades que equivale á falta de consentimiento en el mandante. Si el legislador, pues, no obstante la extinción del mandato, convalida los actos realizados de buena fe por el mandatario, ¿qué razón le mueve á derogar de este modo el rigor del derecho? En estos casos la equidad debe venir á mitigar el rigor del estricto derecho. En efecto; el mandatario que obra de buena fe ignorando la extinción del mandato y con el convencimiento de que cumple su deber, ¿cómo es posible que sea responsable de lo que hace? El mandante, por otra parte, ó sus herederos, deben participar al mandatario la cesación del mandato, y si omiten dar tal participación, ¿de quién es la culpa sino de aquellos que tendrían interés en anular los actos del mandatario?

Según el texto del artículo en examen, parece que

para la validez de los actos del mandatario después de extinguido el mandato, es necesario, no sólo la buena fe de los terceros, sino la de éste; de modo que si tuviese conocimiento de la cesación del mandato, el acto no podría sostenerse frente al mandante por sus herederos aunque los terceros lo fuesen de buena fe. Pero este no es el espíritu de la ley ni está en armonía con otros de sus artículos. En efecto; el legislador, al decir que es válido lo que el mandatario hace mientras ignora la extinción del mandato siempre que los terceros contratan de buena fe, prevé sólo el caso de que el acto se haya realizado de buena fe por el mandatario, y previendo este caso dispone que no es suficiente para la validez del acto la buena fe del mandatario, sino que hace falta la de los terceros. De aquí que si la extinción del contrato es ignorada por el mandatario, pero es conocida de quien con él contrata, el acto no es válido en las relaciones entre el mandante y el contratante, si bien el mandatario, á causa de su buena fe, no es responsable de culpa alguna contra el mandante. Pero el caso en que el mandatario tuviese buena fe por haber adquirido conocimiento de la extinción del mandato, y la persona con quien contrató hubiese contratado de buena fe, no está comprendido en modo alguno en el artículo en examen; por consiguiente, no puede decirse que en esta hipótesis declare dicho artículo la nulidad del acto en las relaciones entre el mandante y el contratante de buena fe. Dando al texto que explicamos la interpretación que combatimos, estaría el legislador en contradicción consigo mismo, porque mientras en el art. 1.759 reconoce la validez de los actos realizados por el mandatario después de revocado el mandato frente á los terceros que contrataron de buena fe,

ignorando la revocación, y admite al mismo tiempo que, no obstante la extinción del mandato, el acto realizado por el mandatario de mala fe es válido respecto de los terceros de buena fe; se haría decir al legislador lo contrario en el art. 1.762 si éste se interpretase en el sentido que no admitimos. Obsérvese, además, que el mandatario que realiza actos, á pesar de saber la revocación del mandato, procede con dolo contra el tercero que con él contrata, y de este dolo debe responder el mandante en virtud del principio de que el comitente responde de los actos de su apoderado en el ejercicio de su misión.

La prueba de la buena fe en la hipótesis del artículo que examinamos, ¿á cargo de quién está? Cuando el mandante ó sus herederos han probado la extinción del mandato, la consecuencia es la nulidad de todo lo que el mandatario ha realizado después de expirar el mandato. Sólo por vía de excepción, y en virtud de la buena fe, el mandatario y los terceros pueden exigir que el mandante reconozca los actos realizados por aquél. ¿Qué fundamento tiene esta excepción? La ignorancia de la causa que ha hecho cesar el mandato. Luego quien alega la excepción debe probar su fundamento, y, por consiguiente, la buena fe proveniente de la ignorancia de la extinción del mandato.

TITULO VIII

De la transacción.

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA DE LA TRANSACCIÓN

SUMARIO: 107. Definición.—Primer elemento.—108. Segundo elemento, *hinc inde remissum*.—109. La transacción es declarativa, no atributiva de derechos.—110. Si es divisible ó indivisible.—111. Para transigir es preciso tener plena capacidad.—112. Sobre qué se puede transigir.—113. Debe hacerse por escrito.—114. No se transige sobre cuestiones de estado civil.—115. Se puede estipular una pena para caso de incumplimiento.

107. La transacción (art. 1.764) es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo ó conservando alguna cosa, ponen fin á un litigio ya comenzado ó previenen uno que pueda surgir. Dos elementos principales caracterizan la transacción y la distinguen de otro contrato. El primero está constituído por la duda que las partes quieren aclarar, resolviendo ellas mismas sin necesidad del juez; el segundo, de lo que los prácticos llaman *hinc inde remissum*. Comencemos por el primero.

La duda surge, tanto del litigio pendiente como del que puede surgir; en ambos casos, el contrato se considera de transacción, y no de otro modo. En la práctica es siempre interesante para las consecuencias el determinar si el contrato es de transacción ó de otra clase. Una finca, por ejemplo, debe ser expropiada por razón de utilidad pública: expropiador y expropiado no están de acuerdo sobre el precio y es preciso fijarlo por medio de un árbitro elegido por ambos; ¿habrá transacción ó venta? La controversia en la práctica es de gran importancia, porque si es venta puede ser impugnado por causa de lesión, y si es transacción, no puede ser atacado por este motivo. Con justicia, á nuestro juicio, se ha calificado el contrato de transacción en cuanto con él se trató de evitar un litigio (1).

La duda no tiene nada de objetiva, es exclusivamente subjetiva, de modo que para decidir si la duda existe ó no en el momento del contrato, la cosa ó la cuestión no debe considerarse en sí misma, sino que es preciso tener en cuenta el ánimo de los contratantes. En efecto; lo que para uno es dudoso, para el otro puede parecer cierto; ¿cómo es posible, pues, considerar la duda en sí misma y objetivamente, hecha abstracción del ánimo del que duda? Por otra parte, la duda, según se forma en el ánimo de los contratantes, es lo que prolonga el litigio ó le da vida: ahora bien; si la transacción trata de resolver ó prevenir el juicio, es natural que su fundamento se deba encontrar, no en la duda abstracta, sino en la duda como existe en el ánimo de los contratantes. Basta que exista en el momento del contrato; no se debe atender al tiempo

(1) Cas. Palermo, 15 de Abril de 1871.

ulterior, que puede aclararla, porque el peligro del litigio existe en virtud de la duda, y los contratantes, queriéndola prevenir, han querido transigir (1).

108. El art. 2.044 del Código francés dice que la transacción es un contrato en el que las partes ponen fin á un litigio ya comenzado, ó previenen un litigio que puede nacer. Los comentadores encuentran incompleta esta definición y la censuran vivamente. Justamente observan que el solo elemento, que consiste en poner término á un litigio ó prevenirle, no basta para darnos el verdadero carácter de la transacción y distinguirla de otros contratos que tienen el mismo fin. El que renuncia, por ejemplo, al litigio, le pone término, pero no transige; igualmente quien se conforma corta el curso del pleito. En estos casos no hay contrato, se trata únicamente de actos unilaterales, válidos para conseguir el fin del art. 2.044. Si, pues, el acto de una sola parte basta para truncar ó prevenir el litigio, y si la transacción se distingue de tales actos, es de lógica necesidad buscar en ésta algún otro elemento esencial que la distinga de aquéllos.

Este elemento, según el Código, es que cada una de las partes debe dar, prometer ó retener alguna cosa. Es, en suma, el mutuo sacrificio á que ambas partes se sujetan con el fin de terminar un litigio ó de evitarle, lo que constituye la transacción y la imprime un carácter propio, por el cual se distingue de toda otra convención. «Puede el litigio dudoso, dice la Casación de Roma (2), ser materia de transacción, *qui transigit quasi de re dubia et incerta lite, neque finita, transigit*

(1) Cas. Palermo, 25 Enero 1876.
(2) Decis. 9 Febrero 1881.

(Leg. 1, *De transact.);* pero no hay transacción, sino es medio y efecto de la composición el *aliquid hinc inde datum, promissum vel retentum* (Leg. 98, Cod. *De transact.*) De donde, así como no transige, sino que dona, *qui rem certam et indubitatum liberalitate remittit* (cit. Leg. 1, Dig. *De transact.),* así no dona ni transige el que con objeto de evitar los daños de un litigio temerario renuncia á pretensiones de ningún éxito, ni exige compensación de un acto realizado en propio interés.»

109. La transacción, ¿es declarativa ó atributiva de derechos? La cuestión es importante, no sólo teórica, sino prácticamente.

Cuando las partes transigen, no hacen más que sustituir su juicio al del magistrado. En el temor de que la sentencia del juez sea contraria á una de ellas se prefiere transigir, cediendo cada una de sus pretensiones. Es un juicio *pro bono et æquo,* como el que dictaría un árbitro. Y si la sentencia del juez declara el derecho y no le crea, ¿cómo no sucederá lo mismo en la transacción? Pero, se dirá, en ella cada parte da ó renuncia alguna cosa en favor de la otra; luego hay transmisión de derechos, y luego se crean éstos. Creemos que el *hinc inde remissum* por parte de cada uno de los que transigen, no implica transmisión de derechos. Cuando cada parte cede en alguna de sus pretensiones, contentándose con lo que le parece justo, y renunciando al resto, no hace más que reconocer su propio error, en cuanto sus pretensiones excedían los límites de lo justo, y reconociendo que el derecho y la razón de cada parte comprenden sólo aquella que la transacción reconoce á cada una. Ahora bien; quien reconoce su propio error no transfiere ningún derecho, porque para transmitirlo es necesario poseerlo.

El argumento que se nos opone nace de confundir dos cosas distintas: la renuncia á la pretensión, con la renuncia á la cosa. Aquélla no implica transmisión, y ésta sí.

Sentado este principio, apliquémosle. Si el objeto de la transacción son bienes inmuebles, ¿es necesario que el contrato se inscriba para su validez contra terceros? El art. 1.932 dispone en su primer número que deben inscribirse los actos entre vivos, ya á título oneroso, ya gratuito, que transfieren la propiedad de inmuebles ó de otros bienes ó derechos susceptibles de hipoteca, por lo que no tiene necesidad de ser inscripta. Y no se diga que hay transmisión de dominio en la inscripción relativa á un inmueble, en cuanto cada uno de los contratantes renuncia á favor del otro á una parte del inmueble, sobre la cual pretendía tener derecho; porque la renuncia, como ya hemos dicho, se refiere á la pretensión y no á la cosa, y renunciando á aquélla se reconoce no tener ningún derecho á ésta; por lo que no puede transferirse lo que reconocemos que no nos pertenece.

En caso de evicción, una de las partes ¿debe garantía á la otra? Surge cuestión, por ejemplo, entre tú y yo sobre la propiedad del fundo A; convenimos evitar el litigio, tomando cada uno la mitad del inmueble discutido, asignándose á ti la parte B y á mí la parte C. Se propone contra ti acción reivindicatoria por quien prueba ser propietario de la parte de inmueble que á ti se te asigna, y se te condena á entregármelo: ¿puedes proceder la evicción á favor mío? Si la transacción declara y no atribuye ningún derecho, yo no te he transmitido cosa alguna, y no puedo estar obligado á prestarte garantía. Habiéndose convenido entre nosotros con la transacción dividir la finca, controverti-

da de modo que á ti te debiese entregar la parte B y á mí la parte C, y no habiendo nosotros hecho otra cosa que declarar nuestro derecho de propiedad sobre la finca, debe, por necesidad lógica, considerarse la parte asignada á cada uno de nosotros como lo que nos ha pertenecido siempre, antes de la transacción. Ahora bien; si la parte B te pertenece á ti independientemente de la transacción, como la parte C me pertenecía á mí, claro que ninguno de nosotros está obligado á prestar garantía al otro (1).

Pero la garantía se deberá en los casos en que la transacción tenga lugar, mediante la prestación de una cosa que no constituya el objeto del litigio, y por consiguiente, de la transacción misma. Supongamos que la controversia surgida entre tú y yo sobre la propiedad de la finca A se define asignándome yo mi finca B, y renunciando tú á toda pretensión sobre la finca A: pues bien; si el verdadero propietario reivindica de ti la finca B, ¿estaré yo obligado á prestarte garantía? Sin duda; porque en tal caso el contrato no es sólo de transacción; éste es declarativo exclusivamente de derechos, sino también translaticio, en cuanto yo, para obtener tu renuncia, te doy una finca que afirmo que me pertenece; por consiguiente, debo garantirte que la finca cedida me pertenece en realidad. Y esta garantía yo te la presto pagándote una suma correspondiente al valor que el fundo cedido tiene en el momento de sufrir la evicción.

Pero si yo sufro evicción de la finca A, sobre la cual cuestionábamos, tú, que obtienes de mí el fundo B, ¿estarás obligado á prestarme garantía? Parece que sí, por reciprocidad, y sin embargo no es así; ¿cuál es,

(1) Cas. Florencia, 2 Agosto 1880.

en efecto, el correlativo obtenido por ti por la cesión que me haces de la finca B? No otra cosa que la renuncia á tus pretensiones sobre la finca A; luego tú no me has dado una cosa en compensación de la que yo te he dado, sino que solamente has renunciado á tu pretensión, cortando ó impidiendo un litigio. Ahora bien; aunque el propietario reivindique de mi poder el fundo que creíamos propio cada uno de nosotros, tu renuncia es un hecho no destruído por la reivindicación; luego si la renuncia subsiste, subsiste igualmente el correlativo que tú obtienes por la misma, y no estás obligado á prestarme garantía.

110. La transacción, ¿es divisible, ó indivisible? La pregunta supone que se hayan resuelto mediante una sola transacción varios asuntos; porque si se ha tratado de uno solo, la cuestión no tiene razón de ser. La cuestión que proponemos no es puramente académica, sino práctica; porque dado que la transacción pueda anularse en parte, esto es, respecto de uno de los negocios ventilados en ella, será nula por entero si se considera indivisible, y nula en parte en caso contrario.

La ley, dirá alguno, considera indivisible la transacción, porque el art. 1.775 declara que la transacción hecha sobre documentos que después resultan falsos, es nula toda ella. No lo creemos así. En efecto; si el legislador hubiese admitido el principio de la indivisibilidad de la transacción, ¿qué necesidad tenía de declarar expresamente que la transacción, en el caso del art. 1.775, es nula por completo? En los casos de nulidad de la transacción por dolo, error, nulidad del título, ignorancia, etc., el legislador no dice que la transacción sea enteramente nula. Ahora bien; suponiendo que el legislador hubiese partido de la in-

divisibilidad de la transacción, tendríamos que sólo en un caso de nulidad habría declarado que ésta se extiende á la totalidad, guardando silencio respecto de los demás. Pero si el silencio en los demás casos implicaba referencia al principio general de derecho y equivalía, por consiguiente, á significar la nulidad extendida á toda la transacción, ¿por qué no calla igualmente en el caso de nulidad por falsificación de documentos? ¿Qué necesidad había de declarar expresamente la nulidad de toda la transacción en este solo caso? No puede sostenerse que el legislador se haya servido del art. 1.775 para hacer la declaración de un principio general, cual es el de la indivisibilidad de la transacción; porque los principios generales no se enuncian por el legislador respecto de un caso especial, sino con disposición general que se extienda á todos los casos. Además, ¿por qué el legislador había de tomar pretexto de la nulidad por causa de falsedad de documentos para hacer la supuesta declaración, y no de otras causas de nulidad, de las cuales se habla en los demás artículos que preceden y siguen al 1.775? A nuestro modo de ver, el legislador no establece nada sobre la divisibilidad ó indivisibilidad de la transacción, no pronunciándose en un sentido ni en otro.

¿Cómo resolver, pues, la cuestión? El art. 1.202 establece la regla general de que es indivisible la obligación que tiene por objeto una cosa ó un hecho no capaz de división, y también la que tiene por objeto una cosa ó un hecho, el cual, si bien es por naturaleza divisible, deja de serlo teniendo en cuenta el modo en que le consideran las partes. De la indivisibilidad resultante del objeto de la transacción no debemos hablar, porque suponemos que la transacción comprende varios asuntos; no queda, pues, más que definir la

transacción de divisible ó indivisible, según la intención de las partes. Este criterio únicamente debe ser aplicado para resolver la controversia propuesta, porque el art. 1.202 es de índole general, y aplicable, por tanto, siempre que el legislador no le contradiga, lo que no sucede en el caso de que nos ocupamos. Ni se puede afirmar dogmáticamente que la transacción sea siempre indivisible, teniendo en cuenta la intención de las partes en cuanto éstas, resolviendo varios negocios ó litigios en un solo acto, los consideran en relación unos con otros, tratando de realizar un acto indivisible. Es absurdo, creemos, que, tratándose de interpretar la voluntad de los contratantes, se establezca *a priori* que su voluntad es ésta ó aquélla. Procediendo de tal modo, se sustituye á la voluntad de los contrayentes la del intérprete, y se sostiene que no pueden haber querido sino lo que el intérprete quiere.

La controversia, pues, de si la transacción es divisible ó indivisible, no puede resolverse *a priori*, sino según los casos, y teniendo en cuenta las especiales circunstancias. *A priori* se puede sólo afirmar que, para definir el carácter divisible ó indivisible de la transacción, debe atenderse á la voluntad de los contratantes; pero la investigación de esta voluntad debe hacerse en cada caso con decisión inatacable del magistrado. Cuando se nos presenta un solo acto de transacción relativo á varios asuntos ó controversias, debemos ponernos en el punto de vista desde el cual consideraron las cosas los contratantes. Si consideraron cada negocio aisladamente, adoptando para el mismo una solución que hubieran adoptado igualmente si á los demás negocios no se hubiera dado aquella solución, el acto, aunque uno en su apariencia, es múltiple en su esencia, y habrá, en verdad, tantas transforma-

ciones cuantos son los negocios definidos; por consiguiente, la transacción concertada es divisible, según la intención de los contratantes. Si éstos, por el contrario, al transigir una de las cuestiones tuvieron en cuenta la otra, de modo que no habrían resuelto una de ellas de aquel modo si la otra no se hubiese resuelto del modo establecido, y, concertado en tal caso, consideraron los distintos asuntos como uno solo, y según su intención, por consiguiente, la transacción debe considerarse indivisible.

111. Para celebrar una transacción, dice el artículo 1.765, es necesario tener la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en ella. La capacidad de disponer implica la libre disposición de sus bienes y derechos, de modo que quien no puede libremente disponer de sus bienes, no puede tampoco transigir. El menor emancipado y el inhabilitado, por ejemplo, pueden exigir la renta de sus bienes, alquileres, etcétera, por ser éstos actos de administración; ahora supongamos que entre el arrendatario y el menor emancipado ó el inhabilitado surge cuestión en orden á la cuantía de los alquileres ó á haberse pagado éstos con anterioridad; ¿podrá la cuestión transigirse válidamente? Por la afirmativa puede observarse que el menor emancipado y el inhabilitado pueden disponer de los alquileres que constituyen el objeto del contrato; por lo que se encuentran en las condiciones previstas por el art. 1.765 para poder transigir válidamente. Pero obsérvese que no es exacto afirmar que el menor emancipado y el inhabilitado pueden disponer de las rentas libremente sin la asistencia del curador, porque una cosa es exigir la renta, cosa que puede hacer el incapacitado, y otra, disponer de la misma, cosa que no siempre puede realizar á su arbitrio. En efec-

to; si con la renta obtenida quisiera adquirir un inmueble, ¿podría hacerlo sin la asistencia del curador? No; porque tal acto excede los límites de la administración ordinaria (1); luego no es exacto afirmar que el menor emancipado y el inhabilitado tienen capacidad para disponer de sus rentas. Luego no pueden transigir ni sobre las rentas que tienen facultad de exigir. Por otra parte, según la ley, las personas que no son plenamente capaces, pueden realizar solamente actos de administración ordinaria; y la transacción, ¿es de tal clase? No; porque con ella se renuncia á parte de las propias pretensiones, y el que administra no tiene facultad de admitir tal renuncia. Es claro, pues, que para poder transigir, cualquiera que sea el objeto de la transacción, es preciso ser plenamente capaz y tener la libre disposición de sus bienes.

La transacción, como ya hemos dicho, es simplemente declarativa; de aquí que quien transige, nada transmite ni recibe. Pero entonces, se dirá, ¿por qué la ley exige la capacidad de enajenar? Porque hay renuncia á determinadas pretensiones, y ésta no puede hacerla sino quien tiene la libre disposición de sus bienes.

112. Exigiéndose para transigir la libre disposición de bienes, sólo se podrá transigir sobre las cosas de que podamos disponer, no sobre aquellas que están fuera de nuestra facultad dispositiva. El estado civil de las personas, por ejemplo, no es materia que las partes puedan regular á su capricho, por ser cuestión de interés social; si se hiciese alguna transacción sobre este punto, se consideraría inexistente por falta de objeto. Pero se puede transigir sobre derechos pe-

(1) Véase volumen III de esta obra, núm. 160.

cuniarios dependientes del estado civil de las personas, por ser de interés privado. Supongamos que de ser Ticio hijo legítimo de Sempronio, dependa el establecer sus derechos á la sucesión de éste, recientemente abierta: pues bien; las partes no pueden por medio de transacción privar á Ticio de su cualidad de hijo legítimo, pero pueden definir sus pretensiones sobre la herencia. Pero cualesquiera que sean las expresiones usadas por los contratantes en este caso, ú otras transacciones, no pueden nunca tener la eficacia, ni siquiera en las relaciones entre sí, de fijar irrevocablemente el estado civil de las personas; de modo que esta cuestión puede surgir enseguida si se presenta la ocasión respecto de otra sucesión que se abra ó de otro asunto, sin que pueda oponerse la transacción celebrada y sin que las partes estén obligadas por ella.

Si se transige simultáneamente sobre el estado civil y sobre los derechos pecuniarios dependientes del mismo, la transacción ¿es nula en parte ó en todo? Esta cuestión está relacionada con la de la divisibilidad ó indivisibilidad de la transacción. Si las partes consideran como indivisible el objeto de la transacción, fijando, por ejemplo, para ambas cuestiones, la prestación única de una suma ó cosa sin indicar la parte que corresponde á cada una, la nulidad es total, porque no pudiendo ser válida por una sola parte, es preciso que se anule toda ella. Pero si en el pensamiento de las partes la transacción es divisible y se ha dado, por ejemplo, diez por la cuestión de estado civil y veinte por la controversia pecuniaria, la nulidad afectará solamente á la transacción sobre el estado civil (1).

(1) Cas. Roma, 5 Enero 1878.

Se puede transigir (art. 1.766) sobre una acción civil que provenga de delito; pero la transacción no es obstáculo al procedimiento por parte del ministerio público. De todo delito surgen dos acciones, una de interés público penal y otra de interés privado civil. La ley ha querido establecer en el artículo citado la independencia entre ambas, reconociendo á las partes la facultad de regular á su modo la acción civil y declarando al mismo tiempo intangible la acción penal.

113. Según el art. 1.314, núm. 7, las transacciones deben hacerse, bajo pena de nulidad, en documento público ó por escritura privada. Ya hemos demostrado (1) que cuando la ley exige escritura para la validez de un acto, lo exige, no como medio de prueba, sino como formalidad esencial, bajo pena de inexistencia del acto; por tanto, la transacción celebrada sólo de palabra debe considerarse como inexistente, y no se puede recurrir al juramento decisorio para probarla. ¿Por qué exige la ley la escritura en las transacciones? Fácil es comprenderlo. El objeto de la transacción es poner término á un litigio ó impedir que se entable; luego la transacción debe hacerse de modo que asegure el cumplimiento de este fin. Ahora bien; una transacción que no resulta de escritura abriría fácil camino á un litigio sobre la prueba de su existencia ó de sus condiciones. Es claro, pues, que con la transacción verbal, no sólo no se consigue el fin, sino que se corre el riesgo de multiplicar los litigios. Este peligro ha sido evitado por el precepto de la escritura.

114. Este artículo no se aplica á las transacciones en negocios de comercio. «Porque, observa con acierto

(1) Véase vol. XV, núm. 364 y siguientes.

la Casación de Florencia (1), el art. 1.314 del Código civil se refiere á las transacciones civiles reguladas por dicho Código, y no á las mercantiles, cuya índole exige reglas distintas para no dificultar la rapidez necesaria en negocios de comercio. No es verdad que la transacción constituya un contrato esencialmente civil, de modo que no pueda revestir caracteres mercantiles aun cuando se refiera á negocios de comercio. La convención, por la cual se promete, se da ó se conserva recíprocamente una cosa con el fin de evitar un litigio ó poner término al entablado, siendo en su esencia una modificación del contrato anterior y estando ligado estrechamente con él por consecuencia natural y jurídica, reviste su mismo carácter, de modo que si la transacción se dirige á regular negocios de comercio, se le atribuye justamente carácter comercial. Y no se diga que aun admitiendo que pueda considerarse comercial, la transacción que versa sobre asunto de comercio subsistiría siempre la obligación de la escritura en virtud del art. 93 del Código de comercio, que dice que si la escritura no se exige bajo pena de nulidad, se observarán las reglas del Código civil, establecidas en el capítulo relativo á la prueba de las obligaciones donde precisamente se encuentra el 1.314, que exige la escritura, para la validez de las transacciones. Dos respuestas, ambas perentorias, quitan á este argumento toda apariencia de razón. Según el citado art. 93, se deberá recurrir al Código civil cuando la ley mercantil exija la escritura, si bien no bajo pena de nulidad, ó sea, cuando la exige como prueba y no sea de esencia en el contrato, y así como en vano buscaríamos en el Código de comercio tal obligación para

(1) Decis. 24 Noviembre 1881.

todas las transacciones, hácese evidente que no es aplicable al caso lo prescripto en el artículo citado. Añádase otra observación completamente decisiva que el mencionado artículo remite al Código civil siempre que la ley mercantil no haya provisto de otra manera. Pero el Código de comercio no guarda silencio absoluto sobre la escritura para las transacciones, pues los artículos 648 y 395 demuestran que la exige para las celebradas por los síndicos en caso de quiebra cuando su valor sea indeterminado ó superior á 1.500 liras, de donde se sigue que la ley mercantil no es nula en este punto, y si prescribe la escritura sólo para algunas transacciones, la excluye para todas las demás, y, por lo tanto, habiendo provisto así el Código de comercio, no hay lugar á acudir al Código.»

115. En las transacciones (art. 1.767) se puede estipular una pena contra quien eluda su cumplimiento; esta pena, añade dicho artículo, equivale á la compensación de daños ocasionados por el retraso, salvo la obligación de cumplir la transacción. Este precepto no es sino una consecuencia de los principios generales de derecho. Al hablar el legislador de las obligaciones y contratos en general, dispone el art. 1.209 que puede estipularse una pena para asegurar el cumplimiento de la obligación contraída, y añade en el 1.212 que la cláusula penal es la compensación de los daños que sufre el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal. Ahora bien; siendo también la obligación un contrato, aun cuando nada hubiera dicho el legislador, hubieran sido igualmente aplicables las reglas generales dictadas para todos los contratos, y no habría podido dudarse de la facultad de estipular cláusula penal. ¿Por qué, pues, declara el legislador en el

art. 1.767 expresamente lo que no había necesidad de declarar?

Por dos razones, á nuestro juicio. Porque concediendo la ley á la transacción la autoridad de sentencia irrevocable, habría duda de la validez de la cláusula desde el momento en que la pena no se establece en las sentencias. La segunda razón se deduce de ésta. En el art. 2.047 del Código francés se dice que á las transacciones se puede añadir una pena contra aquel que falta á su cumplimiento, y no se declara que dicha pena equivalga al resarcimiento de daños. De esta omisión nació la controversia de si con dicho artículo se había querido derogar el principio general de que la pena equivale al resarcimiento de daños por incumplimiento. Los que sostienen que no hay tal derogación, afirman que la pena estipulada en la transacción equivale á la indemnización dicha; los que sostienen que sí la hay, dicen que estipulada la pena puede pedirse, en caso de incumplimiento, el pago de la pena pactada y el resarcimiento de daños. El legislador patrio ha cortado tal disputa declarando abiertamente que las reglas generales de derecho sobre la estipulación y efectos de la pena, en todo contrato, son aplicables á la transacción.

CAPITULO II

EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN

SUMARIO: 115. La transacción tiene entre las partes autoridad de cosa juzgada.—116. No se extiende más allá de lo que constituye su objeto.—117. Para determinar el objeto de la transacción es preciso atender principalmente á la intención de las partes.—118. La transacción no es oponible á quien no tomó parte en ella, ni puede ser opuesta por éste.—119. Adquisición de semejante derecho después de efectuada la transacción.

115. Las transacciones, dispone el art. 1.772, tienen entre las partes la autoridad de una sentencia irrevocable. ¿Puede deducirse de aquí que transacción y cosa juzgada son lo mismo? Es cierto que con la transacción las partes no hacen más que sustituir su juicio al del magistrado, y parece que entre éste y aquél no debería haber diferencia. Pero el legislador no puede haber querido tal cosa. La transacción, en efecto, es un contrato, mientras que la cosa juzgada no lo es; hay, pues, profunda diferencia entre una cosa y otra, que se observa también en sus efectos, porque la cosa juzgada no puede impugnarse por nulidad como la transacción. La autoridad, pues, de la cosa juzgada atribuída á la transacción, tiene por efecto equiparar ésta con aquélla limitadamente al

punto de la cuestión que se ha querido resolver; de modo que cosa juzgada y transacción ponen fin á un litigio, y ambas impiden que una vez resuelta la cuestión pueda surgir de nuevo; por lo que la excepción nacida de la cosa juzgada nace también de la transacción; en todo lo demás, cada una de ellas conserva sus caracteres propios.

116. Así como la cosa juzgada, la transacción, según el art. 1.768, no se extiende más allá de lo que constituye su objeto. Cosa juzgada y transacción tienen igualmente por objeto poner fin á una ó varias controversias, pero su acción está naturalmente limitada á la cuestión que se quiere resolver; por lo que es lógico que los efectos de la transacción no se extienden más allá de su objeto. Para aclarar este concepto, añade el art. 1.768 que la renuncia hecha á todos los derechos y acciones comprende sólo los relativos á la cuestión que se transige. Es ésta una advertencia del legislador para marcar el verdadero valor de ciertas declaraciones amplísimas é ilimitadas renuncias frecuentes, que muchas veces no representan la verdadera intención de las partes. La renuncia á pretensiones ó derechos no es más que una consecuencia de la transacción, la cual está constituída precisamente por la renuncia de parte de cada uno de los contratantes respecto de sus pretensiones; ahora bien, si la transacción no se extiende más allá de su objeto, es lógico que la renuncia, aun concebida en los términos más amplios, debe excluir todo lo que no se refiere al objeto de la transacción.

Supongamos que un acto es atacado de nulidad; se efectúa transacción y es evidente que la nulidad no puede ser pedida de nuevo; pero si una de las partes ataca el mismo acto de nulidad por otra causa, ¿será

oponible la transacción? En abstracto es indudable que no, por ser distinta la causa. Pero en la práctica, la duda no puede resolverse sin tener en cuenta la intención de las partes. Sucede muchas veces que, surgida controversia sobre un motivo de nulidad, las partes que mediante la transacción quieren dar seguridad á sus intereses piensen en otras causas probables ó posibles de nulidad en lo futuro y las comprendan todas en la convención, de modo que el acto no pueda ser atacado nunca. En este caso, el objeto de la transacción no es sólo la cuestión promovida, sino todas las cuestiones posibles que puedan surgir sobre la eficacia ó nulidad del acto; por consiguiente, ningún otro motivo de nulidad puede después deducirse contra el acto respecto del cual se transige. Pero si resulta que la intención de las partes no fué más allá de la nulidad que se discutía y que sólo han tenido en cuenta dicha causa de nulidad y no otras, es preciso contener la transacción dentro de los límites fijados por su objeto y no extenderla á otras causas de nulidad ajenas á la cuestión.

117. El principio según el cual, para determinar el objeto de la transacción y para fijar, por consiguiente, los límites de ésta, debe tenerse en cuenta principalmente la intención de las partes, no sólo proviene de la razón natural, sino que está sancionado en el art. 1.769 al declarar éste que las transacciones no ponen fin más que á las cuestiones que se ventilan, ya empleen las partes expresiones especiales ó generales, ya resulte tal intención consecuencia necesaria de lo expresado. Este artículo, en su esencia no es más que una consecuencia del precedente; porque tanto vale decir que los efectos de la transacción no se extienden más allá de su objeto, que afirmar que las transaccio-

nes no ponen fin más que á las cuestiones que se trata de resolver. Pero al añadir el legislador las palabras «ya sea que las partes hayan empleado expresiones especiales ó generales, ya resulte tal intención consecuencia necesaria de lo expresado», ha querido prevenir al intérprete de que la cuestión sobre el contenido de la transacción no ha de resolverse *a priori,* sino de conformidad con las intenciones de las partes, ya resulten expresas ó tácitas.

Se produce una herida por dolo ó culpa y se efectúa una transacción que establece la indemnización debida por el culpable. Al cabo de cierto tiempo el herido muere á causa de la lesión: la viuda y los hijos, ¿pueden demandar al homicida una indemnización, ó puede éste oponerles la transacción? La transacción, dice la ley, no pone fin sino á la controversia que las partes han querido resolver; pero para determinar esta voluntad es necesario atender al tiempo en que se transigió, no á los acontecimientos posteriores que se ignoraban. ¿Cuál era la cuestión que se transigía? La relativa á los daños derivados de la herida. La herida y la muerte no son una misma cosa; por consiguiente, el que transige sobre las consecuencias de una herida no entiende con esto transigir con las más graves, derivadas de la muerte. Por consiguiente, la transacción celebrada sobre la indemnización debida á causa de la herida no es obstáculo á la acción por daños derivados de la muerte. Para suponer lo contrario, sería preciso que las partes en la transacción hubiesen previsto la probabilidad ó posibilidad de muerte y hubiesen extendido su convención á los efectos de esta temida eventualidad. Pero si no aparece tal cosa, la transacción no puede oponerse.

118. La transacción hecha por uno de los intere-

sados, dispone el art. 1.771, no obliga á los demás, y no puede serles opuesta. Así como la cosa juzgada no tiene efecto sino sobre los que hayan sido parte en la causa, así la transacción no puede oponerse á quien no tomó parte en ella, ni puede ser opuesta por un extraño. Supongamos que entre los herederos nombrados en el testamento y los legítimos surja cuestión sobre la validez del testamento; los herederos legítimos transigen con uno de los herederos testamentarios: pues bien; ¿obligará la transacción al otro heredero testamentario, ó podrá él mismo utilizarla, oponiéndola á los herederos legítimos, si continuasen el litigio? Ni una cosa ni otra; porque la convención no le atañe, y así como no le puede perjudicar, tampoco le puede favorecer. En el mismo caso de transacción entre los herederos legítimos y testamentarios sobre la controversia de validez del testamento, los acreedores de la herencia no pueden valerse de la transacción ni les puede ser opuesta. Pueden, por consiguiente, exigir el pago de los herederos testamentarios, sosteniendo la validez del testamento, así como pueden ser pagados por los herederos legítimos, probando que la sucesión se abre *ab intestato* por defecto de testamento válido. No pueden proceder directamente contra unos y otros herederos, porque ambas herencias son incompatibles; ni en virtud de la transacción pueden los acreedores considerar como herederos á unos ó á otros, por ser extraños á la transacción, de la cual no adquieren acción alguna. Pero pueden ejercitar una acción útil contra unos ú otros, en virtud del principio que concede á los acreedores la facultad de ejercitar los derechos y acciones correspondientes á su deudor. Suponiendo, en efecto, válido el testamento, los herederos legítimos reciben de los testamentarios,

en virtud de la convención, una parte de la herencia, y en el silencio de las partes sobre este punto, la reciben con la condición tácita de asumir la obligación de satisfacer, en proporción á su cuota, una parte de las deudas hereditarias; por consiguiente, los herederos testamentarios, y en caso de nulidad de testamento los legítimos, pueden directamente, en virtud de la transacción, proceder contra los demás para que contribuyan al pago. Ahora bien; esta acción directa, correspondiente á unos ó á otros, según que el testamento sea nulo ó válido, puede ser utilizada por los acreedores de la herencia, que son también acreedores suyos.

119. El que transige sobre un derecho suyo propio (art. 1.870), si adquiere después semejante derecho de otra persona, no queda obligado por la transacción precedente, en cuanto al derecho nuevamente adquirido. Esta disposición, no muy clara, que el legislador patrio ha tomado del correspondiente art. 2.050 del Código francés, da lugar á dudas que es bueno aclarar. El derecho semejante de que habla este artículo ¿implica sólo diversidad entre el objeto del derecho nuevamente adquirido y el que se transigió, ó puede también implicar identidad del uno y del otro objeto, ó sólo diversidad de personas? Pongamos un ejemplo: Ticio y Cayo son dos coherederos; Ticio, por lo que se refiere á su cuota, transige con el acreedor de la herencia, y después llega á ser heredero de Cayo. En lo que se refiere á la nueva adquisición hecha por Ticio de la herencia de este último, ¿queda obligado por la transacción? No, porque se transigió sobre la cuota debida por Ticio, no por Cayo; por lo que es diverso el objeto. Pero se observa que si fuese éste y no otro el significado del art. 1.770, sería inútil, como repeti-

ción del 1.786; luego si no se quiere admitir que el legislador se repita, es preciso interpretarle de otro modo.

¿Cuál puede ser este sentido, sino el de impedir que la transacción pueda oponerse en caso de nueva adquisición, cuando el objetivo del derecho adquirido es el mismo que el del transigido, y sólo hay diversidad de personas? Yo transijo, supóngase, sobre un derecho de propiedad que yo creo tener sobre el fundo B, y la transacción tiene lugar entre Julio y yo, que ostenta también un derecho igual de propiedad; el hecho es que el fundo pertenece á Antonio, del cual yo soy heredero después de haber transigido. Ahora bien; queriendo yo hacer valer el derecho de propiedad correspondiente á mi autor Antonio, ¿podrá Julio oponerme la transacción que tuvo lugar entre él y yo? No, se suele responder, por estar comprendido el caso en el art. 1.770. Pero se replica: el legislador habla en el artículo en examen de derecho semejante adquirido después, mientras que aquí se trata del *mismo* derecho.

De todo esto aparece que cualquiera de los dos modos de interpretar el artículo en examen es censurable; ¿qué partido tomaremos? Poco nos importa que el legislador se repita sin necesidad, puesto que no es culpa del intérprete. No es la única vez que se repite, y ya hemos dicho cuál es la tarea del intérprete. Debemos, por el contrario, hacer notar que el legislador no sólo habría repetido en el 1.770 la disposición del 1.768 si se adoptase la primera interpretación, sino que habría incurrido en el mismo vicio aun interpretándola del segundo modo, porque no era necesario repetir el principio del art. 1.771 en el 1.770.

Nuestra opinión es que, aparte de si el legislador se

ha repetido ó no, la transacción no puede oponerse en ninguno de los dos casos. En el primero, por la diversidad de objeto, y en el segundo, por la diversidad de personas. En efecto; la transacción celebrada entre Julio y yo, ¿habría podido oponerse á Antonio, propietario del inmueble? No; porque fué extraño á ella; luego tampoco se me podrá oponer á mí, que en cuanto heredo le represento. Y noten además que la diversidad de personas trae consigo la de objeto. En efecto; la transacción versó sobre mi pretendida propiedad por adquisición, prescripción ú otro título; mientras que ahora se trata del derecho hereditario que yo poseo de mi autor Antonio; luego el objeto no es el mismo, y, por consiguiente, el art. 1.768 es siempre aplicable para excluir la oponibilidad de la transacción.

CAPITULO III

NULIDAD Y RESCISIÓN DE LA TRANSACCIÓN

SUMARIO: 120. El error de derecho no es causa de nulidad de la transacción.—121. No puede impugnarse por lesión.—122. En la transacción se corrigen los errores de cálculo.—123. Nulidad por dolo ó violencia.—124. Por nulidad del título sobre cuya ejecución se transige.—125. Por falsedad de documentos.—126. Por existencia de cosa juzgada ignorada por las partes.—127. Descubrimiento posterior de documentos que excluyen el derecho de una de las partes.—128. La acción de nulidad corresponde si la transacción es especial.—129. En los casos indicados, la transacción inexistente según los principios de derecho, es considerada por el legislador como anulable.—130. La condición resolutoria se sobrentiende en la transacción para el caso en que una de las partes no cumpla sus obligaciones.

120. Las transacciones (art. 1.772) no pueden impugnarse por causa de error de derecho ni por lesión; pero debe corregirse el error de cálculo.

El error de derecho, al igual que el de hecho, hace que falte el consentimiento, y puede ser causa de nulidad; ¿cuál es, pues, la razón del art. 1.772? Podría contestarse que el error de derecho, por la índole especial de la transacción, no hace que desaparezca el objeto ni el consentimiento. ¿Cuál es, pues, el objeto de la transacción? Evitar un litigio. Ahora bien; el error de derecho no impide el litigio ni excluye el te-

mor de éste. Muchas veces la errónea interpretación dada por una de las partes á la ley es causa de un litigio; y bien pocas serán las transacciones que se evitarán si el error de derecho fuese causa de nulidad. Haya ó no error de derecho, el hecho es que las partes quisieron cortarle; por consiguiente, subsistiendo el objeto de la transacción y el consentimiento de las partes, ¿cómo podría anularse?

Pero este razonamiento prueba demasiado. También es verdad que el error de hecho no impide la duda, y puede ser causa de litigio, ni excluye el consentimiento de las partes, y, sin embargo, es causa de nulidad.

No puede decirse tampoco que el error de derecho no excuse, pues si la ignorancia del derecho no puede alegarse cuando la ley prohibe ó manda algo en interés público, puede deducirse cuándo se trata de intereses privados, y con el fin de pedir la nulidad de una convención fundada sobre dicha ignorancia. Lo dice claramente el art. 1.609 al disponer que el error de derecho produce la nulidad de un contrato cuando es su causa única ó principal.

El art. 1.772, pues, al disponer que el error de derecho no es causa de nulidad, deroga el principio establecido en el 1.109; ¿cuál es el motivo de esta derogación? El art. 1.772 de nuestro Código no es más que la reproducción fiel del 2.052 del Código francés, el cual procedía de la tradición, que no enumeraba el error entre las causas de nulidad de la obligación. Pero nuestros legisladores, al reproducir la disposición del art. 2.052 del Código francés, no tuvieron presente lo dispuesto en el 1.209, que no tiene correspondencia en el Código francés. La cosa, por tanto, no puede explicarse sino por un deplorable error de

redacción; pero de todos modos, el intérprete no puede dispensarse de aplicar la ley cual está escrita.

121. La transacción no puede impugnarse por causa de lesión. La lesión no es, por regla general, causa de nulidad en las obligaciones; el legislador la admite en la venta y en la división por motivos particulares que ya indicamos; por consiguiente, al disponer que la transacción no se anule por lesión no hace más que aplicar un principio general de derecho. Aun prescindiendo de esto, la lesión no podría ser causa de nulidad en la transacción por la índole especial de ésta. En efecto; para que haya lesión, es preciso saber con certeza qué es lo que se ha dado y qué es lo que se ha recibido; certeza que falta en la transacción porque supone la duda.

122. En la transacción (art. 1.772) deben corregirse los errores de cálculo: ¿por qué no se corrige el error de hecho, el cual anula la transacción mientras se corrige el de cálculo, subsistiendo la transacción? Porque el error de hecho reside en los contratantes y el falso juicio vicia la voluntad. El error de cálculo, por el contrario, no reside en el juicio, porque el cálculo es una cosa absolutamente cierta que no admite opiniones, sino que es un error material debido á la inadvertencia ó falta de atención en el que calcula, error que no deja lugar á dudas sobre su corrección; por consiguiente, puede decirse que las partes quisieron aquello que resulta de un cálculo exactamente hecho, no de uno equivocado. Si esta es la razón del precepto legislativo, es preciso deducir que el error de cálculo enmendable es el que versa sobre las operaciones aritméticas, no sobre la estimación de las cosas ó pretensiones. Tú, por ejemplo, calculas que la finca B, sobre cuya propiedad has transigido, vale

diez mil, y partiendo de este cálculo consientes en una determinada transacción: en tanto, la finca, vale veinte mil; ¿puedes pretender que se corrija el error? No; porque éste no es error de cálculo, sino de tasación.

123. Se admitirá la acción de nulidad (dice el artículo 1.773) contra una transacción en caso de dolo, violencia ó error sobre la persona ó el objeto de la controversia. En cuanto al dolo ó á la violencia, la ley no hace más que aplicar á la transacción los principios generales; por consiguiente, para evitar repeticiones inútiles, remitimos al lector á lo dicho en los contratos en general. Detengamos un poco la atención sobre el error, porque respecto de él el legislador se separa un tanto de los principios generales. Dispone, en efecto, el art. 1.110, que el error no produce nulidad cuando cae solamente sobre la persona con la cual se contrata, á no ser que la consideración de la persona sea la causa principal de la obligación. Respecto á la transacción, el artículo en examen dispone, por el contrario, que el error sobre la persona da lugar á la acción de nulidad contra la transacción. ¿Cuál es el motivo de esta derogación de los principios generales de derecho?

Creemos que el art. 1.773 no deroga el 1.110, sino que contiene una aplicación del principio establecido en éste. ¿Qué dice el 1.110? Que el error sobre la persona es causa de nulidad del contrato cuando la consideración de la persona es la causa principal del mismo. Ahora bien; si en las transacciones la consideración de la persona con quien se transige es causa principal de la obligación, es claro que el art. 1.773, lejos de derogar el principio enunciado en el 1.110, es su aplicación á las transacciones. Cuando yo, por ejemplo, adquiero una finca ó la alquilo, poco me im-

porta la persona del propietario; por lo que si creo que es Antonio, y luego resulta que es Julio, este error no ejerce influencia alguna y no puedo pedir la nulidad. En las transacciones, por el contrario, la consideración de la persona es decisiva, puesto que la renuncia, aparte de nuestras pretensiones, no sólo se funda en la cuestión en sí misma, sino en la persona del adversario, cuyo poder se teme ó con el cual se está ligado por amistad ó gratitud; he aquí por qué, sin separarse de los principios generales, el legislador ha podido establecer que el error sobre la persona anula la transacción.

El error sobre el objeto debe, para motivar la nulidad, viciar el consentimiento, según los principios de derecho, no ya excluirlo, porque si falta el consentimiento, no puede hablarse de nulidad, sino de inexistencia. Por ejemplo: nosotros tenemos dos litigios pendientes, yo creo transigir el litigio A y tú el B; aquí hay evidentemente error sobre el objeto de la transacción; pero el error es tal, que excluye el consentimiento en cuanto tú no te has obligado á transigir el pleito A ni yo el B; luego no hay nulidad, sino inexistencia, por defecto absoluto de consentimiento. Entre mí, heredero legítimo de Antonio, y tú, su heredero testamentario, surge controversia por nulidad de testamento; yo acepto una transacción por la cual se me paga determinada suma, renunciando á toda pretensión sobre la herencia; pero yo estoy en la falsa creencia de que toda la herencia la componen las fincas *a* y *b;* siendo así que entran en ellas otras fincas de más valor; en esta hipótesis, el error no excluye mi consentimiento, sino que lo vicia en cuanto no le habría prestado si hubiera conocido la verdad de las cosas; luego se puede pedir la nulidad de la transacción. Dígase lo

mismo en la hipótesis en que se transige sobre la propiedad de un objeto que se creía de gran valor, siendo de poco ó ninguno.

124. Se puede igualmente impugnar una transacción hecha, según dispone el art. 1.774, en ejecución de un título nulo, salvo que las partes hubiesen hablado expresamente de la nulidad. Es preciso no ser inducido á error en la aplicación de este artículo. ¿Por qué es nula la transacción sobre controversia en la ejecución de un título nulo? Porque falta el objeto de la transacción. Esta, en efecto, supone siempre una duda ó una cuestión actual ó posible que se quiere solucionar; luego si falta la duda ó no hay controversia, no puede haber transacción. Cuando las partes no están de acuerdo en la ejecución de un título, la duda ó controversia objeto de la transacción consiste en saber si el título debe ejecutarse de un modo ó de otro. Ahora bien; si el título es nulo, falta motivo de discusión, y no existiendo la duda, ¿qué queda para dar vida á la transacción? Por el contrario, cuando las partes tratan expresamente en la transacción de la nulidad del título, el objeto de la transacción subsiste, porque las partes, al transigir, quisieron resolver la duda sobre la validez ó ineficacia del título; mientras en el otro caso quisieron resolver una duda ó controversia de ejecución.

Si tal es el espíritu de la disposición en examen, no podemos aceptar la doctrina corriente de que la nulidad del título implica la de la transacción, sólo en el caso en que sea consecuencia de un error de hecho, no de derecho. «El pensamiento de la ley, así se expresa la Apelación de Palermo (1) respecto al art. 1.774, es

(1) Decis. 12 Febrero 1875.

que la transacción está sujeta á rescisión cuando recae sobre un título nulo, pero á consecuencia de error de hecho. Es necesario que las partes hayan ignorado la nulidad del título inducidas á error por sola ignorancia de hecho; mientras que, por el contrario, si el error alegado no puede ser más que de hecho, el Código dice expresamente que las transacciones no son rescindibles por esta causa. Si fuese de otro modo no tendría explicación ni aplicación el art. 1.772. Porque, en realidad, quien aduce el error de derecho transigiendo sobre un título nulo, no ha transigido expresamente sobre la nulidad, y, sin embargo, la ley prohibe alegar el error de derecho. Siempre que la transacción hubiese sido hecha en la ejecución de un título nulo por efecto de un error de derecho, el art. 1.772 cedería el paso al 1.774, si el que transigió pudiese alegar la nulidad de la transacción como hecha en ejecución de un título nulo y porque no se transigió expresamente sobre la nulidad. No existe esta contradicción en la ley. Los dos artículos se concilian y componen un sistema armónico admitiendo que el artículo 1.774 no lo aplicaba sino en el caso en que la nulidad provenga de error de hecho y no en el caso en que provenga sólo de error de derecho.»

Razonando de este modo, se confunde la nulidad de la transacción á causa de error con la derivada de la falta de objeto. Si, tratándose de transacción relativa á controversia sobre la ejecución de un título nulo, el legislador hubiese querido que dependiese la nulidad de los mismos principios de que depende la nulidad de la transacción á causa de error, ¿qué necesidad hubiera tenido de escribir el art. 1.774? Siendo general la disposición relativa al error de que trata el artículo 1.772, comprendería también el caso en que hubie-

se habido error sobre la validez del título cuya ejecución da lugar á la controversia, por lo que el art. 1.774 no sería más que una repetición inútil. Si el legislador, pues, habla en un artículo de la nulidad por error y en otro de la nulidad por causa de la ineficacia del título, quiere decirse que las dos nulidades tienen un fundamento distinto. El haber considerado el legislador las dos nulidades diversamente está conforme con los principios de razón. Es conveniente poner ejemplos para que la demostración resulte más clara.

Entre el heredero nombrado en testamento y el legatario surge cuestión sobre la cuantía del legado, la cual es transigida. Es indudable que se trata de la ejecución de un título cual es el testamento. Ahora, supongamos dos hipótesis. Que la transacción sea impugnada por nulidad del testamento, sobre la cual las partes no quisieron transigir; la otra, que la transacción se impugne por haber ignorado una de las partes la disposición legal que determinaba las cosas comprendidas en el legado. En el primer caso, la nulidad del título hace desaparecer la controversia que se quiere transigir, mientras que en la segunda, la controversia no desaparece, sino que está justificada por haber ignorado ó comprendido mal la ley. Si en este último caso no hay razón para anular la transacción, ¿puede decirse lo mismo en el primero? El error, pues, de las partes, cualquiera que sea su índole, no puede ejercer influencia sobre la nulidad de la transacción dependiente de la nulidad del título sobre cuya ejecución se transige; por consiguiente, una causa de nulidad es independiente de la otra, y entre ellas no hay nada de común.

De las consideraciones hechas, se deduce que no es necesaria la ignorancia de las partes contratantes so-

bre la nulidad del título, para que ésta sea causa de la nulidad de la transacción, sino que ésta es nula aun cuando las partes conocieran la nulidad del título, transigiendo, sin embargo, sobre su ejecución. Porque ya ignoren ó conozcan la nulidad del título, siempre es verdad que al transigir sobre su ejecución, falta la duda ó disputa que se ha de resolver, y falta el objeto del contrato, por consiguiente. En la práctica, es muy difícil que se dé el caso de una transacción sobre ejecución de título cuya nulidad se conoce; pero si esta hipótesis se diese, sería preciso suponer que las partes no procedieron en serio, sino que ejecutaron un acto sin ningún valor jurídico. Y no se podría sostener que transigiendo sobre la dificultad de ejecutar un título cuya nulidad es conocida, las partes quisieron tácitamente transigir sobre tal nulidad, renunciando á la acción correspondiente, y por consiguiente, que hicieron cósa válida por haber transigido implícitamente sobre la duda relativa á la validez ó nulidad del título; porque el art. 1.774 dispone que sólo no se podrá impugnar la transacción á causa de la nulidad del título, cuando las partes hubieran tratado *expresamente* de la nulidad; luego, al transigir sobre la ejecución de un título, la ley no atribuye ninguna validez á la transacción tácita ó implícita sobre la nulidad del mismo.

Si la nulidad de la transacción á causa de la nulidad del título sobre cuya ejecución se transige, depende de la falta de objeto, la transacción no puede considerarse anulable, sino inexistente, no pudiendo existir ningún contrato sin objeto. Esta doctrina es perfectamente conforme con los principios, pero el legislador sigue otra y el intérprete no puede corregirle. Está tan lejos de reconocer en el caso en examen la

inexistencia de la transacción, que se limita á conceder la facultad de impugnarla, lo que quiere decir que produce su efecto mientras la nulidad no se declara.

125. La transacción hecha sobre documentos que después resultan falsos es completamente nula (artículo 1.775). La falsedad del documento es distinta de la nulidad del título, pero las consecuencias son las mismas. Supongamos que surge controversia sobre la validez de un testamento por falta de formalidades entre el heredero testamentario y el legítimo de efectuar una transacción: después se descubre que el testamento era falso; ¿es válida la transacción? No, responde el art. 1.775; ¿y por qué? Porque la transacción en este caso carece de objeto. En efecto; ¿qué se controvertía? Si el testamento carecía ó no de las formalidades legales; pero si el testamento no ha existido porque era falso, la controversia no existe tampoco y la transacción carece de objeto.

El descubrimiento de la falsedad, dice el artículo en examen, debe ser posterior á la transacción; luego si las partes conocían ya la falsedad, no puede impugnarse la transacción. ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Cuando las partes conocen la falsedad del documento pueden transigir sobre la cuestión relativa á la declaración de esta falsedad, y el objeto entonces lo constituye la verdad ó falsedad del documento, ó pueden transigir también sobre las consecuencias derivadas de la falsedad en las relaciones privadas de las partes, pues según el art. 1.766, se puede transigir sobre la acción civil de un delito. Todo esto puede resultar aun implícitamente de la transacción, pues el art. 1.775 no prescribe que para salvar de la nulidad la transacción en el caso de conocimiento de la false-

dad de los documentos, deba esta falsedad tratarse *expresamente* en el acto de la transacción.

El artículo en examen añade que la transacción será completamente nula. En el primer capítulo de este título demostramos que no ha querido con estas palabras el legislador establecer el principio de indivisibilidad de la transacción, sino que deroga la regla general, considerándola siempre indivisible para los efectos de la nulidad en este caso. Los motivos de esta disposición son desconocidos, pero el intérprete tiene que aplicarla.

126. Es igualmente nula, dispone el art. 1.776, la transacción de un litigio terminado con sentencia firme, de la cual las partes, ó una de ellas, no tuviese noticia. También esta causa de nulidad se funda en la falta de objeto de la transacción. En efecto; se transige sobre la suposición de que existe una controversia; pero si la controversia se ha resuelto, la duda no es posible y no hay objeto.

¿Qué entiende la ley por cosa juzgada? ¿Puede considerarse tal para estos efectos la sentencia pronunciada en grado de apelación? Creemos que no, por dos razones: la primera es, que según los principios generales, la cosa juzgada es la sentencia irrevocable. La verdad de la cosa juzgada es inmutable; por consiguiente, la inmutabilidad debe ser el carácter propio de la cosa juzgada. La sentencia de apelación es ejecutoria; pero ésta no debe confundirse con la autoridad de la cosa juzgada, porque se puede ejecutar lo que aún no es irrevocable. La otra consideración surge confrontando el art. 1.776 de nuestro Código con el 2.056 del francés. Este último contiene dos partes: la primera se reproduce en el correspondiente de nuestro Código; la otra, que no se reproduce, dice así: «Cuan-

do la sentencia ignorada por las partes fuese aún apelable, la transacción es válida.» Luego la transacción, según el legislador francés, hecha en la ignorancia de la sentencia de apelación es válida, y por consiguiente, entiende por cosa juzgada la sentencia de segundo grado. Ahora bien; el legislador patrio, al suprimir la última parte del art. 2.056, no afirma, como el legislador francés, qué se entiende por sentencia; luego deben aplicarse los principios generales de derecho.

Para que la acción de nulidad proceda en este caso, es preciso que una de las partes, por lo menos, ignore la existencia de la sentencia; ¿se considerará, pues, válida la transacción sobre una cuestión ya juzgada, cuando las partes conocen la sentencia? Habrá una convención que puede ser válida, pero no una transacción, por carecer de objeto. La parte favorecida por la sentencia puede renunciar á su derecho ó acción, pero tal renuncia no constituye transacción.

127. Si la nulidad del título ó la falsedad del documento producen la nulidad de la transacción, ¿puede decirse lo mismo de la ignorancia de algunos documentos cuyo ulterior descubrimiento demuestre que el derecho alegado por una de las partes en la transacción no existía? Si la transacción, supongamos, tuvo lugar respecto de una deuda sobre cuya existencia ó validez se discutía, y después aparece el documento del cual resulta que la deuda se satisfizo por completo, ¿podrá la misma impugnarse?

El art. 1.777 responde á la cuestión distinguiendo entre la transacción general y la particular. Cuando las partes, dice, transigen, en general, sobre todos sus asuntos, los documentos que desconocían en aquel tiempo y que después aparecen, no constituyen un tí-

tulo para impugnar la transacción, á no ser que hayan sido ocultados por una de las partes. Para comprender exactamente la disposición en examen, es preciso, ante todo, determinar á qué clase de transacción se refiere. Entre tú y yo, por ejemplo, hay dos litigios pendientes, convenimos en transigirlos y en un sólo acto declaramos que el litigio *a* se entenderá concluído del modo *b* y que el litigio *c* se entenderá concluído del modo *d:* ¿es ésta la transacción á que se refiere el art. 1.777? No; porque esta transacción, aunque una en la apariencia, en su esencia es un conjunto de transacciones sobre objetos determinados; por lo que se compondrá de tantas como litigios haya; mientras que el artículo referido exige que se trate de transacciones hechas en *general* sobre todos los asuntos que pueden tener las partes.

Es preciso, pues, que todas las diferencias surgidas ó que puedan surgir entre las partes, se consideren como un solo todo y se definan en globo mediante un determinado arreglo: sólo de este modo tendremos la transacción general de que habla la ley.

La transacción hecha de tal modo es indivisible, no porque el legislador considere indivisibles las transacciones que versen sobre varios objetos, sino porque es tal en la intención de las partes contratantes, las cuales tuvieron en cuenta todas sus diferencias, considerándolas como un todo, de suerte que no hubieran hecho la transacción si todas las cuestiones no hubieran entrado en ellas. Dada, por tanto, la indivisibilidad de una transacción general, es lógico que ésta, ó valga por entero, ó sea anulada toda ella. El legislador lo mantiene en su totalidad no obstante el descubrimiento posterior de documentos; ¿por qué no ha preferido anularla por entero?

Porque presume, al menos es preciso creerlo así, que al convenir las partes en considerar como un solo negocio todas las diferencias presentes y futuras, cada una renuncia á valerse del derecho á impugnar el negocio *a* ó *b* si relativamente al mismo se descubriese un documento; por consiguiente, supuesta esta tácita ó implícita renuncia, es natural que la transacción valga por entero.

Pero este principio le deroga la ley, en el caso en que los documentos hayan sido ocultados por una de las partes contratantes. El hecho de ocultar el documento del cual resulta inexistente el derecho alegado, constituye dolo, por lo que se concede el derecho de impugnar la transacción; impugnación que no puede menos de extenderse á toda la transacción por ser indivisible en este caso.

Si en el momento en que se transige, se duda del doloso ocultamiento de algunos documentos que demostrarían la existencia del derecho alegado por quien los oculta, y la transacción, por consiguiente, se extiende á las consecuencias de tal ocultamiento, no podrá impugnarse á causa del descubrimiento posterior de aquéllos del cual se dudaba, ya porque se habría transigido en este caso sobre la cuestión del ocultamiento, duda que es suficiente para dar vida á la transacción, ya porque es lícito transigir sobre las consecuencias puramente civiles de un delito.

128. La transacción es nula (art. 1.777) cuando no se refiera más que á un solo objeto y se pruebe por documentos descubiertos posteriormente que una de las partes no tenía derecho sobre dicho objeto. Pero si la transacción se refiere á dos ó más objetos, ¿no será aplicable esta disposición? Para comprender como es debido el significado de este segundo párrafo del ar-

tículo citado es preciso confrontarlo con lo dispuesto en su primera parte; porque debiendo dicha disposición comprender toda transacción por no ser posible que respecto á algunas haya dejado de disponer la ley para el caso de descubrimiento posterior de documentos, es claro que las transacciones no comprendidas en la primera parte de dicho artículo deben considerarse comprendidas en la segunda. Ahora bien; la primera parte se refiere sólo á las transacciones generales; por consiguiente, las especiales versan sobre uno ó más objetos y están necesariamente comprendidas en la segunda parte. Y no es maravilla que el legislador hable en esta segunda parte de transacciones relativas á un solo objeto; porque cuando el acto de transacción, uno en apariencia, comprende varios, habrá tantas cuantas sean las cuestiones resueltas, por lo que cada una tendrá su objeto y á cada una de ellas le será aplicable la disposición contenida en el segundo párrafo en examen. Si se entendiese de otro modo la disposición legal, caeríamos en el absurdo. En efecto; suponiendo que sean dos los litigios y que para cada uno de ellos hayan convenido las partes un arreglo diferente, pueden las dos transacciones hacerse por escrito único ó separado. Pero en este último caso la transacción no altera su índole, que no depende de la unidad ó multiplicidad de los documentos en que consta: ahora bien; en el primer caso podría impugnarse la transacción sobre el litigio *a* por el descubrimiento posterior de documentos y no se podría en el otro impugnar la misma que, sin embargo, tiene una existencia propia é independiente de la otra. ¿Es lógico todo esto? ¿Es de suponer que el legislador lo ha querido así? Creemos que no, é insistimos, por tanto, en nuestra interpretación.

En la hipótesis de un solo acto en su forma exterior, de transacción sobre varios litigios, cada uno considerado en particular, la transacción es divisible por componerse de tantas como litigios; por consiguiente, el descubrimiento posterior de documentos relativos, por ejemplo, al litigio *b*, da el derecho de impugnar la transacción relativa á dicho litigio, pero no la otra, á la cual no se refieren los documentos.

¿Cuál es la razón por la cual en caso de transacción especial se concede acción de nulidad á causa del descubrimiento posterior de documentos, de los cuales resulte la falta de derecho de una de las partes sobre el objeto de la transacción? La razón consiste en la falta de objeto de la misma. Se disputa, por ejemplo, si una declaración de deuda es válida, bien por su forma, bien por la capacidad del deudor, y se transige reduciéndola á la mitad: ahora bien; hecha la transacción, se encuentra el recibo, del cual resulta que la deuda se había ya extinguido en el momento de la transacción; ¿cuál será el efecto de este descubrimiento? Que faltando la duda sobre la validez de la deuda no puede hablarse de transacción.

Supongamos que el recibo encontrado demuestra que la deuda se satisfizo en parte; ¿es en tal caso aplicable la disposición en examen? No, teniendo en cuenta el texto y el espíritu de la ley. ¿Qué dice, en efecto, el artículo 1.777? Que el documento descubierto posteriormente será causa de nulidad cuando prueba que una de las partes no tenía *ningún derecho* sobre el objeto de la transacción: ahora bien; en la hipótesis supuesta, el documento reduce el derecho, no lo niega; luego el artículo no es aplicable. Además, el documento descubierto no esclarece la cuestión, porque no habiéndose satisfecho toda la deuda sub-

siste la duda sobre la validez de la declaración de deuda.

Ya hemos dicho que el descubrimiento posterior de documentos de que resulta la falta de derecho de una de las partes sobre el objeto de la transacción en tanto es causa de nulidad de ésta en cuanto falta el objeto. De aquí que si la posibilidad de encontrar los documentos decisivos fué prevista por las partes y transigieron sobre las consecuencias de dicho descubrimiento, la transacción tuvo su objeto, consistente en la duda de si existen ó no los documentos decisivos, lo cual basta para excluir la acción de nulidad. «Según la exacta inteligencia del art. 1.929, LL. CC. (art. 1.777 Cod. civ.), la transacción no se anula, así dice la Casación de Palermo (1) por documentos posteriores, sino cuando de éstos no se trató en la transacción; no puede ser otro el sentido de las palabras *posteriormente descubiertos;* pero si se tuvo en cuenta su existencia no se puede decir que su descubrimiento anule la transacción.»

129. Al hablar de la nulidad de la transacción sobre ejecución de título nulo, tuvimos ocasión de decir que, según los principios generales de derecho, la transacción es inexistente, y no nula, por no poder existir ninguna convención, cualquiera que sea, sin objeto; pero que el legislador, al derogar dichos principios, la considera solamente anulable desde el momento que concede la facultad renunciable de impugnar la transacción por dicho motivo. Esta nuestra observación vale también para las otras causas de nulidad derivada de la falsedad de documentos por la de cosa juzgada ó descubrimiento de documentos decisi-

(1) Decis. 25 Enero 1876.

vos, porque en estos casos, como en el de nulidad del título sobre cuya ejecución se transige, la nulidad nace de falta de objeto.

Pero es también verdad que en los casos indicados el legislador no declara la inexistencia de la transacción, sino que concede el derecho de impugnarla únicamente; lo que quiere decir que en su concepto es sólo anulable. En efecto; el legislador, en los artículos citados, se sirve indiferentemente de la expresión—la transacción se puede impugnar—y de la otra—la transacción es nula;—lo que demuestra que en su pensamiento la transacción nula equivale á la impugnable y que está muy lejos de considerarla como inexistente.

Si la transacción es anulable y no inexistente en los casos citados, el art. 1.300 será aplicable á la acción de nulidad, cualquiera que sea su causa. Dispone éste, en general, que las acciones de nulidad ó de rescisión duran cinco años en todos los casos en que la ley no les señale un término más corto. La ley no le establece en nuestro caso; luego el art. 1.300 es aplicable.

Pero ¿desde cuándo empiezan los cinco años? En los casos del párrafo anterior la nulidad nace de la falta de objeto; ahora, esta causa de nulidad que, según los principios de derecho, lo es de inexistencia, no está comprendida en el art. 1.300; ¿cómo estableceremos, pues, el punto de partida? Adviértase que las citadas causas de nulidad, en tanto hacen impugnable la transacción, en cuanto su existencia es ignorada al menos por una de las partes. Ahora bien; si, según el artículo 1.300, el término de la acción nace en caso de error desde el día en que éste se descubre respecto de la transacción, nacerá el día en que se descubran la nulidad del título, la falsedad de los documentos, etc.

130. La condición resolutoria para caso de incumplimiento, ¿se sobrentiende en la transacción? Sí, dicen unos, porque la transacción es un contrato bilateral sujeto á las reglas generales de los contratos. No, dicen otros, porque la ley asimila la transacción á la cosa juzgada, y ésta no se rescinde por incumplimiento. «Esta última doctrina, dice la Casación de Nápoles (1), no nos parece conforme á los principios de derecho. Ante todo, no es admisible que las reglas generales que regulan los contratos se consideren derogadas cuando no hay excepción explícita; por lo que si el art. 1.165 del Código entra en el número de aquéllas, proclamando ampliamente la condición resolutoria, etc., y si, en fin, no existe dicha excepción respecto á las transacciones, es imposible sustraerlas á la regla general. Pero además, es por sí el contrato sinalagmático *ultra citroque* obligatorio, por lo que por su esencia los contratantes están recíprocamente obligados á respetar el derecho del otro y á cumplir su obligación. Esto sentado, cualquiera comprende que es de esencia en el contrato que se resuelva cuando rompiéndose la igualdad entre los contratantes, faltan sus elementos esenciales; luego hablar de contrato sinalagmático y negar la resolución es contradictorio. Si la transacción tiene autoridad de cosa juzgada, no es ésta sino un verdadero contrato. Luego el legislador no transforma, sino que asimila, reputando que, en virtud de la transacción, las partes decidieron su propia causa, por lo que luego da á cada una, no la *exceptio rei judicatae*, sino otra análoga, pero distinta, la *exceptio litis per transactionem finitae*, la cual tampoco tiene valor sino entre las partes mismas. Por

(1) Decis. 21 Junio 1878.

esto es por lo que, en los demás, la transacción queda sujeta á todas las reglas ya generales, ya especiales, propias de su índole, que es la de un verdadero y genuíno contrato, no aplicándose á ella lo dispuesto para la formación, ejecución y revocación de las sentencias» (1).

Esta es también nuestra opinión, porque ya hemos dicho que si bien atribuye la ley á la transacción la autoridad de la cosa juzgada, esto se refiere á la terminación del litigio, pero no altera la índole contractual de la transacción.

Laurent, que es contrario á la condición resolutoria, es, sin embargo, de parecer que ésta puede ser puesta expresamente, por ser lícito transigir bajo condición (2). No lo negamos; pero sí diremos que si no repugna la condición resolutoria expresa á la autoridad de cosa juzgada de la transacción, tampoco la tácita. Si se puede transigir bajo condición expresa, no comprendemos por qué no se ha de poder transigir bajo condición tácita. En ambos casos, la transacción puede resolverse, y si esta resolución no contradice en un caso el principio del art. 1.772, esto es, la autoridad de cosa juzgada, ¿por qué ha de contradecirla en el otro?

(1) Cas. Roma, 4 Diciembre 1877.
(2) *Principes*, XXVII, 430.

TÍTULO IX

De la constitución de renta.

CAPITULO PRIMERO

DE LA CONSTITUCIÓN DE RENTA PERPETUA

SUMARIO: 131. Concepto.—132. Definición de la renta perpetua.—133. Del contrato de renta fondiaria nace una acción real, no personal.—134. Diferencia entre la renta fondiaria y la simple.—135. El contrato de renta debe constar en escritura.—136. La renta fondiaria puede constituirse tanto como precio de la cesión, cuanto como condición de ésta.—137. La cesión del inmueble para constituir renta transfiere el pleno dominio al cesionario.—138. Renta simple.—139. Puede constituirse por título gratuito.—140. Derecho del deudor de rescatar la renta, no obstante pacto en contrario.—141. Se puede estipular un término antes del cual no sea lícito al deudor redimir la renta.—142. *Quid* si los términos mencionados exceden la medida establecida por la ley.—143. Suma que el deudor debe pagar para redimir la renta.—144. El derecho de redención precede también en las rentas constituídas bajo leyes anteriores.—145. Rescate coactivo.—146. Si el rescate coactivo puede exigirse parcialmente por uno de los deudores de la renta.—147. Primer caso.—148. Otros casos previstos por el art. 1.785.—149. Rescate por quiebra ó insolvencia del deudor.—150. Las disposiciones relativas al rescate coactivo se aplican también á la venta á título gratuito.—151. No se aplican á

las constituídas bajo leyes anteriores.—152. Condición resolutoria expresa ó tácita.

131. No todas las cosas son por su naturaleza capaces de producir una renta ó fruto, por lo que el contrato de renta no es sino un medio que se crea por la voluntad del hombre sobre una cosa, por ejemplo, el dinero, que por sí solo es incapaz de producirla. Se puede estipular, dice el art. 1.778, una renta ó prestación anual en dinero ó frutos, mediante la cesión de un inmueble ó de un capital, que el cedente se obliga á no repetir. Cesión equivale á enajenación, puesto que en este caso el pago del capital ó la cesión del inmueble equivale al precio de la renta; luego el contrato supone de una parte enajenación de un inmueble ó capital, que puede ser en dinero ó cosas muebles, y de otra parte, el pago de una renta anual en dinero ó frutos. La renta, según el art. 1.779, se puede estipular perpetua ó vitalicia: hablemos de la primera, dejando la segunda para el capítulo siguiente.

132. La renta perpetua es de dos clases: renta predial y renta simple ó censo. ¿Cuál es la primera? La renta, dice el art. 1.780, por precio de venta ó como condición de cesión de inmuebles, bien sea á título oneroso ó gratuito, se llama renta predial. Según la definición expuesta, supone esta clase de renta, como elemento esencial, la enajenación de un inmueble; enajenación de la cual representa el precio ó la condición bajo la cual la cesión se hace. Si la cesión tuviera por objeto un derecho real inmobiliario, la renta estipulada como precio equivalente de la cesión, ¿adquiere naturaleza de renta predial? Se estipula, por ejemplo, la renuncia al derecho de servidumbre activa sobre un inmueble, cuyo propietario se obliga á pagar en com-

pensación al renunciante una renta anual, ¿puede ésta considerarse como predial? «No, dice sabiamente la Casación de Florencia (1); porque según el art. 1.780, y por la íntima naturaleza de la renta predial, el elemento esencial de la misma es la existencia de un inmueble sobre el cual se constituya, no pudiéndose concebir sin ella. Ahora, el inmueble (aun cuando á él debiera equipararse la servidumbre para los efectos del art. 1.780) faltaría en nuestro caso, porque no se trata de renta reservada como precio de una servidumbre, sino de prestación anual en compensación de la redención del fundo, y sin tener el correlativo del inmueble, porque la redención extingue y no crea, ni cede la servidumbre. Y no se añada que si la redención suprimiendo la servidumbre, considerada cual inmueble, no puede considerarse como cesión porque aumente el valor de éste. Prescindiendo de otras consideraciones, se confunde aquí un derecho real con lo que es una cualidad del fundo. La servidumbre, por lo que respecta al predio dominante *ex un jus in re aliena;* pero no puede considerarse como porción de propiedad de ésta. Deprecia el inmueble, pero no quita propiedad; luego al extinguirse restituye al inmueble su condición primitiva, sin transmisión de propiedad. Luego lo que se da como compensación de la renta no es un nuevo derecho real, sino la liberación de una carga, ó sea el beneficio de poner el inmueble *ubi optimus maximus*, y esto no puede confundirse con el mismo inmueble, ni calificarse de derecho real, á tenor del art. 415, siendo imposible que quede sujeto á la carga de la renta predial, que, como ya hemos dicho, no se concibe sin la cesión de un inmueble.»

(1) Decis. 20 Mayo 1875.

La cuestión no es puramente teórica, sino práctica, porque son distintas las reglas que deben aplicarse. Si la renta es predial el deudor puede redimirla, y podría ser obligado á ello por el deudor en los casos del art. 1.785, pero no tratándose de renta predial ni simple por no haberse desembolsado capital, no son aplicables las rentas relativas al rescate voluntario ni forzoso.

133. La renta predial ¿constituye en el Código patrio un derecho real ó personal? En otro tiempo constituyó un derecho real. Crecieron y se desarrollaron cuando se prohibió la usura, especialmente á los sacerdotes, á los cuales prohibían los cánones prestar dinero á interés. Por una parte, la abundancia de dinero sin colocación, atendido el carácter de sus propietarios, ajenos al comercio, y por otra la imposibilidad de prestarlo con interés, hicieron que se recurriese al expediente de emplearlo en la constitución de rentas prediales. Suprimidas las leyes contra la usura, falta la razón que puso de moda las rentas prediales. Pero si la razón de ser del contrato ha desaparecido, ¿por qué le mantiene el Código? Porque ha entrado en las costumbres y no ha desaparecido aún; por consiguiente, el legislador ha hecho bien en regularlo de un modo más en armonía con la índole de los tiempos, haciendo que nazca de él una acción personal y no real, salvo la hipotecaria contra el tercero detentador del inmueble.

Esta doctrina resulta del conjunto de los artículos que regulan la materia. En efecto; el 1.780 considera la renta predial como precio del inmueble cedido; pero el precio está representado por un crédito y da lugar á una acción personal y no real; luego el que constituye á su favor una renta predial, tiene una acción per-

sonal contra el deudor de la misma y contra sus herederos, pero no adquiere ningún derecho real sobre el inmueble, salvo el de hipoteca si se constituyese. Además, el art. 418 declara bienes muebles las rentas vitalicias ó perpetuas á cargo del Estado ó de los particulares: ahora bien; si aquel á favor del cual se constituye la renta, no tuviese derecho de crédito contra quien la enajena, sino un derecho real sobre el inmueble, ¿cómo enumeraría el legislador este derecho entre los bienes muebles?

Naciendo de la renta predial un derecho personal de crédito á favor del estipulante, la acción no podrá dirigirse más que contra quien contrajo la obligación de pagar la renta ó contra sus herederos, nunca contra el tercero poseedor del inmueble, sobre el cual la renta se constituyó. Este, como todo otro poseedor de la finca hipotecada en garantía de un crédito, no tiene otra obligación sino la que nace de la hipoteca.

Al hablar el legislador, en el art. 1.782, de la renta simple ó censo, dice que debe ser asegurada con hipoteca especial sobre un fundo determinado, y esta disposición no la repite á propósito de la renta predial; ¿debe de aquí deducirse que ésta conserva su carácter aun cuando no esté garantida con hipoteca del inmueble sobre que se constituye? La disposición legal que no encontramos en el título relativo á la constitución de renta, se encuentra en el de la hipoteca, leyéndose en el art. 1.969 que la hipoteca legal corresponde al vendedor ú otro enajenante sobre el inmueble enajenado, por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto de enajenación. Ahora bien; el que constituye una renta predial, ¿no enajena por ventura, el inmueble sobre el cual se constituye á favor de quien se obliga á pagar la renta? Y la prestación de

la renta, ¿no es acaso una obligación derivada del acto de enajenación? No era, pues, necesario que la ley impusiese como condición del contrato de constitución de renta predial, la hipoteca voluntaria en garantía de la prestación desde el momento en que tal hipoteca corresponde independientemente de toda prestación en virtud de la ley misma.

134. No naciendo de la constitución de renta predial más que un derecho personal de crédito, no existe una diferencia esencial entre dicha renta y la simple ó censo. Difieren en el modo de constituirse, en cuanto la predial se constituye mediante la cesión de un inmueble, y la simple mediante el pago de un capital que el estipulante no puede repetir, pero en su esencia se identifican; porque ambas dan origen á un derecho personal de crédito, en ambas la obligación del deudor está garantida con hipoteca, y en ambas el deudor de la renta puede redimirla. Si hay diferencia, está más en sus consecuencias que en los elementos constitutivos. Y las diferencias consisten en el distinto criterio con que se procede á la redención de las dos rentas, y en el término en que se puede impedir al deudor de la renta hacer el rescate; más largo, en la predial, más breve en la simple. En el resto, y salvo la diferencia en su modo de constitución, se rigen por reglas comunes.

135. El contrato de constitución de renta, sea perpetua ó vitalicia, debe hacerse por escrito, según dispone el art. 1.314. No repetiremos aquí lo dicho al hablar del documento escrito; por consiguiente, refiriéndonos á lo allí expuesto, afirmaremos que el contrato de constitución de renta no existe jurídicamente si no consta en escritura.

¿Se puede adquirir la renta por prescripción? El que

por más de treinta años percibió anualmente una prestación, ¿ha adquirido el derecho para el porvenir sin que se le pueda oponer el de defecto de título? El artículo 2.135 dispone, en general, que todas las acciones, reales y personales, prescriben con el transcurso de treinta años, sin que pueda oponerse en contrario la falta de título ó de buena fe; este artículo no distingue entre prescripción adquisitiva por prescripción. Pero este razonamiento tiene su lado endeble. El contrato de renta no da origen á ningún derecho ó acción real, aunque se trate de renta predial; luego preguntar si la renta se puede adquirir por prescripción, equivale á preguntar si por efecto de la prescripción puede adquirirse un derecho de crédito. Por tanto, hay que dar una misma respuesta á las dos preguntas.

Ahora bien; creemos que por medio de la prescripción no puede adquirirse un derecho de crédito. El artículo 2.106, relativo á la prescripción adquisitiva, dispone que para adquirir mediante la prescripción es necesaria una posesión legítima. Ahora bien; aunque el goce de un derecho pueda constituir objeto de posesión, sin embargo, la posesión de un derecho de crédito ¿no es una posesión mantenible, y no puede conducir á la prescripción? Si esta clase de posesión no tiene ante la ley valor para ser conservada por aquellos medios especiales con los cuales toda otra posesión se conserva, ¿cómo ha de producir prescripción?

136. La renta predial, según el art. 1.780, puede constituirse tanto como precio del inmueble cedido, que como condición de la cesión. Si, por ejemplo, te vendo el inmueble A quedando tú obligado á pagar una renta de mil liras, la renta constituida represen-

ta el precio de la enajenación; si, por el contrario, se asigna al fundo un precio de veinte mil liras, pero se conviene que el adquirente, en lugar de pagar el precio convenido, tenga que prestar una renta anual de mil liras, tendremos una renta predial constituída como condición de la cesión del inmueble. En ambos casos tendremos renta predial según la disposición de la ley. «Con arreglo al art. 1.780, dice la Casación de Turín (1), es renta predial, no sólo la establecida por precio de enajenación, sino también la convenida como condición de cesión de inmuebles. Tendremos, pues, una renta predial tanto en el caso en que no se ha pactado como precio del inmueble ningún precio determinado y la compensación se haya hecho únicamente consistir en la obligación de pagar la anualidad pactada, cuanto en el caso en que el precio del inmueble haya sido determinado en una suma concreta pero á condición que la venta se haya convertido en una renta. Por consiguiente, el Tribunal de Apelación, que excluye la renta predial porque el precio de los inmuebles vendidos no se había concretado, sin indagar si su conversión en una renta anual es efecto de condición especial que deba regular la venta como si fuese uno solo y no dos los modos de constituir la renta predial, interpretó falsamente la ley.»

La hipótesis en que por precio de la cesión se haya pactado una renta anual, sin especificar la cuantía del precio ó valor atribuído al inmueble cedido, no presenta dificultad alguna, estando demostrada la intención de las partes de constituir una renta predial. Pero en la otra hipótesis, en que se establece un precio determinado por el inmueble cedido, y este precio

(1) Decis. 20 Marzo 1872.

luego se convierte en renta, ¿puede surgir duda sobre la intención de las partes? En efecto; los contratantes, desde el momento que establecen el precio, pueden haber formado la intención de convertirle en renta, es decir, que el cedente puede haber querido no exigirle y disfrutar la renta en su lugar, y el adquirente puede haber querido no pagarlo y prestar á su vez la renta anual; en este caso, es cierto que la constitución de la renta se ha considerado por los contratantes como condición de la cesión, sin la cual el enajenante no habría cedido su fundo y el comprador no le habría adquirido; por consiguiente, no hay duda que la renta es predial con arreglo al art. 1.786. Pero supongamos que las partes hubieran al principio formado la intención, la una de exigir el precio convenido y la otra de pagarlo, y que después hubiesen sustituído á la obligación de pagar el precio la de pagar una renta anual; la renta, en este caso, es predial, porque se ha constituído merced á la cesión del capital representado por el precio, y no ya como condición de la cesión del inmueble. En efecto; si el vendedor, después de haber recibido el precio, lo restituye al comprador en compensación de su obligación de pagar una renta anual, ésta, ciertamente, será renta simple ó censo no predial como constituída mediante el pago de un capital no repetible: ahora bien; si el vendedor en lugar de percibir el precio del comprador para restituirlo después, lo deja en sus manos sustituyendo á la obligación de pagarlo la de prestar una renta anual, la esencia de la cosa es la misma; por lo que si la renta es simple en el primer caso, lo será también en el segundo. Pero ¿debemos deducir de esto que el legislador considera la renta como predial, aun cuando la intención de las partes fuese la de constituir una renta simple?

La cuestión está mal propuesta en estos términos, porque la voluntad de las partes es ley para ellos, y el legislador no pretende sustituir una voluntad distinta á la manifestada por las partes; ¿cómo debe, pues, proponerse la cuestión? La duda, en este caso, no se refiere al precepto legal que ha de aplicarse cuando la voluntad de los contratantes es clara, sino á la interpretación de esta voluntad; luego la cuestión debe proponerse de modo que responda á la duda que el caso despierte, y debe, por tanto, preguntarse, si determinado el precio de la venta por las partes, se debe suponer que desde el principio tuvieron el pensamiento de convertirlo en renta, haciendo de ella una condición de la enajenación, ó si quisieron sustituir á la primitiva obligación de pagar el precio la de pagar una renta anual, dando así lugar á la novación. En otros términos: ¿existe una presunción legal á favor de esta novación, ó por el contrario, existe la presunción legal que la excluye? Propuesta así la cuestión, es fácil de resolver. La ley considera predial la renta constituída, aun en el caso en que se establezca un precio cierto y determinado. Esta no sólo lo evidencia el art. 1.788, en que se dice que es también predial la renta constituída como condición de la cesión de un inmueble, sino que resulta de modo más claro del artículo 1.784, en el cual, queriéndose establecer el criterio para determinar lo que debe el deudor en el caso en que quiera redimir la renta predial, se considera el caso de que se haya fijado un capital, esto es, que se haya establecido el precio de la cesión. Luego el legislador no sólo no presume la novación, sino que la excluye, presumiendo lo contrario, esto es, que no obstante la fijación del precio, la intención de las partes fué considerar la constitución de la renta como

condición de la cesión. Pero tal presunción, ¿excluye la prueba en contrario? No; pero pone el cargo de la prueba á cargo de quien la combate. En otros términos: dada la determinación del precio de la cesión, la renta constituída se considera igualmente predial como si no se hubiese determinado precio; pero la parte interesada puede probar que los contratantes quisieron hacer una novación al constituir la renta, esto es, que quisieron sustituir á la primitiva obligación de pagar el precio la de pagar una prestación anual; y suministrada esta prueba, el magistrado considerará la renta como simple y no como predial.

137. La cesión de inmuebles hecha para constituir una renta, transmite al cesionario, según el art. 1.781, el pleno dominio, no obstante cláusula en contrario. Esta disposición confirma el principio sentado por nosotros de que de la renta predial no surge ningún derecho real á favor del estipulante, sino sólo un derecho personal de crédito contra el que se obligó á prestarla. En efecto; aquel que quiere constituir una renta predial, transmite al cesionario, según la ley, el pleno dominio del inmueble cedido; luego ninguna parte ó fracción de propiedad puede reservarse contra el cesionario. Y este pleno dominio, siempre según la ley, se transfiere al cesionario, no obstante cualquier demanda contraria; lo que quiere decir que, aun reservándose el que constituye la renta parte del fundo, esta cláusula es nula, y no impide la adquisición del pleno dominio por parte del cesionario. De aquí que tal cláusula no anule el contrato, pues la ley la considera como no escrita. Este principio, ¿es aplicable siempre, aun cuando resulte que el constituyente hiciera de dicha cláusula una *conditio sine qua non* del

contrato? Creemos que no, porque en el caso en que las partes hubieran consentido bajo condición de una reserva de dominio, el consentimiento falta cuando falta la estipulación, y no puede considerarse que la ley considera válido el contrato que carece de consentimiento. A nuestro juicio, la ley en tanto considera como no escrita la cláusula en cuanto presume que no se quiso hacer de ella una *conditio sine qua non* del consentimiento prestado; pero esta presunción admite prueba en contrario; pone la prueba á cargo de quien quiere combatirla, y, conseguido el objeto de ésta, ó sea, demostrada la intención de las partes de no consentir sin la reserva de una parte del dominio, el juez declarará que no hubo contrato.

La cesión del inmueble para constitución de una renta anual puede hacerse, según el art. 1.780, tanto á título oneroso como gratuito. Si el inmueble se cedió á título gratuito, la donación debe considerarse *cum onere* ó con gravamen (caso previsto por el art. 1.077, núm. 3); porque al donatario se le impone la condición de una prestación anual á favor del donante. Pero como esta carga se impone también en el caso de cesión á título oneroso, para juzgar si la cesión es gratuita ú onerosa es necesario comparar la renta estipulada con la que el fundo puede producir, y considerar la cesión á título gratuito cuando aquélla sea notablemente inferior á ésta.

La cesión, según el segundo párrafo del art. 1.781, hecha á título oneroso, está sujeta á las reglas establecidas para el contrato de venta; si se hace á título gratuito, lo estará á las de la donación. La constitución de renta predial, pues, implica un contrato de venta, ó bien una donación. En el primer caso será rescindida por lesión; en el segundo, deberá constar en

documento público, y estará sujeta á reclamación si excede de la parte disponible.

138. La renta constituída mediante un capital (1.782) se llama simple ó censo, y debe ser asegurada con hipoteca especial sobre un fundo determinado, de lo contrario, el capital será reivindicable. La renta simple se distingue de la predial por su constitución. En la predial, el correlativo es la cesión del inmueble; en la simple, el pago de un capital. La predial está asegurada mediante hipoteca que la ley concede al enajenante en garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de cesión, y en la simple debe ser asegurada por hipoteca voluntaria, de lo contrario, el capital es reivindicable. El serlo en el caso de renta no garantida con hipoteca, implica que el contrato, antes que de renta, debe ser calificado de préstamo con interés, por ser tal la convención en que se da un capital con obligación de restituirle y pagar los intereses pactados durante el término concedido para la restitución; por consiguiente, en esta hipótesis, el contrato se rige por las reglas del préstamo con interés.

El aseguramiento de la renta simple, mediante hipoteca especial, ¿implica que ésta debe ser constituída sobre lo que es capaz de producción y puede dar una renta? Alguien lo ha creído así, observando que la renta, en tanto puede considerarse asegurada, en cuanto el fundo hipotecado es fructífero. Nosotros no creemos que la expresión de la ley implique esta consecuencia, porque tanto significa decir—renta asegurada con hipoteca—como decir—renta garantida con hipoteca—. Y como si se hubiera empleado esta última frase nadie hubiera pensado sostener que el fundo hipotecado debiese ser fructífero, no puede tampoco sos-

tenerse habiéndose servido el legislador de una expresión equivalente. Por otra parte, si la renta predial puede ser constituída mediante la cesión de un inmueble no fructífero, porque la ley no exige que lo sea, no se comprende por qué la renta simple no pueda ser garantida ó asegurada con hipoteca sobre un fundo que no produzca frutos.

La hipoteca en garantía de una renta simple, ¿puede concederse sobre un derecho de usufructo, impidiendo así que el capital desembolsado sea reivindicable? Parecería que no, porque el artículo en examen habla de hipoteca sobre un fundo determinado y no de hipoteca sobre un derecho inmobiliario, cual es el de usufructo. Pero aparte de que teniendo el derecho de usufructo por objeto un inmueble, también la hipoteca constituída sobre el mismo afecta á un fundo determinado, la hipoteca del usufructo es una garantía igual á la de la hipoteca constituída sobre el dominio pleno, puesto que al valuar la garantía que se ofrece, las partes tendrán en cuenta el menor valor del usufructo en comparación con el del pleno dominio, si el derecho de usufructo no estuviese separado del de propiedad. Es verdad que cesado el usufructo la hipoteca se extingue y falta la garantía para que el censo se convierta en un préstamo á interés, pero también lo es que en virtud del art. 1.785, el deudor está obligado á dar otra fianza cuando se extingue la dada; por consiguiente, basta que la hipoteca se conceda en el acto de constitución de renta, para que, cesando el usufructo sobre el cual está constituída, tenga el acreedor el derecho á exigir otra garantía hipotecaria.

139. ¿Puede constituirse la renta simple á título gratuito? El artículo en examen dice que la renta simple debe constituirse mediante un capital. Ahora

bien; ésta es la constituída á título oneroso y parece que no puede constituirse á título gratuito. Pero si el legislador, en el art. 1.782, trata sólo del caso en que la renta simple se constituye á título oneroso, ¿es legítima aquella consecuencia? No, porque no hay razón para impedir que una de las partes se obligue con la otra á pagarla una renta anual sin recibir alguna cosa en compensación de esta obligación. La renta predial, según el art. 1.781, y la vitalicia, según el 1.790, pueden ser á título gratuito: ¿por qué no la simple? ¿Dónde está la prohibición? No sólo no existe, sino que el art. 1.788 dice que las disposiciones contenidas en algunos artículos precedentes allí citados son aplicables á toda prestación perpetua constituída por cualquier título, aun por última voluntad. Si los artículos anteriores, pues, no se refieren á la renta simple gratuita, ésta, como toda otra constitución de renta perpetua, está prevista en el art. 1.788, lo cual basta para suponer que el legislador considera simple también la que se constituye á título gratuito.

Constituyéndose, sin embargo, la renta simple á título gratuito, ¿es aplicable la disposición contenida en el art. 1.782, de que la renta debe asegurarse con hipoteca especial sobre un inmueble determinado? Este artículo supone el desembolso de un capital por quien constituye la renta; luego exige una garantía hipotecaria; pero ¿por qué exige tal garantía? Porque sin ella el capital desembolsado es reivindicable, y el contrato adquiere el carácter de préstamo á interés. Ahora bien; cuando la renta simple se constituye á título gratuito, el contrato es una verdadera donación, cuyo objetivo consiste en la renta anual, y no es posible que la donación por falta de hipoteca se convierta en préstamo con interés; no siendo esto posible, falta la razón

para extender á este caso la disposición legal relativa á otro caso. Al hablar el legislador en el art. 1.781 de la renta predial gratuita, dice que está sujeta á las reglas de las donaciones, y no hay razón para que no esté sujeta á las mismas la renta simple gratuita. Entre estas reglas está la del art. 1.073, según la cual el donante no está obligado á prestar al donatario ninguna garantía; luego será aplicable á nuestro caso, y conservando, por tanto, sus caracteres la donación, aun cuando el donante no haya dado ninguna garantía al donatario, la renta simple gratuita subsiste tal, á pesar de no haber hipoteca especial sobre un inmueble determinado.

140. La renta, sea predial ó simple, es esencialmente redimible, según el art. 1.873, á voluntad del deudor, no obstante pacto en contrario. Un vínculo impuesto á perpetuidad no puede menos de constituir un obstáculo al movimiento de la propiedad, por lo que la redención es de interés general; y he aquí por qué el artículo en examen dispone que el deudor podrá siempre, no obstante pacto en contrario, redimir la renta, considerándose éste como no escrito.

Esta facultad, ¿es divisible ó indivisible? La prestación anual, ya consista en dinero ó en frutos, es indudablemente divisible; por lo que si el deudor deja varios herederos, cada uno de ellos no estará obligado por la totalidad con el acreedor de la renta, sino como respecto de cualquier otra deuda del *de cujus*, por una porción correspondiente á su cuota. Supongamos que un heredero quiere proceder á la redención de la renta: ¿deberá ponerse de acuerdo con los demás herederos y rescatar, unidos, toda la renta, ó tendrá derecho á realizar el rescate por su sola porción?

Si la renta, observa Laurent (1), es divisible, también lo es el derecho de rescatarla; por lo que si el heredero es deudor de una parte de la renta, no puede negársele el derecho de rescatar la parte que está á su cargo. Creemos que de la divisibilidad de la renta no se deduce la divisibilidad del derecho de redención. Si se considera la cosa en sí misma, ciertamente el derecho de redención es divisible, en cuanto á tal derecho corresponde la obligación de pagar una suma determinada que es divisible; pero sabemos que la obligación divisible por sí, se hace indivisible, teniendo en cuenta el modo como ha sido considerada por las partes; luego es preciso examinar su intención. Y no se oponga que el derecho al rescate depende de la ley, háyanle ó no querido las partes, porque todo lo que dispone la ley se entiende aceptado tácitamente por las partes. Ahora bien; la constitución de renta por parte de quien la estipula tiene un solo objeto indivisible, cual es el de asegurar á éste un modo de emplear su propio capital. Y decimos que este objeto es indivisible, en cuanto su forma de empleo se acepta por la totalidad del capital considerado como unidad, no ya para cada parte de él, de suerte que en tanto se consiente la forma de empleo del capital en cuanto se extiende á todo él.

Ahora bien; si todo el capital desembolsado se ha querido emplear en la renta, el capital, ó debe subsistir en su empleo, según el contrato, ó debe ser retirado todo. De lo contrario, se obligaría al acreedor á realizar un acto contrario á la voluntad manifestada tácitamente en el contrato, á tener empleada en renta una parte de su capital y á emplear la otra en cosa

(1) *Principes*, XXVII, 13.

distinta. Si todos los coherederos del deudor, pues, se ponen de acuerdo, uno de ellos no puede realizar la redención de su parte de renta.

141. Aunque la renta sea esencialmente redimible á voluntad del deudor, puede, sin embargo, estipularse, según el art. 1.783, que la redención no se realiza durante la vida del cedente ó antes de un plazo determinado, que en las rentas prediales no puede exceder de treinta años y en las demás de diez. Es esta una disposición que concilia los intereses que exigen la facultad de redimir las cargas perpetuas con los intereses particulares del que constituye la renta. Dado que no pudiese ponerse ninguna limitación al derecho de rescate correspondiente al deudor, éste podría redimir la renta al día siguiente de su constitución, obligando así al acreedor á buscar otro empleo á su capital, lo que dificultaría el contrato. Es racional, pues, que se limite dicha facultad. El legislador permite, al que constituye la renta, que asegure durante su vida el empleo de su capital, por lo que reconoce la validez del pacto que prohibe redimir durante la vida del constituyente. Si éste no quiere plazo tan largo, puede pactar, tratándose de renta predial, que el deudor no la rescate antes de treinta años, y tratándose de renta simple, de diez.

Puede también estipularse, según el mismo artículo 1.783, que el deudor no efectúe el rescate sin previo aviso al acreedor, dado un término desde este aviso que no puede exceder de un año. Trátase aquí de otro plazo distinto del anterior. El primero se refiere al ejercicio del derecho de rescate; el segundo tiene por objeto advertir al acreedor del rescate que quiere efectuarse antes de cumplirse el término, para que provea al empleo del capital, y este término no puede ser mayor de un año.

¿Pueden ambos correr simultáneamente? Suponga-mos el pacto de no poderse redimir la renta simple antes de diez y ocho años con el previo aviso al acreedor un año antes; al noveno año, ¿puede el deudor avisar al acreedor que procederá á la redención al cumplirse el decenio, ó es necesario que éste se cumpla para dar tal aviso? Creemos que no es necesario, porque de lo contrario se alargaría el término impuesto por la ley. En efecto; en el caso supuesto la redención no podría efectuarse antes de transcurrir el undécimo año. Por otra parte, la índole y objeto de ambos términos es tal, que consiente que puedan correr simultáneamente. En efecto; el uno tiene por objeto impedir al deudor el ejercicio del derecho de rescate: ahora bien; si el deudor, antes de que haya transcurrido el término dentro del cual se prohibe rescatar, declara que, transcurrido dicho término, procederá al rescate, ¿infringe el contrato? No; porque una cosa es declarar que se va á redimir y otra redimir, y mientras el deudor se limita á declarar que va á redimir no infringe pacto alguno. El otro término tiene por objeto que no surja de improviso la redención, poniendo al acreedor en situación de no poder dar empleo á la suma desembolsada; y este objeto se consigue, tanto en el caso en que el previo aviso se dé después de transcurrido el término de redención, cuanto en el caso que se dé antes que este término haya transcurrido. ¿Por qué, pues, impedir al deudor que proceda al rescate antes de expirar el término de la prohibición habiendo advertido en el término establecido por el contrato ó por la ley la intención de redimir?

Hecha por el deudor la declaración de redimir, queda ligado por la misma, de modo que si se arrepintiese el acreedor, ¿podría obligarle á la redención?

La obligación de redimir en este caso no puede depender más que de una convención y ésta no existe sin el concurso de dos voluntades. La sola declaración de redimir no constituye convención; luego por ella no puede considerarse el deudor obligado. Pero si medió el consentimiento ó la aceptación del acreedor hay contrato y el deudor queda obligado.

142. Siempre que se hayan estipulado términos más amplios, dispone la última parte del art. 1.783, se reducirán á los establecidos. La cláusula, pues, que prohibe al deudor redimir la renta por un plazo mayor del legal y la del previo aviso por más tiempo de un año antes de la redención, no tienen ningún valor.

El término convenido para el previo aviso mayor del legal, ¿está sujeto á reducción cuando ninguna prohibición se haya hecho al deudor sobre el rescate de la renta, ó bien cuando el término á que la prohibición se extiende es menor del consentido por la ley, de modo que, sumados ambos, no excedan de los treinta ó de los diez, según los casos? Pongamos un ejemplo. Constituída una renta simple, se pacta que el deudor no pueda redimirla antes de dos años, y que queriendo redimir deba avisar dos años antes: este término último, ¿se reducirá á un año, según el artículo en examen? Sí; porque los dos términos son distintos, y la reducción del uno, si excede la medida legal, no está subordinado por el legislador á la condición de que el otro haya sido aprovechado en su totalidad por el que constituya la renta. Es lo cierto que, dándose el aviso por necesidad dos años antes, el rescate tiene también lugar dentro del otro término; pero esto, ¿qué importa? Aun cuando se pactase para la prohibición del rescate todo el término consentido por la ley, la redención, no obstante el previo aviso de dos

años, se podría igualmente realizar al expirar dicho término, porque, como hemos demostrado, se puede dar el previo aviso antes de expirar dicho término. Luego el argumento, por probar mucho, no prueba nada. Por otra parte, aunque el derecho del deudor de rescatar no se extienda más allá del término legal, es siempre verdad que la obligación de avisar al acreedor dos años antes constituye para él un obstáculo mayor que el que nace del aviso que puede dar un año antes, y precisamente el legislador quiere evitar este mayor obstáculo, para facilitar la redención reduciendo el pacto del previo aviso.

143. ¿Qué suma debe desembolsar el deudor para proceder á la redención? El rescate de la renta simple, dispone el art. 1.784, se verifica mediante el reembolso del capital en dinero, pagado por la constitución de dicha renta, y el de una renta predial mediante el pago de un capital en metálico, correspondiente á la renta anual sobre la base del interés legal, ó al valor de la dicha renta si es en frutos, sobre la base del precio medio de éstos en los últimos diez años, siempre que no se haya fijado en el contrato un capital inferior. En este caso, el deudor se redimirá con el pago del capital fijado.

Cuando la renta es simple, se desembolsa un capital para su adquisición y un capital determinado; por lo que es justo al liberarse el deudor restituya la suma que recibió. Supongamos que la renta es gratuita; ¿es redimible, y, en caso afirmativo, con qué criterio?

Que es redimible al par que la onerosa, no puede ponerse en duda desde el momento en que el legislador lo quiere así. En efecto; en el art. 1.788 se lee que la disposición del 1.874, que es la de que tratamos, se aplica á toda anualidad perpetua constituída por cual-

quier título; luego es aplicable también á la simple gratuita. Pero ¿cómo se procederá á la redención? La restitución del capital recibido por el deudor en compensación de la renta no es posible, porque el deudor no lo ha recibido; luego, ¿qué dará para eximirse de la obligación? El legislador ha previsto el caso más frecuente, cual es la constitución de renta á título oneroso, y ha dictado reglas relativas á ésta para la redención; pero de su silencio, respecto de otros casos, no puede deducirse la consecuencia de que no se pueda proveer de otro modo. El art. 3.° de las preliminares dispone que, cuando una controversia no pueda decidirse con una disposición determinada de la ley, se acudirá á las que regulen casos análogos. Ahora bien; el caso análogo está aquí en la reducción de la renta predial mediante el pago de un capital en dinero, correspondiente á la renta, sobre la base del interés legal; por consiguiente, el donante que quiere redimir, pagará al donatario una suma que represente la renta capitalizada al cinco por ciento.

Si se trata de renta predial, la redención se hará teniendo en cuenta el valor de la renta capitalizada y no la compensación prestada por el que la constituye; ¿por qué? Aunque al enajenar el fundo para constituir una renta se haya asegurado un precio ó fijado un capital, sin embargo, el capital fijado no es el correlativo de la renta, suponiéndose que la determinación de precio se hizo sólo con el objeto de tener un criterio para fijar la cuantía de la renta anual y no para que el precio señalado al inmueble sea el correlativo de la renta. El correlativo de ésta consiste en el inmueble dado al deudor; por lo que sería preciso atender á su valor real al tiempo de constituirse la renta, para establecer el correlativo de ésta. No siendo esto

posible, especialmente en los casos que más frecuentes son, como aquellos en que la redención se efectúa mucho tiempo después de constituirse la renta, el legislador se ha acogido al criterio del valor mismo de la renta capitalizada. En el solo caso en que el capital fijado en el contrato es inferior al que resulta de capitalizar la renta sobre la base del interés legal, el deudor tiene la facultad de pagarlo para liberar de la prestación anual. Aunque esta excepción no sea muy lógica, está justificada, sin embargo, por el interés general, que exige se le facilite al deudor el camino para liberarse de la prestación perpetua.

Pero el capital puede ser fijado en el acto y como precio atribuído al inmueble cedido y como una suma á pagar en caso de rescate. Supongamos cedido un inmueble por mil liras de renta, con pacto de que en caso de redención, pague el deudor mil liras; ¿está obligado, en caso de redención, á pagar tal suma, ó puede verificar el rescate pagando la suma correspondiente á la renta anual, sobre la base del interés legal? La ley habla de capital fijado en el acto, sin distinguir entre el fijado como precio de cesión del inmueble y el fijado como precio de redención; luego no distinguiendo la ley, no puede hacerlo el intérprete. Además, el legislador, en tanto no impone al deudor de la renta predial que pague por el rescate de ésta el capital fijado en el acto si supera al que se obtiene capitalizando la renta al 5 por 100, en cuanto quiere facilitar el ejercicio del derecho de redención, que quedaría paralizado si el deudor, para ejercitarle, tuviese que pagar una suma superior al valor ordinario de la renta: ahora bien; si el pacto de pagar por la redención una suma determinada debiese valer siempre, aun cuando ésta fuese superior á la legal, no se

conseguiría el fin de dicha disposición; por lo que, cualquiera que sea la razón por la que se fijó el capital en el acto de constitución de la renta, la disposición del art. 1.874 es siempre aplicable.

Cuando la renta anual no se pactó en dinero, sino en frutos, su valor se determinará teniendo en cuenta el precio medio de los frutos en los últimos diez años. También se tendrá en cuenta este dato aun cuando se proceda á la redención antes de los diez años de la constitución de la renta; porque la ley no preceptúa que los diez años sean los que dure el contrato. Además, haya durado éste diez años ó no, esto no influye en la determinación del valor de los frutos; por lo que el art. 1.784 será siempre aplicable.

144. El derecho de redención, en virtud del art. 30 de los transitorios, corresponde, aun respecto de las rentas constituídas bajo el imperio de leyes anteriores; la redención se hará del modo establecido en el art. 1.874, no obstante pacto en contrario, y añade el mismo art. 30, salvo las convenciones originarias de liberación más favorables al deudor. Si la convención, pues, establece una forma de liberación más favorable al deudor que el establecido en el art. 1.874, la convención conserva su eficacia, no obstante la publicación del Código, como es válida una convención de tal género bajo el Código mismo; pero si el modo establecido por el pacto es más oneroso, no tendrá eficacia después del Código, y el deudor podrá redimir conforme á éste.

Pero ¿y si la ley precedente fuese más favorable al deudor? No vacilamos en afirmar que la redención se hará conforme á la ley más favorable, por extenderse al caso el art. 30. Este, en efecto, deja á salvo las convenciones que favorecen al deudor; cuando las partes

guardaron silencio sobre algún extremo del contrato, se refieren implícitamente á la ley; de modo que ésta integra el contrato y constituye una cláusula sobrentendida. Ahora bien; el pacto tácito es igualmente válido que el expreso; luego habiendo sido aceptado por las partes, con su silencio, lo preceptuado por la ley al tiempo del contrato, esta tácita voluntad no puede menos de constituir la convención que el artículo 30 deja á salvo.

«No se oponga, dice la Apelación de Florencia (1), que el art. 30, al disponer que las antiguas rentas simples ó prediales son redimibles con las normas establecidas en el art. 1.874 del nuevo Código, haya abolido necesariamente las leyes precedentes que establecían un modo distinto de redimir, dado que si este argumento hubiese sido de grave peso ante los términos absolutos y preceptivos, en los cuales estaba concebido el primitivo proyecto ministerial en que se leía: «Las rentas constituídas bajo las leyes anteriores estarán sujetas á redención, según las reglas establecidas en el nuevo Código», dejaba de ser válido, una vez sustituída á esta redacción la siguiente, bastante distinta: «Será facultad de los enfiteutas de rentas simples ó prediales, constituídas bajo leyes anteriores, la redención del fundo ó el rescate de la renta, según las reglas establecidas respectivamente en los artículos 1.564 y 1.784 del nuevo Código.» El legislador, al conceder á los poseedores de bienes inmuebles la facultad de redimir las anunciadas cargas con las reglas de dichos artículos, no pudo tratar de concederla sino á aquellos que por las leyes precedentes ó no habían estipulado el derecho de redención, ó habiéndolo

(1) Decis. 6 Agosto 1866.

estipulado no podían ejercitarlo sino de un modo más gravoso del marcado por el Código; porque hubiera sido inútil conceder una facultad completamente de favor á quien ya la poseía por la ley; como sería absurdo concederla para que se ejerciera de un modo determinado, siendo así que podía ya ejercitarse de un modo menos gravoso.»

145. Si el deudor puede redimir la renta, no obstante pacto en contrario, ¿puede ser en algún caso obligado por el acreedor á que redima? El art. 1.785 declara que el deudor puede ser obligado al rescate de la renta en los casos expresados en el contrato, y en los que el mismo artículo y el siguiente indican. No nos ocupamos de los casos de redención coactiva que pueden ser determinados en el contrato, puesto que dependen de la voluntad de los contratantes, y no pueden establecerse *a priori;* hablemos de la redención coactiva por disposición legal.

La disposición de la ley, indicativa de los casos en los cuales el deudor de la renta puede ser obligado por el acreedor á redimirla, ¿se aplica sólo cuando las partes guardaron silencio respecto de los casos previstos por el legislador, ó también cuando estos casos se hayan considerado por los contratantes y han resuelto sobre ellos? El sentido de la primera disposición del art. 1.785, es que habrá lugar al rescate coactivo en los casos expresados en el contrato y en los que indica la ley. La expresión—puede—indica facultad, que puede usarse ó no; luego no hay duda que no tratándose de un interés general, puede renunciarse. Si, pues, el contrato declara que en los casos previstos por la ley, ó en alguno de ellos, el deudor no pueda ser obligado á rescatar, no hay razón para quitar efecto á esta cláusula. En otros términos: es cosa que sólo

interesa á las partes, y que pueden regularla á su modo, pudiendo ser más severos ó más indulgentes que la ley.

En varios de los casos enumerados en el art. 1.785, el rescate coactivo tiene lugar por incumplimiento de las obligaciones del deudor; en tales casos, ¿equivale á la resolución por condición resolutoria tácita? No; porque el efecto de la condición resolutoria es volver las cosas á su primitivo estado, y considerar el contrato como no efectuado. Ahora bien; el rescate hace cesar la renta, pone fin á la obligación del deudor, pero no impide que ésta haya existido anteriormente; luego no puede confundirse con la resolución por incumplimiento. Tanto es esto verdad, que la redención deja subsistente la obligación del deudor por el tiempo anterior al mismo, estando obligado al pago de las rentas atrasadas; pero si la redención equivaliese á la resolución, las rentas atrasadas se considerarían como indebidas.

Aun prescindiendo de tal consideración, hay otra no menos eficaz. La condición resolutoria, por incumplimiento, se sobrentiende sólo en los contratos bilaterales, no en los unilaterales. La constitución de renta, ¿es un contrato bilateral? No; luego la redención coactiva que se refiere á toda clase de renta no puede equivaler á la resolución, á tenor del art. 1.165. La renta predial es esencialmente bilateral, porque equivale á enajenación como enajenativa; pero ¿puede decirse lo mismo de la simple? No; porque de ella no surge más obligación que la de un derecho de crédito, y éste es sólo unilateral, porque obliga al deudor, no al acreedor. Es verdad que el constituyente paga un capital para obtener la renta, pero la obligación del deudor surge después de haberse pagado el capital, y quien lo

pagó no está obligado á nada; luego es claro que la constitución de renta simple es un contrato unilateral. Ahora bien; la redención coactiva tiene lugar también respecto de la renta simple, y si implicase la resolución del contrato por efecto de la resolutoria de que habla el art. 1.165, ¿cómo podría aplicarse á la renta simple, cuya constitución es un contrato unilateral?

El art. 1.785, pues, rige un caso que no está comprendido en la disposición general del art. 1.165; por consiguiente, lo que dispone este último queda en vigor respecto á la constitución de renta sujeta, como los demás contratos, á las reglas generales de derecho. Por tanto, tratándose de renta predial, podrá el acreedor pedir la resolución á tenor del art. 1.165 ú obligar al deudor á que redima con arreglo al 1.785. Si el deudor de la predial no paga las anualidades, el acreedor podrá pedir, si le interesa recobrar el inmueble cedido, la resolución, á tenor del 1.165, sometiéndose á todo lo dispuesto en el mismo; pero si prefiere tener un capital correspondiente á la renta ó bien el fijado en el contrato, pedirá la redención á tenor del 1.783. Pero la elección de uno de estos dos caminos implica el abandono de otro, porque no es lícito al acreedor recobrar el inmueble y exigir al mismo tiempo el pago de un capital correspondiente á la renta.

El rescate coactivo de la renta y la resolución del contrato, por ser cosas distintas, tienen diferentes consecuencias. La resolución del contrato de renta predial vuelve las cosas al estado en que estaban antes del contrato, y como en tal época no existía la obligación de pagar las anualidades, asimismo no puede existir después de la resolución por el tiempo anterior á ésta. De aquí que las no pagadas no se pueden exigir, quedando el pago de ellas sin causa, y el deudor

que disfrutó el inmueble debe devolver los frutos. La redención, por el contrario, pone fin á la obligación; pero no la destruye por lo que se refiera al tiempo pasado, por el cual subsiste la obligación de pagar la renta, y el acreedor tiene derecho á las anualidades atrasadas.

146. Al hablar de la resolución espontánea demostramos la indivisibilidad de la renta por lo que se refiere á la redención, llegando á la consecuencia de que cuando fueran dos los deudores, la redención ha de hacerse por todos y por la totalidad. ¿Es esto aplicable á la reducción coactiva? Si son varios los herederos del deudor y uno de ellos no paga las anualidades por la cuota á su cargo y los otros sí, el acreedor ¿puede obligarle á redimir la renta en la parte correspondiente á su cuota hereditaria? La afirmativa es indudable. La indivisibilidad de la renta respecto de la redención no está en la naturaleza de la cosa debida, sino en la intención de las partes contratantes: ahora bien; la indivisibilidad se exige en interés del acreedor, no del deudor. Mientras el deudor es uno solo, así como no puede redimir la renta solo en su parte, tampoco puede ser obligado á redimirla en parte, y no sólo por la indivisibilidad, sino porque así como el deudor no puede obligar al acreedor á recibir un pago parcial, tampoco puede éste negarse á recibir el total y exigir sólo una parte de su crédito. Pero cuando son varios los deudores de la renta, se acudirá al principio de la divisibilidad ó indivisibilidad de la redención, para ver si el rescate puede ó no hacerse por parte de un solo deudor; y como en tal caso la indivisibilidad de la redención afecta al interés del acreedor y no del deudor, aquél es juez de lo que más le conviene; por lo que si opta por la divisibilidad contra el deudor que no paga

ó que se encuentra en alguno de los casos del artículo 1.785, éste no puede oponerse.

147. Pasemos ahora á los casos de rescate coactivo del art. 1.785. El primero tiene lugar cuando el deudor, después de una reclamación legal, no paga la renta durante dos años seguidos.

En el 1.912 del Código francés se lee que el deudor de una renta perpetua puede ser obligado á la redención si cesa de cumplir sus obligaciones durante dos años. Surgió entre los comentaristas de aquel Código la cuestión de si era necesaria la mora del deudor para el rescate coactivo transcurridos los dos años; los más, opinaron afirmativamente; otros, más autorizados, sostuvieron la negativa, fundándose en que se trataba de caducidad ó pérdida de un derecho, en la cual se incurre *ope legis,* sin necesidad de mora. El legislador italiano ha cortado la cuestión disponiendo que es necesaria una interpelación legal cuando el deudor no paga la renta por espacio de dos años consecutivos, esto es, un acto legal realizado por medio de escribano. Pero hecha en forma esta reclamación, no seguida del pago, el acreedor adquiere el derecho á exigir el rescate, y no puede concederse un término. Aquí no se trata del caso de condición resolutoria tácita, la cual no produce la resolución de derecho, sino de un derecho que obra *ministerio juris,* una vez cumplida la condición. Existiendo, pues, estas condiciones, el derecho que se quiere ejercitar no puede ser desconocido ni paralizado por la concesión de un plazo, á no ser que se pruebe que el acreedor renunció expresa ó tácitamente al derecho que le concede la ley.

Los dos años durante los cuales el deudor no pagó la renta, deben ser consecutivos, según el art. 1.785;

por consiguiente, no se tendrán en cuenta los años en que el deudor no pagó la renta cuando no sean consecutivos. Si el acreedor, por ejemplo, al vencer el segundo año, recibe el pago de una anualidad que imputa al año último, y después el deudor incurre en mora al vencer el año siguiente, las dos anualidades respecto á las cuales permanece en mora no son consecutivas, y no se puede aplicar el artículo en examen. El período de tiempo de falta de pago por parte del deudor puede ser alargado ó abreviado por las partes, pues se trata de un interés particular. La ley no dispone, en este caso, sino para suplir el silencio de las partes.

148. Tendrá lugar igualmente el rescate coactivo si el deudor descuida el dar al acreedor la fianza ó garantía prometida en el contrato, ó faltando éstas no se sustituyen (art. 1.785, números 2 y 3). También en estos casos se trata de incumplimiento de obligaciones por parte del deudor, pero el rescate no implica resolución del contrato de renta, sino de cesión del mismo; por consiguiente, el magistrado no puede, recurriendo al art. 1.116, conceder una dilación al demandado para satisfacer sus obligaciones, como podría hacerlo en el caso en que se pidiese la resolución del contrato por efecto de la condición resolutoria tácita, sino que probado que el acreedor ó no dió la prometida garantía ó no sustituyó la que faltaba, el ejercicio del derecho de rescate por parte del acreedor no puede ser contrarrestado. Y no es necesario que la demanda de rescate vaya precedida de reclamación legal al deudor, porque si la ley la exige cuando se trata de redención, dependiente de falta de pago por dos años consecutivos, no la exige en los demás casos previstos por el mismo art. 1.785, y el intérprete no puede añadir nada á la ley.

Otro caso en que puede pedirse el rescate coactivo es cuando por efecto de enajenación ó división, el inmueble se divide entre varios poseedores. Constituyendo la renta, ya simple, ya predial, un derecho personal de crédito, y no un derecho real sobre el fundo, el acreedor está obligado á dirigir su acción contra tantas personas como sean los sucesores del deudor, entre los cuales se divide la deuda; lo que constituye, en la mayoría de los casos, no leve dificultad para el acreedor. Si el inmueble sobre el cual se ha constituído ó asegurado la renta no se divide entre más de tres personas, el embarazo del acreedor no es grande, ya porque los poseedores del inmueble ó habrán asumido la obligación de pagar la renta, ó estarán, por lo menos, interesados en que el acreedor sea pagado para no verse expuestos á una ejecución. Y aun cuando el acreedor, por no haber sido pagado, proceda á actos ejecutivos, lo podrá hacer sin grave dificultad si el fundo no tiene más de tres poseedores; pero si tiene más aumenta la dificultad para el acreedor de ser pagado y proceder por la vía ejecutiva; por consiguiente, la ley le concede el derecho á exigir que los deudores rescaten la venta.

El estado de indivisión, aunque los herederos del deudor sean más de tres, no autoriza al acreedor á exigir el rescate coactivo. No se olvide, en efecto, que la disposición del núm. 4 del artículo en examen, es excepcional. Ahora bien; el legislador habla de inmueble poseído por varios poseedores por efecto de la división; luego supone la división, y si falta ésta, no hay caso. La indivisión, por otra parte, facilita al acreedor la exacción de la renta, tanto porque todos los comuneros están generalmente interesados en que se satisfaga, como porque de ordinario la comunión

tiene un administrador que se encarga del pago de las deudas concernientes á la masa común. Realizada después la división del inmueble sobre el cual se constituyó ó aseguró la renta, puede también ser asignado á uno de los herederos solamente, el cual quede encargado del pago de la renta; ¿qué razón tiene, pues, en este caso el acreedor para exigir el rescate coactivo de la renta? Es necesario, pues, esperar á la división para ver si se puede ó no obligar á los deudores al rescate de la renta.

149. Habrá también lugar al rescate de la renta, dispone el art. 1.786, en caso de insolvencia ó quiebra del deudor. Este caso es distinto de la falta de pago de la renta durante dos años. En esta hipótesis, prevista en el núm. 1 del art. 1.789, cualesquiera que sean las condiciones económicas del deudor, el acreedor tiene derecho á exigir el rescate siempre que la renta haya dejado de pagarse durante dos años consecutivos. Por el contrario, en la hipótesis prevista por el artículo de que tratamos, la quiebra ó la insolvencia son causa de rescate aunque el deudor se encuentre al corriente en el pago de las anualidades. La razón de por qué se admite en este caso el rescate coactivo, consiste en que declarada la quiebra ó la insolvencia del deudor, el acreedor de la renta no puede ya ejercitar útilmente la acción personal que le corresponde, y por consiguiente, es justo se garantice percibiendo un capital que represente el valor de la renta.

Pero el art. 1.786 introduce una excepción á favor del tercero poseedor del fundo. Si se trata de renta predial, dispone el segundo párrafo de dicho artículo, cuando el deudor hubiese enajenado el inmueble afecto á la renta antes de la declaración de quiebra ó in-

solvencia, el acreedor no tiene derecho á pedir el rescate si el poseedor del inmueble ofrece pagar y presenta suficientes garantías. La enajenación del inmueble no es por sí sola razón suficiente para impedir al acreedor pedir el rescate en caso de quiebra ó insolvencia; porque la acción personal contra el deudor no puede ser ejercitada contra el adquirente del fundo, sino que relacionada siempre con el deudor, se hace ineficaz atendida su insolvencia; por consiguiente, el legislador, para privar al acreedor del derecho de exigir el rescate respecto al tercer poseedor del inmueble, exige que éste acepte la obligación personal de pagar la renta y ofrezca suficientes garantías de su cumplimiento. Pero se dirá: el acreedor ¿no está suficientemente garantido con la hipoteca legal? No; porque ésta garantiza el capital, pero no la obligación personal asumida por el tercero de pagar la renta; por lo que es necesario prestar garantía suficiente para este objeto.

150. Las disposiciones relativas al rescate coactivo de que nos hemos ocupado, ¿se aplican al caso de renta gratuita? Un ilustre comentarista del Código patrio contesta negativamente (1), porque, dice, la donación tiene por objeto la renta, no el capital; por lo que si el donante no cumple su obligación, podemos obligarle á que la cumpla; pero ¿cómo hemos de poder reclamarle un capital que no ha intentado donar? Esta opinión es un eco de la de los comentaristas franceses, pero en nuestro Código se ha introducido una disposición al art. 1.788, así concebido: «Los artículos 1.783, 1.784, 1.785 y 1.786, serán aplicables á toda otra prestación anual por cualquier título, aun

(1) Borsari, *Comm.*, art. 1.785, núm. 3.927.

por acto de última voluntad, á excepción de la que tenga por causa una concesión de agua y salvo las disposiciones especiales relativas á la enfiteusis.» Este artículo no exceptúa más que una sola especie de renta, la de la concesión de aguas, á las disposiciones relativas al rescate voluntario ó coactivo; luego toda otra renta queda sujeta á las mismas y, por tanto, la de renta gratuita. La palabra de la ley es clara y esplícita sobre este punto, por lo que no comprendemos cómo puede dudarse aún después de ellas.

Aunque la disposición legal sea contraria á los principios de derecho, esto no autoriza al intérprete á no hacer su aplicación.

El donatario que exige el rescate en los casos previstos por la ley, exigirá del donante el mismo capital que éste, según queda dicho, pagaría si hiciese la redención en interés suyo.

151. Las mismas disposiciones referentes al rescate coactivo, ¿se aplicarán á las rentas constituídas bajo leyes que prohibían ó no concedían al acreedor el derecho de exigir el rescate de la renta? La cuestión, muy debatida en Francia, está resuelta por los artículos 29 y 30 de las disposiciones transitorias de nuestro Código. En el primero se dispone que las rentas constituídas bajo leyes anteriores se regirán por las mismas, y en el segundo, que el deudor podrá liberar, no obstante pacto en contrario. Luego es claro que el legislador patrio quiere que las rentas se rijan por las leyes de su constitución, exceptuando sólo el rescate correspondiente al deudor. Tal excepción no se extiende al rescate concedido al acreedor en los artículos 1.785 y 1.786; luego éste se regirá exclusivamente por las leyes bajo las cuales se constituyó la

renta, por lo que, si no procedía según aquéllas, no procederá bajo el Código (1).

152. La condición resolutoria (art. 1.787) por incumplimiento de cargos, expresa ó tácita, no perjudicará los derechos adquiridos por los terceros sobre los inmuebles antes de la inscripción de la demanda de resolución. Lo que demuestra una vez más que el legislador no confunde la resolución con el rescate. Cuando la renta se rescata, el contrato ha existido; luego el deudor fué propietario del inmueble, y no hay duda sobre la validez de sus actos dispositivos anteriores á la demanda de redención, salvo el ejercicio de la acción hipotecaria por parte del acreedor contra los detentadores del inmueble. El art. 1.787, pues, no se refiere al rescate; pues en este caso son los principios generales los que exigen el respeto á los derechos de terceros sobre el inmueble. Se refiere al caso de resolución, porque volviendo ésta las cosas á la condición que tenían antes de que se celebrase el contrato, el deudor no ha sido propietario del inmueble, por lo que, según los principios generales, los derechos del tercero deben resolverse. Y para derogar estos principios se dictó el art. 1.787, y sobre su interpretación es aplicable cuanto dijimos sobre la resolución de la venta por incumplimiento de las obligaciones del comprador.

(1) Apel. Catania, 2 Abril 1883.

CAPITULO II

DE LA CONSTITUCIÓN DE RENTA VITALICIA

SUMARIO: 153. En qué difiere la renta perpetua de la vitalicia. —154. Renta vitalicia gratuita.—155. Renta vitalicia onerosa.—156. La renta vitalicia debe consistir en dinero ó frutos.—157. Es aleatoria.—158. Cualquiera que sea el exceso entre la renta estipulada y los frutos de la cosa cedida, ¿hay siempre contrato oneroso?—159. Faltando el riesgo, el contrato puede equivaler á donación si se quiso hacer un acto de liberalidad y se observaron las formas de las donaciones. —160. La renta vitalicia puede estipularse sobre la vida de un tercero.—161. Puede constituirse sobre la vida de una ó varias personas.—162. Si puede estipularse á favor de un tercero.—163. No se concede derecho de redención al deudor.—164. La renta se debe al propietario por días.—165. Resolución del contrato por falta de fianza.—166. Si puede pedirse la resolución en caso de diminución de la garantía.—167. La resolución no obra de derecho.—168. La falta de pago de las anualidades no da derecho á pedir la repetición de lo que se dió en compensación de la renta.—169. Derecho del acreedor en caso que el deudor no pague la anualidad.

153. La segunda clase de renta de que vamos á ocuparnos es la vitalicia. Hay esencial diferencia entre una y otra clase de renta. En la perpetua, la cosa que se debe prestar es cierta por cada una de las partes, porque el que se obliga á pagar una renta anual

á perpetuidad, sabe que esta obligación suya no está sujeta á variaciones. Por el contrario, en la vitalicia es cierto lo que da el que constituye la renta; pero incierto lo que se presta por parte del deudor, porque estando obligado á pagar la renta durante la vida de una ó varias personas, el deudor puede pagar mucho ó poco, según la duración de dicha vida. La renta vitalicia se debe constituir sobre la vida de personas determinadas, por lo que se extingue al morir éstas; mientras la renta perpetua no se extingue con la vida de nadie, sino que se transmite á los herederos hasta el infinito (1).

154. La renta vitalicia puede constituirse á título gratuito ú oneroso. A título gratuito (art. 1.790), por donación ó testamento, y revestida de las formalidades propias de tales actos, debiendo reducirse (artículo 1.791) si excede del disponible, y anulándose si se hace á personas incapaces de adquirir. La renta vitalicia, pues, constituída á título gratuito, es un legado si se hace por última voluntad, y una donación si se hace entre vivos; por lo que estará sujeta á las reglas de tales actos, y á la reducción, si lesionan la cuota disponible.

De dos modos puede constituirse la renta vitalicia: como objeto principal de la liberalidad, ó como modalidad ó carga de ésta. Si yo, sin recibir nada, me obligo á prestarte ó te dejo en testamento una renta anual de mil liras durante tu vida, la renta constituye el objeto de la donación ó legado; pero si yo te doy un inmueble capaz de rentar tres mil liras anuales, imponiéndote la obligación de pasarme mil liras al año mientras vivo, la renta representará la modalidad

(1) Cas. Nápoles 30 Agosto 1871.

ó carga de la donación. En el primer caso, el donante constituye la renta á favor de otro y él es el deudor; en el segundo, la constituye á su favor y es el acreedor.

Esta diferencia es importante en la práctica. En efecto; la renta vitalicia, constituída sobre la vida de una persona ya difunta al tiempo de la constitución, no produce efecto (art. 1.795), porque, como ya demostraremos, falta la causa del contrato. Ahora bien; si yo prometo gratuitamente pagarte mil liras al año mientras viva Ticio, y éste hubiese muerto al hacerte la liberalidad, el acto no producirá ningún efecto, porque falta la voluntad de beneficiarte. Pero si al donarte un inmueble te impongo la obligación de pagarme una pequeña pensión anual durante la vida de Ticio, el cual murió antes de hacerte la donación, ¿deberá el acto considerarse improductivo de efectos? No; porque la causa de mi liberalidad contigo no consiste en la obligación que contraes de pagarme la renta, sino en el afecto ó reconocimiento que siento por ti, y esta causa es independiente de la muerte de Ticio. La obligación que te impongo no es más que una modalidad del acto, que no altera su esencia; por lo que, así como subsistiría la donación si Ticio hubiese muerto pocos instantes después de la misma, subsiste, á pesar de la muerte anterior al acto.

Pero hay más. El art. 1.800 dispone que en el solo caso en que la renta vitalicia sea gratuita, se puede disponer que no esté sujeta á secuestro. ¿Por qué? Cuando la renta vitalicia es onerosa, hay prestación recíproca. Ahora bien; nadie puede declarar exceptuados del secuestro sus propios bienes, mientras permanecen en su patrimonio; por consiguiente, así como el constituyente no habría podido declarar insecues-

trable lo que da en compensación de la renta, cuando esta compensación entrase en su patrimonio, tampoco puede hacerlo respecto de la renta, que sale con carácter de compensación de su patrimonio. Pero cuando la renta es gratuita, el donante ó testador que quiere beneficiar á la persona á cuyo favor se constituye, no tiene obligación ninguna de extender el beneficio á los acreedores del beneficiado, y como éstos no tienen ningún derecho sobre la suma anual mientras permanece en el patrimonio de su dueño, tampoco pueden quejarse de que pase al patrimonio del deudor con el carácter de insecuestrable. De aquí que si la renta vitalicia se constituye por el testador á favor del legitimario en lugar de su legítima, no puede declararse no sujeta á secuestro, porque lo que se percibe por disposición de la ley no puede considerarse percibido á título gratuito (1). Ahora bien; si te constituyo gratuitamente una renta vitalicia de mil liras al año, puedo disponer que no esté sujeta á secuestro; pero si te dono un inmueble ó capital, reservándome una pequeña pensión vitalicia, ¿podré disponer lo mismo? No; porque la renta que me reservo tiene por compensación una parte del fundo, y así como de permanecer en mi patrimonio no habría podido declararla insecuestrable, tampoco puedo declararla tal, constituyendo una carga de la liberalidad.

Pasemos ahora á otra especie de renta vitalicia.

155. La renta vitalicia, dice el art. 1.789, puede ser convertida en título oneroso mediante una suma de dinero ú otra cosa mueble, ó mediante un inmueble. Cuando en compensación de la renta se cede la propiedad de una cosa mueble ó inmueble el contrato

(1) Apel. Turín, 30 Octubre 1875.

contiene elementos de la venta, pero no es tal en el estricto sentido de la palabra. Contiene el elemento de la venta en cuanto el constituyente se obliga á transmitir al deudor de la renta la propiedad de la cosa; por consiguiente, como en la venta, está obligado á la entrega y á la evicción. Pero no es una verdadera venta, porque ésta supone un determinado precio cierto; mientras que la renta no es precio, sino un derecho que se constituye en subrogación del derecho de propiedad que se cede, ni es cierta y determinada, porque el deudor puede pagar mucho ó poco, según la vida del acreedor. No pudiéndose calificar de venta, de aquí que cediéndose un inmueble para constituirla, no se puede proceder por lesión, ya porque la rescisión constituye *jus* singular, ya porque, dada la incertidumbre del correlativo, es imposible determinar si hubo lesión. El derecho de proceder por lesión corresponde, sin embargo, en el caso en que al inmueble cedido se haya asignado un precio cierto y determinado, cediendo luego este precio al comprador en equivalencia de la obligación de pagar la renta vitalicia. Porque, en este caso, los contratos son dos: uno de venta de inmueble por precio cierto, por el que procede la acción por lesión, y otro de renta vitalicia, mediante la cesión del capital correspondiente al precio pactado. Acogida en este caso la acción por lesión, si el comprador prefiere pagar lo que falta para el justo precio, queda firme el contrato de renta constituído mediante la cesión de la otra parte de precio; pero si el comprador prefiere restituir el inmueble, falta la cesión del precio que ya no debe; por consiguiente, se resuelve el contrato de renta (1).

(1) Apel. Florencia, 20 Julio 1871.

La renta vitalicia constituida mediante la cesión de una cosa es siempre bilateral, porque se obliga no sólo el deudor, sino el constituyente, respecto de la entrega y evicción de la cosa cedida. Es, por el contrario, unilateral, si se constituye mediante el pago de un capital, porque en este caso ninguna obligación contrae el que la constituye. Ya tendremos ocasión de repetir esta distinción: basta ahora señalarla.

156. ¿En qué puede consistir la renta vitalicia? El art. 1.778 dispone, al hablar en general de la constitución de renta, que ésta consiste en una prestación anual en dinero ó en frutos, y este artículo es aplicable también á la renta vitalicia, porque el siguiente declara que la renta (que no puede ser sino la definida en el artículo anterior) puede estipularse perpetua ó vitalicia. De aquí que un contrato mediante el cual se desembolsa un capital ó se ceden bienes en compensación de alimentos que el cesionario se obliga á prestar al cedente por toda su vida, no puede llamarse contrato de renta vitalicia. ¿Dónde está, en efecto, en este caso, la renta anual? Los alimentos, ó sea la comida, el vestido y la habitación que suministran, ¿pueden calificarse de renta? No; porque la renta es un bien comerciable como todos los demás bienes, que á su vez puede ser enajenado ó donado, mientras que no se pueden ceder en modo alguno los alimentos prestados en especie. Y no se diga que es indiferente que al constituyente se le paguen, por ejemplo, mil liras anuales en dinero ó se le presten alimentos y vestidos que asciendan anualmente á esta cifra; porque si esto puede ser indiferente por el lado económico, no lo es por el jurídico. Cuando la prestación consiste en dinero ó frutos, la obligación asumida por el deudor es de dar, mientras que la obligación de alimentar, ves-

tir, etc., está representada por una obligación de hacer. Ahora bien; la obligación de dar ¿equivale acaso á la de hacer? Claro que no; luego si hay diferencia entre ambas, la habrá entre el contrato en que se cede una cosa en compensación de una prestación anual vitalicia en dinero ó en géneros y el en que la cosa se cede á cambio de alimentos al cedente por toda su vida.

En esta última hipótesis, el contrato pertenece á la clase de *innominados;* se rige, como todo otro innominado, por los principios generales de derecho y no por las disposiciones especiales de la renta vitalicia.

157. El contrato de renta vitalicia es, por esencia, aleatorio, porque lo que se da para constituir la renta es cierto, pero es incierto lo que se recibe en compensación de la cosa dada, pudiendo ser más ó menos, según la vida de la persona á cuyo favor se constituye la renta. De aquí que si falta el riesgo, falta el contrato de renta vitalicia. Supongamos que se cede un fundo capaz de producir tres mil liras de renta. Si la suma anual que el cesionario se obliga á pagar al cedente durante su vida ó la de otra persona determinada no excede de las tres mil liras, el contrato ¿tendrá el carácter de renta vitalicia? No; porque en este contrato el deudor de la renta corre el riesgo de la pérdida ó ganancia, mientras que en el caso supuesto el deudor nada arriesga y se asegura determinadamente el valor de las cosas cedidas (1).

Por tanto, ¿de qué índole será el contrato? Para responder á la pregunta es preciso indagar la intención de las partes contratantes. Si el cedente quiso hacer una liberalidad reservándose todos ó parte de los fru-

(1) Cas. Turín, 23 Febrero 1877.

tos de la cosa, tendremos una donación *cum onere*, válida si se hace en las formas solemnes prescriptas por la ley, é ineficaz si no se observan éstas. Si el cedente no tuvo ánimo de donar, sino que trató de conseguir una compensación de las cosas que cedía, la compensación falta y el contrato es nulo. Y no se diga que existe en la renta pagada anualmente, y que todo lo más puede hablarse de lesión; porque si la renta que se paga no excede de la que el cesionario retrae anualmente del inmueble, ¿dónde está la compensación? Esta renta sería, en todo caso, é independientemente del contrato, debida por el cesionario bajo el título de intereses compensadores, por disfrutar de una cosa fructífera, cuyo precio no ha pagado; luego nada da en compensación de lo que recibe. Faltando la compensación, no hay renta y no hay precio; por consiguiente, ¿cómo puede hablarse de constitución de renta, siendo ésta imposible é inconcebible sin precio? ¿Qué resta, por tanto? Nada; el contrato es ineficaz.

158. Cualquiera que sea, sin embargo, el exceso de la renta convenida, en relación con la que anualmente produce la cosa cedida, ¿habrá siempre renta vitalicia onerosa? La ley nada dice; hay que acudir á los principios. La renta vitalicia es, por naturaleza, aleatoria; si falta esta nota, no existe dicho contrato. Si el inmueble cedido da frutos anuales por valor de tres mil liras, lo que representa en capital un valor de sesenta mil liras, y el cedente estipula en compensación una renta vitalicia de tres mil cincuenta, se ve que falta el riesgo, por ser cierta la ganancia para el deudor de la renta; porque el acreedor debería vivir mil doscientos años para que el deudor, con la parte de renta anual excedente de la del inmueble, pagase al cedente el valor de éste; ¿no sería absurdo, por tanto,

hablar en este caso de renta vitalicia á título oneroso? Pero ¿á qué criterio recurriremos para establecer si en el contrato existe ó no riesgo? Tal cuestión es idéntica á la que sugiere la interpretación del artículo 1.795, concebido así: «Todo contrato de renta vitalicia constituída sobre la vida de una persona que al celebrar el contrato hubiese muerto, no produce efecto alguno.» ¿Por qué en la hipótesis es inexistente? Porque carece de causa. En efecto; ¿cuál es la causa por la cual me obligo á cederte la propiedad del capital ó cosa de mi pertenencia? La obligación que tú contraes de pagarme una renta vitalicia; faltando, pues, esta obligación por tu parte, falta la causa de la cesión. Ahora bien; si tú te obligas á pagarme una renta durante la vida de Antonio, el cual hubiese ya muerto en el momento en que contratamos, tu obligación no tiene vida un solo instante; por consiguiente, no estás obligado. Pero si la persona sobre cuya vida se constituye la renta vitalicia á título oneroso muere poco tiempo después de celebrado el contrato, éste será siempre eficaz. Supongamos constituída la renta vitalicia por persona gravemente enferma ó de avanzadísima edad, la cual muere enseguida; ¿bastará, para la eficacia del contrato, que la persona sobre cuya vida se constituyó la renta, haya sobrevivido al contrato, aunque no fuese más que unos instantes?

La cuestión, como ya hemos indicado, es idéntica á la propuesta anteriormente, y se compenetra con la misma, porque en ambos casos se trata de saber si existe el riesgo y si hay verdadera renta vitalicia á título oneroso. En el Código francés se encuentra una disposición (art. 1.975), por la cual el contrato de renta vitalicia queda sin efecto si la persona sobre cuya vida se constituye es atacada de enfermedad,

de la cual muere dentro de los veinte días de la fecha del contrato. El Código sardo dispone, por el contrario, que no sería eficaz el contrato si la persona á favor de la cual se constituía la renta moría dentro de los cuarenta días de la fecha del contrato. Estas disposiciones no se encuentran en nuestro Código, como tampoco aquella del 1.976 del Código francés, que declara que la renta vitalicia se podrá constituir en aquella medida que convengan ambas partes. ¿Qué debemos deducir de este silencio?

Acudamos á los motivos del Código. En la Relación del Ministro sobre el tercer libro del proyecto del Código presentado al Senado del Reino, hallamos estas palabras: «Dos cuestiones se trataba de resolver: la primera, referente á la medida de la renta en relación con los frutos de los cuales era capaz la cosa; la segunda, á la duración de la vida sobre que se constituía la cosa después de la celebración del contrato.

»El Código francés y el de las Dos Sicilias dejan plena libertad á las partes de establecer la renta en la medida que quieran. Pero en la jurisprudencia surgió la duda de si era válido el contrato cuando la renta no excedía los frutos de la cosa; hubo decisiones contrarias.

»El parmesano, el sardo y el de los Estados del Este resolvieron la cuestión declarando que la renta debe superar al importe de los frutos de la cosa cedida. Se observó que si la renta se podía pagar con los frutos, la propiedad de las cosas se adquiriría sin compensación, aunque la persona sobre que se constituía sobreviviese larguísimo tiempo.

»Pero ¿será suficiente, para la eficacia de la renta onerosa, que exceda en una fracción centesimal de los frutos de la cosa cedida? Si la persona sobre cuya vida

se constituye fuese de noventa años de edad, de modo que la renta no pudiese ser debida sino por algunos años, ¿deberá, sin embargo, bastar dicha fracción para atribuir el carácter de título oneroso á un contrato que seriamente no puede ser tal?

»No parece extraña á esta pregunta la otra disposición, por la cual el Código francés, el de las Dos Sicilias y el parmesano declaran nulo el contrato de renta cuando se constituye por la vida de una persona enferma que muera dentro de los veinte días de la fecha del contrato.

»Esta disposición dió lugar á graves cuestiones; es difícil y á veces imposible establecer si la muerte ocurrida dentro de los veinte días proviene de la enfermedad ó de una causa ocasional que sobrevenga después.

»Por lo que el Código sardo y el de los Estados del Este, queriendo truncar toda cuestión sobre este punto, declararon nula la constitución de la renta si la persona muere dentro de los cuarenta días del contrato. Así, pues, se duplica el término establecido por los Códigos anteriores, pero se elimina toda investigación sobre la enfermedad que ocasionó la muerte. Ante los tribunales sardos se presentó el caso de una mujer que, arrepentida del contrato de renta estipulado á su favor, por el daño que ocasionaba á sus herederos, se dió muerte antes de los cuarenta días; el contrato fué declarado nulo y los herederos salieron favorecidos. La consecuencia parece lógica.

»Pero el término de veinte días con relación á una enfermedad, y el de cuarenta sin tal relación, no proveen convenientemente á los diferentes casos; puede tratarse de una enfermedad lenta de imposible curación, pudiéndose calcular los días que vivirá el enfer-

mo. El contrato se estipula á fines de Agosto, pero se puede asegurar que la muerte sobrevendrá á fines de Octubre. La medida de la renta excederá, si se quiere, no una fracción centesimal, sino el doble de los frutos de la cosa cedida en pago; pero el importe de dos ó tres meses de renta no equivalen, ciertamente, á un justo precio. Legalmente podrá ser un contrato oneroso, pero el juez, que no se encuentra cohibido por la ley, podrá, á petición de los interesados, declararlo donación simulada.

»Se ha creído, por tanto, deber eliminar las condiciones referidas, dejando al prudente arbitrio del juez apreciar los diferentes casos y conocer si por razón de la medida en que fué concedida la renta por la edad de la persona, enfermedad, obligaciones con los terceros, etc., debe ó no considerarse la renta onerosa ó gratuita.»

Estas ideas no fueron totalmente aceptadas por la Comisión del Senado. En efecto; en su relación sobre el tercer libro del proyecto del Código, se lee: «el artículo 1.761 del proyecto se formula así»: «la renta vitalicia se puede constituir en la medida que convenga á las partes»; pero la Comisión advertía que en la índole ó esencia del contrato vitalicio entra el riesgo; de aquí la compensación á este riesgo; por lo que si el interés fijado en el contrato no excediese la medida y la cantidad de los frutos de la cosa, evidentemente el contrato perdería su carácter aleatorio, adquiriendo el conmutativo. Por tanto, para prevenir esta desviación de la naturaleza del contrato, se ha tratado de llevar al artículo del proyecto la adición siguiente: «Siempre que el interés dicho supere el fruto de que es susceptible la cosa dada en precio de la renta vitalicia», art. 1.816 del proyecto de la Comisión.»

En el acta de la sesión celebrada por la Comisión legislativa el 18 de Mayo de 1865, en el núm. XVI se lee lo siguiente:

«En la discusión sostenida en el Congreso sobre la ley de unificación, el diputado Mancini observó que faltaba en el proyecto la disposición del Código albertino, que anuncia la renta vitalicia cuando la persona sobre cuya vida se estipuló, muere dentro de los cuarenta días siguientes al contrato. Añadía que era de desear que tan justa disposición se admitiese juntamente con la del Código francés; según la cual, si la renta vitalicia se estipulase con un individuo enfermo que muriese dentro de los veinte días, el contrato se consideraría nulo y falto de causa.

»Pero la Comisión no cree que debe establecerse nada en este punto para no desnaturalizar el carácter de contrato aleatorio, y porque si interviniese dolo ó fraude, bastan las reglas generales.

»La Comisión trató después de suprimir el art. 1.816 del proyecto del Senado, porque si por un lado no se puede prohibir á las partes que constituyan la renta vitalicia en la medida que mejor les plazca, por otra parte, si esta medida es tan pequeña que hace de la renta vitalicia una donación disfrazada, por esto solo se podrá siempre impugnar con éxito.»

¿Cuál es la consecuencia de todo esto? Que el legislador patrio exige que la renta vitalicia onerosa debe necesariamente contener riesgo, pero que no establece ninguna regla *a priori* para determinar si existe, remitiéndolo al árbitro del juez en cada caso particular. Luego no se podrá exigir que la renta supere en determinada medida los frutos de la cosa, ni tampoco que la persona á cuyo favor se constituye la renta deba vivir tanto ó cuanto; pero si diremos que el juez debe-

rá tener en cuenta la renta estipulada en relación con los productos de la renta cedida, la edad de la persona, su estado de salud, etc., para decidir si existe ó no riesgo.

159. Pero desechado el riesgo y admitido que la renta estipulada supere á la producida por las cosas cedidas ó por el capital pagado, ¿cuál será la índole del contrato? También aquí, como en la otra hipótesis en que la renta convenida no supere el fruto de las cosas cedidas, no puede resolverse la cuestión sino teniendo en cuenta la intención de las partes. ¿Quiso el constituyente realizar un acto de liberalidad? En tal caso, el contrato puede equivaler á una donación si va acompañado de las formas solemnes de esto, y, por tanto, estar sujeto á donación cuando lesione los derechos de los legitimarios. Nada quiere decir que en este caso se preste también una compensación por el deudor de la renta, porque la pequeñez de ésta no excluye la intención de beneficiar, sino que hace que la donación se considere *sub modo* ó con gravamen. Si por parte de quien estipuló la renta no se quiso beneficiar, sino realizar un contrato oneroso, ¿puede éste calificarse de venta? La voluntad de las partes ejerce influencia sobre el acto, pero el acto realizado no depende de su voluntad, sino de la ley. Sabido es que no se da contrato de venta sin precio determinado y cierto, y en este caso falta la certidumbre del precio; no se sabe, aunque sea pequeño, qué precio pagará en definitiva el adquirente. ¿Pueden las partes querer válidamente que un contrato que no contiene elementos necesarios de la venta se considere como tal? No; cualquiera que sea, por tanto, la intención de las partes en este punto, lo cierto es que al contrato no le conviene el calificativo de venta. Pero se tendrá en este caso un

contrato conmutativo *sui generis* innominado, al cual serán aplicables las reglas generales de derecho, no las disposiciones especiales de la venta.

Prevenimos una objeción. El art. 1.781, se dirá, declara que la cesión hecha para constituir la renta perpetua y á título oneroso está sujeta á las reglas de los contratos de venta. Ahora bien; si el contrato de cesión de inmuebles á título oneroso para constituir renta predial se rige por las reglas propias de la venta, ¿no hemos de considerar sujeto á las mismas el contrato de cesión de inmuebles á título oneroso para constituir una renta vitalicia? Por analogía que exista entre ambos casos, los principios de derecho no consienten aplicar el art. 1.781 á un caso distinto del previsto en el mismo. La cesión de inmuebles para constituir renta perpetua, aunque hecha á título oneroso, no es verdadera renta, sino renta predial. Ha sido necesaria la disposición del artículo en examen para aplicar á dicho contrato las reglas de la venta, las cuales, si el legislador hubiese guardado silencio, hubieran sido inaplicables; luego el art. 1.761 contiene una disposición especial y de excepción que, como todas las de este género, no son extensivas, ni mediando identidad de razones.

Y creemos que aquí no la hay. En efecto; en la renta perpetua hay certidumbre de lo que se presta, porque la renta en la cantidad convenida para cada año debe pagarse á perpetuidad, mientras en la vitalicia no es cierta la prestación del cesionario; por consiguiente, si el contrato de renta perpetua por cesión de inmueble á título oneroso se acerca más á la venta, el de renta vitalicia se aleja más. No equivaliendo el contrato, en tal caso, á la venta, no le es aplicable la disposición especial de ésta de rescisión por lesión.

Pero si en el caso de que tratamos no se puede proceder por lesión, ¿deberá el contrato mantenerse, aunque el que constituye la renta sea despojado de lo suyo? Aunque parezca duro, responderemos que cuando falta una disposición especial de la ley, no queda otro recurso que acudir á los principios generales de derecho; por consiguiente, la renta vitalicia es anulada por error, dolo ó violencia, según las circunstancias, como cualquier otro contrato. Supongamos que la renta vitalicia onerosa la constituyó, no en mi favor, sino á favor de Ticio, que es joven, sano y robusto. Pero en el momento en que se celebra el contrato, Ticio cae gravemente enfermo, muriendo poco después. Pues bien; si se prueba que yo ignoraba la enfermedad de Ticio, ¿puedo pedir la nulidad del contrato por error? Sí; porque el error en este caso cae, á tenor del art. 1.110, sobre la esencia de la cosa objeto del contrato. La determinación de la persona sobre cuya vida se constituye la renta, es, sin duda, esencial en el contrato; por consiguiente, el error sobre esta persona ó sobre sus cualidades determinantes del contrato es un error de esencia. ¿Habría yo consentido en constituir la renta sobre la vida de Ticio si hubiera sabido que estaba gravemente enfermo? Mil veces no; luego mi consentimiento es vicioso, y puedo, por tanto, impugnar la causa de este vicio.

160. La renta vitalicia, dispone el art. 1.792, puede constituirse tanto sobre la vida de quien suministra el precio como sobre la de un tercero. La persona á cuyo favor está constituída la renta puede ser distinta de la persona sobre cuya vida se constituye. La primera indica el acreedor de la renta; la otra denota el tiempo ó duración de la prestación. Si yo estipulo una

renta anual durante mi vida, la persona acreedora y aquella sobre cuya vida se constituye se confunden en una sola. Pero si yo estipulo que la renta anual me será pagada durante la vida de Sempronio, en este caso, la persona sobre cuya vida se constituye la renta, es distinta de aquella que es acreedora. Sempronio, en este caso, no tiene derecho alguno á la renta; pero su vida designa la duración de la renta vitalicia, de modo que, si muere antes que yo, la renta se extingue; pero si muere después, pasa á mis herederos durante la vida de Sempronio.

La persona por cuya vida se constituye la renta, cuando es distinta de la persona á quien se debe, no tiene necesidad de tomar parte en el contrato. No adquiere ningún derecho por la constitución de la renta sobre su vida, ni contrae ninguna obligación; por consiguiente, no se exige su consentimiento ni capacidad para contratar. Pero nada impide que la persona por cuya vida se constituye la renta sea el mismo deudor, porque la ley no lo impide ni se opone á ello la índole del contrato.

Cualquiera que sea la persona del tercero por cuya vida se constituye la renta, es necesario que se indique en el contrato, no pudiéndose dejar á la elección de las partes ni de otra persona, porque tal cláusula sería opuesta á la índole del contrato. La renta vitalicia es esencialmente aleatoria; y el riesgo depende de la duración de la persona por cuya vida se constituye. Si falta, pues, la designación de ésta en el contrato, el riesgo no se puede apreciar, por lo que todo dependerá del arbitrio de la persona encargada de tal designación, y el riesgo que no admite ningún cálculo no es riesgo, el cual descansa sobre eventualidades determinadas más ó menos probables. Por consiguien-

te, no vacilamos en declarar nulo el contrato en que la designación de la persona sobre cuya vida se constituye la renta, falta.

161. La renta vitalicia puede constituirse también sobre la vida de una ó varias personas (art. 1.793). Se puede, según esta disposición, constituir la renta sobre la vida de dos personas extrañas al contrato, así como también sobre la del constituyente y de uno ó varios terceros. En ambos casos la renta no se extingue sino á la muerte de todas las personas sobre cuya vida se constituyó. Si yo, por ejemplo, estipulo una renta anual sobre mi vida y la de Antonio, pueden suceder dos cosas: que Antonio muera antes que yo, ó que yo muera antes que él; en el primer caso, el deudor continuará pagándome la renta, que no se extingue sino á mi muerte; en el segundo, continuará pagándola á mis herederos mientras vive Antonio. Si yo hubiese estipulado una renta anual sobre la vida de Antonio y de Julio, la muerte de uno de ellos no hace cesar la obligación del deudor de pagar la prestación anual, pero se extingue con la muerte de ambos.

Según el art. 1.795, ya examinado, el contrato queda sin efecto si la persona sobre cuya vida se constituye la renta murió; supongamos que una de las personas por cuya vida se constituyó la renta muere en el momento del contrato; ¿queda éste sin efecto? No vacilamos en responder afirmativamente, por faltar en este caso la causa de la cesión ó de la obligación contraída por quien constituyó la renta. En efecto; si yo me obligo á cederte mis bienes ó te pago un capital, es porque tú contraigas la obligación de pagarme una renta anual durante la vida de Julio y Antonio, ó durante mi vida y la de Antonio; pero si Antonio hu-

biese muerto cuando nosotros celebramos el contrato, considerándole vivo, vuestra obligación de pagarme la renta durante la existencia de Antonio no nace; por consiguiente, falta la causa de la mía. Es verdad que subsiste la obligación de pagarme la renta durante mi vida ó la de Julio; pero también lo es que yo me obligué á ceder mi capital, no en compensación de la obligación contraída por el cesionario, sino de la de pagarme la renta durante la vida de Julio ó de Antonio, ó durante la mía y la de Antonio; por consiguiente, si la obligación de pagar la renta durante la vida de Antonio no puede subsistir, la causa de mi obligación cual era en mi ánimo, falta, y es necesario que falte también el contrato.

Las dos ó más personas sobre cuya vida se constituye la renta pueden haber estipulado en su favor el pago de la renta; en tal caso, ¿la muerte de una de ellas hace que la renta deba ser pagada enteramente por la otra? Vengamos al caso práctico. Julio y Antonio ceden sus bienes á Sempronio, estipulando una prestación anual de cinco mil liras durante su vida; mientras los constituyentes viven, el crédito se divide entre ellos, y cada uno tiene derecho á exigir del deudor de la renta dos mil quinientas liras; pero si uno de ellos muere, ¿tendrá el otro derecho á las cinco mil liras, ó sólo á las dos mil quinientas? Ante todo debe consultarse la intención de las partes. Pueden éstas haber tenido la intención de constituir una renta para cada una de ellas ó una sola renta. En el primer caso, el contrato es uno en la forma y doble en su esencia. La muerte de uno de ellos hace que cese la obligación de pagar su renta, y el deudor sólo tendrá que pagar la mitad al otro. En el segundo, el derecho á la renta continúa, no obstante la muerte de una de las partes,

y se debe en su totalidad á la otra (1). La intención de las partes puede resultar implícita del contrato; no es, pues, necesario que el derecho de reversibilidad de la renta á favor del supérstite se exprese. Cualquiera que sea el modo en que resulte la voluntad de las partes, ésta es igualmente eficaz; por consiguiente, basta demostrar que se quiso constituir una renta única, para que el superviviente pueda exigirla por entero del deudor.

Expresa ó tácita la cláusula de reversión á favor del superviviente, ¿puede decirse que el acto contenga una donación hecha por uno de los estipulantes al otro? No; porque la donación supone intención de beneficiar, y en el caso presente, ninguno de los contratantes interviene ni presta su consentimiento en el acto al objeto de beneficiar al otro, sino que cada uno obra por su interés; por consiguiente, el contrato debe considerarse oneroso. Dos ó más personas ponen en este caso sus bienes ó capitales para constituir una renta vitalicia única, entendiendo que muerta una, su cuota pasará á la otra. Ahora bien; esta reversión ¿tiene lugar á título gratuito? No; porque cada una adquiere su derecho por el sacrificio de sus bienes; luego el contrato es oneroso si está sujeto á las reglas de la donación.

162. La renta vitalicia, según el art. 1.794, puede constituirse á favor de un tercero, aunque otro haya suministrado el precio. Yo puedo pagar un capital ó ceder algunos de mis bienes para constituir una renta anual á favor de un tercero cualquiera, tanto por su vida, como por la mía ó la de otro designado en el contrato. ¿Hay aquí donación? Responde el segundo pá-

(1) Apel. Casale, 2 Abril 1869.

rrafo del art. 1.794, que dice así: «En este caso, la renta vitalicia, aunque revista los caracteres de una liberalidad, no exige las formalidades de la donación; pero estará sujeta á reducción y será nula en los casos expresados en el art. 1.791.» Es nula, esto es, si se constituye á favor de persona incapaz de adquirir. Este artículo sienta el principio de que puede estipularse á favor de un tercero cuando constituya la condición de una estipulación que se hace por uno mismo. En el caso presente, el que paga un capital ó cede algunos bienes, estipula la condición de una renta á condición de que ésta se pague á un tercero; luego si el contrato que contiene la estipulación no está sujeto á las formas establecidas para la donación, no puede tampoco estar sujeta á tales formas la condición impuesta á favor del tercero. Pero conteniendo el acto, si no en la forma, en su esencia, una verdadera liberalidad, está sujeto á las reglas que regulan la reducción de las donaciones y su nulidad por incapacidad del donatario.

163. Hablemos ahora de los efectos del contrato de renta vitalicia. La renta perpetua, ya sea predial ó simple, es esencialmente redimible á voluntad del deudor; ¿lo es igualmente la vitalicia? No; el constituyente, dice el art. 1.798, no puede liberarse del pago de la renta ofreciendo el reembolso del capital y renunciando á la repetición de las anualidades pagadas; está obligado á pagar la renta durante toda la vida de la persona ó personas por cuya vida se constituyó, cualquiera que sea su duración y por gravosa que sea la renta. ¿Por qué la renta perpetua es redimible á voluntad del deudor, y no lo es la vitalicia? Por la diversa índole de ambas. La primera no encierra riesgo por ninguna de las partes, ni tiene nada de incierto,

mientras que la segunda es esencialmente aleatoria, por lo que no es lógico en ésta que el deudor pueda sustraerse á dicho riesgo cuando le parezca oportuno.

Pero ¿puede concederse la reducción por medio de cláusula? Se dice que ésta repugnaría á la índole del contrato vitalicio por destruir el riesgo, que es su elemento esencial. No creemos que sea exacto este razonamiento. ¿Es verdad que la facultad de redimir destruye el riesgo? El riesgo, á nuestro juicio, podrá ser disminuído, pero no suprimido del todo, porque la reducción no da derecho á repetir los pagos efectuados. La facultad de reducir quiere decir, en la práctica, que si el deudor repara con el progreso del tiempo que echó mal sus cuentas, puede sustraerse á ulteriores pérdidas renunciando á toda esperanza de utilidad y conservando la obtenida. Pues bien; todo esto, si disminuye el riesgo, no le destruye; luego no es exacto afirmar que la facultad de redimir constituya un pacto opuesto á la naturaleza de este contrato.

Si no se pacta dicha cláusula expresamente, no procede la reducción. Aunque viva más de cien años el acreedor, y aunque el inmueble cedido no produzca renta, estas ú otras circunstancias no destruyen ni disminuyen la obligación de pagar la anualidad. Tampoco la pérdida de los derechos civiles, por parte del acreedor, extingue la obligación; porque en tal caso, según el art. 1.801, la renta se deberá á las personas indicadas por la ley por toda la vida del acreedor. Pero no siempre será así. El legislador supone el caso más frecuente de que la renta se constituya por toda la vida del acreedor; pero si la renta se constituye por la vida de un tercero, no se deberá á las personas indicadas por la ley si el tercero muere antes del acreedor privado de los derechos civiles, y presumien-

do el acreedor al tercero, debe el deudor pagar la renta á los herederos de aquél.

164. La renta vitalicia, dispone el art. 1.799, se debe al propietario en proporción á los días que hubiere vivido; pero si se estipula el pago por anticipado, cada cuota se adquiere desde el día del vencimiento del pago. La renta vitalicia representa un fruto civil, produciendo en consecuencia ó por ocasión de las sumas ó cosas dadas á este objeto; y como el legislador ha establecido el principio de que los frutos civiles se adquieren por días, era lógico que dispusiese que la renta se debiese por días. Pero el principio de que los frutos civiles se adquieren por días, se aplica también en los casos en que por efecto del contrato éstos se deben pagar anticipadamente; ¿por qué el legislador, pues, le deroga, disponiendo que la cuota pagada anticipadamente se adquiere desde el día en que venció el pago? La aplicación del principio enunciado ¿no habría aquí exigido que muriendo el acreedor que cobró la cuota anticipada debiesen los herederos restituir la parte correspondiente á los días posteriores á la muerte del acreedor? Creemos que se ha derogado este principio en atención á la presunta voluntad de las partes que, tratándose de sus intereses particulares, pueden establecer un criterio distinto del legal.

No es necesario que la cuota anticipada se haya pagado efectivamente para que pueda considerarse adquirida por el acreedor. La ley no exige tal condición, sino que le basta que la cuota se deba anticipadamente para que, aunque no pagada, los herederos del acreedor adquieran derecho á exigirla en su totalidad. ¿Es necesario que el día del vencimiento haya transcurrido para que la renta pueda considerarse adquirida? Supongamos que se debe pagar la cuota anti-

cipada el 1.° de Enero; si el acreedor muere este día por la mañana, ¿adquieren los herederos derecho á la cuota entera? El legislador dice que la cuota anticipada se adquiere desde el día en que vence su pago; el derecho, pues, surge al empezar el día, y no es necesario que haya transcurrido todo entero.

165. Aquel (art. 1.796) en cuyo favor se constituye una renta vitalicia mediante un precio, puede pedir la resolución si el constituyente no le suministra las garantías estipuladas para la ejecución. La renta constituída mediante un precio, es la vitalicia onerosa tanto en virtud de una suma en dinero, tanto en virtud de la cesión de un inmueble; por consiguiente, el artículo no se aplica á la gratuita; y ¿por qué? Porque si hay un acto de liberalidad, no hay contrato conmutativo, y falta, por consiguiente, la razón, para resolver el contrato en defecto de garantías; pero siempre tendrá acción el estipulante para obligar al que realizó el acto de liberalidad á mantener su compromiso.

Si la constitución de renta vitalicia constituye una modalidad del acto de donación, ¿es aplicable el artículo en examen? Te dono, por ejemplo, un inmueble, con reserva de una pequeña renta vitalicia á mi favor, y con obligación de prestar garantías; si no las prestas, ¿puedo pedir la resolución de la liberalidad en virtud del art. 1.796? Responderemos que el acto es una verdadera donación, por lo que se aplicarán las reglas de ésta, no las de la renta. Y según ellas, tiene lugar la condición resolutoria expresa ó tácita en las donaciones por el incumplimiento de las cargas.

El art. 1.976 ¿aplica á la renta vitalicia la regla general del 1.165, de que la condición resolutoria se sobrentiende siempre en los contratos bilaterales por incumplimiento? No. En efecto; el art. 1.976 está es-

crito para toda clase de renta vitalicia onerosa; por consiguiente, también para la que implica un contrato unilateral, y el art. 1.165 se refiere sólo á los bilaterales.

Pero si la disposición en examen no es consecuencia de la condición resolutoria de los contratos bilaterales, ¿puede decirse que la ley quiera, con el art. 1.976, que en los de renta vitalicia onerosa se deba considerar sobrentendida la resolutoria en el caso en que el deudor no preste la debida cautela? No se trata de una verdadera condición resolutoria. Porque el efecto de ésta es que vuelvan las cosas al estado en que estaban antes del contrato; por consiguiente, sólo será posible en los contratos en que las cosas puedan volver á su primitivo estado; pero si esto no es posible, ¿cómo puede hablarse de condición resolutoria? Porque en la renta vitalicia esencialmente aleatoria, no es posible que las cosas vuelvan á su primitivo estado. El deudor, en efecto, que ha pagado una pensión anual superior á los frutos del inmueble, la pagó en compensación de una ganancia eventual que no puede determinarse cuando se pide la resolución. Para que las cosas vuelvan á su primer estado, no basta que el propietario de la renta recobre las cosas cedidas ó la suma pagada, y el deudor las anualidades en la parte que excedan á los frutos, sino que sería preciso poder valuar la ganancia ó la pérdida que el deudor ha sufrido en definitiva para proporcionarle al tiempo de duración del contrato, y atribuirlo á uno de los dos contratantes para mantener la igualdad entre ellos; pero esto no es posible, luego no puede hablarse de resolución en el estricto sentido de la palabra en orden á los contratos de renta vitalicia.

Pero hay más. La resolución remite las cosas á su

primitivo estado; por lo que el cesionario del inmueble se considera como si nunca hubiera tenido su propiedad, por lo que, según los principios de derecho, se resuelven necesariamente los derechos de los terceros sobre el inmueble. El legislador, respecto de la renta perpetua, deroga en interés de la sociedad este principio, disponiendo en el art. 1.787 que la condición resolutoria por incumplimiento de las cargas expresa ó tácita, no perjudicará los derechos de los terceros adquiridos antes de la demanda. Ahora bien; si se tratase de una verdadera resolutoria, habría igualmente derogado en favor de los terceros dicho principio, no siendo ni justo ni equitativo que el interés de los terceros esté garantido en caso de resolución de la renta perpetua y que no lo esté cuando se resuelve la renta vitalicia. Por tanto, no habiendo repetido esta derogación respecto del contrato que nos ocupa, tenemos un motivo para presumir que no se trata de condición resolutoria. Entonces, ¿de qué se trata? Creemos que de extinción ó cesación de contrato, como en el caso de redención. La cesación se produce *ex nunc* y no *ex tunc*, es decir, que el contrato cesa de producir su efecto desde el momento en que se resuelve, pero lo produce en cuanto al tiempo anterior; por consiguiente, el acreedor tiene el derecho de exigir las anualidades atrasadas, y deben respetarse los derechos de los terceros.

166. La disposición ¿se extiende al caso en que la garantía haya disminuído? El art. 1.785 dice que el deudor de una renta perpetua puede ser obligado á redimir, si faltando la garantía, no se sustituye por otra igualmente segura. Pero esta disposición excepcional no puede aplicarse á una renta distinta de la perpetua, máxime cuando respecto á esta otra distin-

ta no concede la ley el derecho de redención. Es necesario, pues, acudir á los principios. Y éstos nos obligan á distinguir el caso en que la garantía disminuya por un hecho del deudor del en que disminuya sin culpa suya. La primera hipótesis equivale á aquella en que el deudor no haya prestado la garantía; porque el deudor, tanto falta á su obligación no dando garantía, como disminuyéndola, por lo que la disposición es aplicable á ambos casos (1). Pero si la garantía disminuye por caso fortuito, no se puede reprochar al deudor el no haber cumplido su obligación, por lo que siendo el caso distinto del contemplado en el art. 1.796, no puede aplicarse éste.

167. La resolución ó cesación del contrato en el caso previsto por el art. 1.796, ¿tiene lugar de derecho? La ley dispone que el acreedor de la renta puede, en el caso allí previsto, pedir la resolución del contrato; luego si la resolución debe pedirse, no tendrá lugar sino cuando el juez la decreta; por tanto, no es la ley, sino el juez, quien lo dicta. Así, pues, el derecho del acreedor no se adquiere por el solo hecho de no prestar garantía, sino por la sentencia firme.

De aquí que el deudor, no obstante la demanda propuesta contra él para la resolución, puede ofrecer que dará la garantía ó presentará otra en vez de la disminuída, y el juez apreciará este ofrecimiento, su seriedad, el valor de la nueva garantía para resolver en consecuencia.

Otro efecto derivado del mismo principio, es que los herederos del acreedor, si la renta se constituyó por su vida, no pueden pedir la resolución ni proseguirla, cuando fué intentada por su autor. La renta vitalicia,

(1) Apel. Turín, 12 Mayo 1878.

en efecto, cesa ó se extingue con la muerte del propietario; y si el contrato se ha extinguido, ¿cómo puede pedirse su resolución? No existe en la hipótesis un derecho adquirido á la restitución del capital ó de las cosas dadas en compensación de la renta que sea transmisible á los herederos del propietario de la misma, porque ni el hecho de la garantía no prestada ó disminuída, ni el de proponer la demanda de resolución, hacen surgir á favor del acreedor el derecho de considerar como resuelto el contrato y de recobrar lo que dió en compensación de la renta, sino que tal derecho surge cuando hay una sentencia que lo concede.

Otro sería el caso en que se hubiese estipulado una pena para el caso en que no se prestase la fianza en el tiempo indicado en el contrato. Entonces, independientemente de la acción que pudiera proceder para la resolución del contrato, habrá, en virtud de la cláusula, derecho á exigir el pago de la pena, derecho que adquiriéndose al vencimiento del término establecido para la elección de garantía, puede ser ejercitado por los herederos del constituyente.

168. La sola falta del pago de las pensiones vencidas, dispone el art. 1.797, no autoriza á aquel á cuyo favor se constituye la renta vitalicia, á pedir el reembolso del capital, ó volver á la posesión del inmueble enajenado. Sólo tiene el derecho de secuestrar y hacer vender los bienes de su deudor, y de pedir que se ordene, cuando el deudor no lo consienta, que con el producto de la venta se constituya una cantidad suficiente para pagar la pensión. Según la ley patria, pues, el incumplimiento de la obligación contraída por el deudor de dar garantía autoriza al constituyente á pedir la resolución; pero nunca lo autoriza el incumplimiento de la obligación de pagar la pensión anual;

¿por qué esta diferencia? La ley considera que el incumplimiento de la obligación de prestar garantía tiene su origen en el contrato; mientras que la falta de pago de la pensión puede tener lugar muchos años después. De aquí deduce que, resolviéndose el contrato después de un corto tiempo de existencia, los inconvenientes son pequeños; mientras que serían grandes si el contrato se resolviese después de haberse pagado puntualmente muchos años de renta; porque en este último caso, el acreedor se aprovecharía, sin correr ningún riesgo, de todas las pensiones pagadas, mientras que el deudor no sólo perdería las pensiones, sino la esperanza de recobrar lo pagado; por consiguiente, no ha creído justo el legislador conceder en este último caso al acreedor el derecho de resolución.

Pero ¿puede ser ésta pactada para el caso en que no se paguen las anualidades convenidas? No lo dudamos; porque si el legislador no le concede tal derecho cuando las partes guardan silencio, no lo concede en atención á los intereses del deudor de la renta; ahora bien; el acreedor puede proveer de otro modo á sus intereses, á lo que no se opone la ley, por tratarse de intereses particulares. «No es cierto, dice la Casación de Florencia (1), que en materia de renta vitalicia el art. 1.797 no admita en ningún caso la resolución del contrato por mora en el pago de pensiones, que sólo conceda al acreedor el derecho de secuestrar y vender los bienes del deudor, puesto que el artículo no se refiere al caso en que se pacte expresamente la resolución del contrato en caso de mora, sino que dispone solamente, en general, que la sola falta de pago no autoriza la resolución. Por consiguiente, es evidente

(1) Decis. 16 Junio 1879.

que no hace sino establecer una excepción al artículo 1.165, relativamente al simple incumplimiento, el cual, mientras en los contratos concede al acreedor el derecho á obligar al cumplimiento ó á pedir la resolución, tratándose de renta vitalicia no le autoriza á tanto, mientras no haya pacto expreso.»

Pero advirtamos que no puede, en este caso, hablarse de condición resolutoria, en el estricto sentido de la palabra, por las mismas razones porque no se admite la resolutoria tácita; porque, si teniendo en cuenta la índole especial del contrato de renta vitalicia, es imposible volver las cosas al *statu quo ante*, y si tal imposibilidad impide al legislador resolver en el estricto sentido de la palabra el contrato, debe también impedir á las partes resolverlo por efecto de una cláusula expresa. Se tratará, pues, de cesación de contrato con derecho por parte del acreedor á repetir lo que entregó en compensación de la renta; pero nunca de una verdadera resolución con efectos retroactivos.

169. No pactándose, por tanto, que en caso de retraso en el pago de las anualidades, el propietario de la renta tenga derecho á repetir el capital desembolsado ó las cosas cedidas, no le compete más que proceder á actos de ejecución contra el deudor para vender los bienes que le pertenecen, y pedir que con el producto de la venta se constituya una suma suficiente para satisfacer la pensión. Fijémonos en las palabras del art. 1.757: *suma bastante para satisfacer las pensiones,* las cuales indican que ni el acreedor tiene derecho á exigir el empleo de una suma correspondiente á la desembolsada, si al tiempo en que la ejecución forzosa tiene lugar se puede adquirir la renta con una suma menor, ni el deudor puede pretender que no se emplee suma mayor de la que ha re-

cibido, cuando ésta sea insuficiente para constituir la renta.

La disposición tiende únicamente á determinar las relaciones entre acreedor y deudor; pero no puede acudirse á ella para determinar las relaciones entre el acreedor y los demás acreedores hipotecarios del deudor. Supongamos que el acreedor hubiera constituído una hipoteca de mil en garantía de la renta. Ahora bien; si para la adquisición de la renta, después de la ejecución, se necesita un capital de mil quinientas liras, ¿puede el acreedor exigir tal suma, en perjuicio de los acreedores hipotecarios posteriores? No; porque la disposición del artículo en examen se refiere sólo á las relaciones entre acreedor y deudor de la renta, y no á las de los hipotecarios que se rigen por las leyes de la hipoteca. Ahora bien; si la hipoteca ofrece una garantía de mil, no se puede lesionar el derecho de los acreedores hipotecarios posteriores extendiendo la garantía á mil quinientos; por consiguiente, en el juicio de graduación, el acreedor de la renta puede obtener que se emplee solamente la suma de mil, salva su acción personal contra el deudor por el resto.

TÍTULO X

Del juego y de la apuesta.

CAPITULO PRIMERO

ÍNDOLE Y EFECTOS DEL JUEGO Y DE LA APUESTA

SUMARIO: 170. No hay acción por deudas de juego y apuesta.—171. Esta disposición es de orden público.—172. Las deudas de juego no admiten novación.—173. No admiten fianza.—174. Si compete acción para repetir la suma prestada para el juego.—175. Excepción legal á favor de los ejercicios corporales.—176. La acción para los juegos de billar, etc., no se da relativamente á suma ninguna.—177. La excepción relativa á los juegos que constituyen ejercicios corporales, se refiere también á las apuestas que en ellos se cruzan, aunque tengan lugar entre los que no toman parte en ellos.—178. Contratos á plazo en las operaciones de Bolsa.

170. La ley, dispone el art. 1.802, no concede acción ninguna para el pago de una deuda de juego ó apuesta; lo que en otros términos quiere decir que ni el juego ni la apuesta constituyen contratos civiles. Y, sin embargo, el art. 1.102, entre los contratos de suerte ó aleatorios, enumera el juego y la apuesta; ¿hay, acaso, contradicción entre los artículos 1.802 y 1.102

del Código? Esta sospecha se desvanece tan sólo teniendo presente el art. 1.803, en el cual se indican algunos juegos y apuestas que producen acción para exigir del que pierde el cumplimiento de la obligación contraída. Al clasificar, pues, el art. 1.102, el juego y la apuesta entre los contratos de azar, no se refiere á cualquier clase de juego y apuesta, sino á los indicados en el siguiente art. 1.803, y de los cuales nace una acción.

¿Por qué el legislador no concede acción alguna para el pago de una deuda de juego ó de apuesta? Estos dos entretenimientos se consideran desde un doble punto de vista: como honesto pasatiempo, y como costumbre viciosa. En el primer caso, el juego tiene por objeto la distracción y el recreo, y es lícito y moral; pero no es un negocio serio, sino una pura diversión; y ¿había de ocuparse el legislador de los pasatiempos? El legislador regula las relaciones jurídicas derivadas de los actos civiles con sabias disposiciones, facilita los negocios, garantiza la propiedad y protege la buena fe de los terceros. El recreo y el pasatiempo escapan á la acción de la ley; no entrando en tales diversiones la especulación, la deuda que constituyen es deuda de honor garantida por la moralidad de las personas que la contraen, y el legislador no debe ni puede mezclarse en ellas.

Cuando el juego constituye un vicio en incentivo, es la especulación y la ganancia pronta. El legislador no reprueba la especulación ni el afán de ganancia; pero quiere que el lucro se obtenga produciendo alguna cosa, no consumiendo el espíritu sobre una mesa de juego; por consiguiente, no concede ninguna acción por deuda de juego ó de apuesta cuyo móvil sea la ganancia.

171. No dándose acción por deuda de juego ó apuesta, de aquí se deduce que el deudor demandado para el pago puede oponer la falta de acción del actor y pedir la absolución de la demanda. Supongamos que el demandado no opone la falta de acción; ¿estará obligado el juez á acoger la demanda? Si la falta de acción fuese cosa relativa al interés privado de las partes, no hay duda que el juez no podría oponer de oficio dicha excepción, porque aun dado que el demandado acepte la satisfacción de una deuda por la cual no está obligado, el juez no puede apreciar lo que más conviene al interés privado del demandado, y si éste acepta una sentencia condenatoria, no debe retraerse de dictarla. Pero el art. 1.802, ¿es acaso de interés privado? No; es de orden público, como dictada en interés social, que exige que el vicio se reprima y que la fiebre de ganancia estimule al trabajo, no al juego. Si se trata, pues, de un pasatiempo honesto, la disposición en examen no deja de ser de orden público, porque es materia ésta que se escapa á la atención y competencia del legislador, el cual, si no ha creído deber ocuparse de lo que constituye un puro recreo, no quiere tampoco que se ocupe de ello el juez. De aquí que, no obstante el silencio del demandado, ó que se declare pronto á pagar, ó se limite á sostener que debe una suma menor, el juez debe reconocer de oficio el defecto de la acción por parte del actor, y absolver la demanda.

172. La deuda de juego ó de apuesta, ¿admite novación? La novación no consiste en otra cosa, sino en sustituir una nueva obligación á la anterior; luego la existencia de una primera obligación es indispensable para concebir la novación. En el caso que nos ocupa esta primera obligación falta, porque el defecto de

acción excluye la obligación del deudor; es claro, por consiguiente, que no puede hablarse de novación de una deuda de juego ó apuesta. Suponiendo, por tanto, que el que pierde hubiese conferido un pagaré ú otro efecto negociable al que gana, no hay novación, sino sólo reconocimiento de una deuda, por la cual la ley no concede acción; mientras que demandado en juicio el firmante del pagaré, puede oponer que la causa de su obligación es una deuda de juego ó de apuesta, y obtener, por consiguiente, la absolución de la demanda.

Esta excepción, sin embargo, no es siempre oponible por el deudor al tercero de buena fe. Si la obligación suscrita por aquél á favor del vendedor es de índole civil, la falta de causa puede ser opuesta al cesionario, no pudiendo el acreedor transmitir ó otro mayores derechos de los que tiene; pero si el vencido hubiese firmado un documento mercantil, la excepción de que la deuda trae su causa del juego, no es oponible á los terceros poseedores de buena fe; por consiguiente, el deudor está obligado al pago ante éstos (1). Pero realizado este pago, el firmante del documento vencido en el juego ó en la apuesta, ¿puede volverse contra el vencedor, que ha cedido á otro el efecto de comercio para repetir lo que fué obligado á pagar al tercero de buena fe?

Por la negativa puede observarse que, si la ley no da acción para exigir el pago de una deuda de juego, no la da tampoco para exigir la restitución de lo que por dicho título se pagó voluntariamente (art. 1.804); por consiguiente, si el firmante del documento pagó al tercero, poseedor del mismo, no tiene acción para ob-

(1) Apel. Florencia, 4 Agosto 1866.

tener del vendedor la restitución de la suma pagada. Pero adviértase que la ley niega la acción para repetir lo que se pagó por deuda de juego cuando el pago fué voluntario; lo que quiere decir que, excluído el carácter voluntario de éste, se puede repetir lo que se pagó sin causa, siendo éste el principio general de derecho. Ahora bien; ¿puede el pago, en esta hipótesis, considerarse voluntario? No; porque el deudor se ha visto forzado por el tercero, poseedor del documento, al cual, en vano ha opuesto que se trataba de una deuda de juego. Y no se diga que ha suscrito voluntariamente el billete á la orden, y que, por tanto, el pago debe considerarse voluntario; porque la firma del billete, en este caso, equivale al reconocimiento voluntario de la deuda hecha por el vencido, y reconocer una deuda no es lo mismo que pagarla. Se puede, pues, reconocer voluntariamente la deuda y no pagarla sino coactivamente, como en el caso que nos ocupa. No siendo, por tanto, el vencido en el juego deudor de aquél á favor del cual se firmó el billete, éste no pudo ceder á otro un derecho de crédito que no tenía; al cederlo y al estar el firmante obligado á pagarlo á consecuencia de tal cesión, tiene derecho de proceder contra aquel que con un acto suyo le esfuerza á un pago al que no estaba obligado.

173. Las deudas de juego y apuesta no admiten fianza. Supongamos que el que juega ó apuesta está garantido por una fianza, ¿puede ser obligado á pagar en caso de pérdida? No; porque la causa de la obligación del fiador es siempre una obligación que no puede producir efectos civiles, y como lo accesorio no puede existir sin lo principal, no existiendo la obligación del deudor, ¿cómo ha de existir la del fiador?

174. Si no se da acción para exigir el pago de lo

que se ha ganado al juego ó apostando, ¿se puede repetir el préstamo hecho con ocasión del juego? La obligación sin causa, dice el art. 1.119, ó fundada en causa ilícita, no puede tener ningún efecto. Y como aquí la causa es ilícita, no puede producir efecto. Para ver si el préstamo fué causado por el juego ó no, conviene distinguir entre el hecho por un jugador á otro para inducirle á jugar y el hecho por tercero extraño al juego. Hecho el empréstito por uno de los jugadores al otro, al objeto de suministrar los medios de jugar ó apostar, la causa de la obligación no es otra que el juego; por consiguiente, no tiene eficacia jurídica la obligación contraída por quien recibió dinero (1). Pero si éste lo prestó á un extraño, aun sabiendo que era para jugarlo, la obligación existe, porque se prestó, no para inducir á jugar, sino para satisfacer el deseo de quien lo recibió. Por otra parte, quien suministra á persona capaz, ¿está, acaso, obligado á indagar el uso que va á hacer de él? Y si el dinero se tomase prestado, aun con el objeto de tirarlo por la ventana, ¿no subsistiría, igualmente, la obligación de devolverlo? ¿Por qué no cuando se emplea en el juego?

175. Hay una clase de juego á la cual la ley concede acción. El art. 1.803: «estarán exceptuados los juegos ó ejercicios que contribuyan al ejercicio del cuerpo, como son aquellos que adiestran en el manejo de las armas, las carreras á pie ó á caballo, las de carros, el juego de pelota y otros semejantes». ¿Razón de esta excepción? El ser necesario que todos los ciudadanos que tienen una patria que defender se ejerciten en todo aquello que sirva para desarrollar el cuerpo. Estos juegos tienen un objeto moral y son verda-

(1) Apel. Génova, 7 Marzo 1878.

deramente productivos, y por esto el legislador los pone bajo su protección concediendo acción para el pago del triunfo.

El artículo en examen ¿es taxativo ó demostrativo? Distingamos el género de la especie; la ley habla de juegos que contribuyan al ejercicio del cuerpo, fijando el género, y después enumera varias especies de éstos. Ahora bien; el género indicado por el legislador es taxativo, ya porque el texto de la ley es preciso, ya porque la razón de la derogación milita solo á favor de esta clase de juegos. De aquí que el juego que ejercita la mente, como, por ejemplo, el ajedrez, no está comprendido en dicha disposición. Pero la indicación de los juegos comprendidos en dicha categoría no es taxativa, porque se añade: *y otros de igual naturaleza*. La natación, por ejemplo, no está enumerado y, sin embargo, débese considerar comprendido. Y el billar, ¿se debe comprender? Cremos que no. Es verdad que sirve de gimnástica, pero un buen jugador de billar no es, por lo mismo, un buen defensor de la patria. El legislador se refiere á aquellos juegos que habitúan al hombre á un ejercicio fatigoso y ayudan á formar un buen soldado; pero el billar no da buenos soldados, sino ociosos; por lo que ninguna acción se concede para el pago de las deudas de este juego.

176. Pero cualquiera que sea la suma que se atraviese en estos juegos exceptuados, ¿corresponderá la acción para el pago? No; el segundo párrafo del artículo 1.803, dice: «sin embargo, la autoridad judicial podrá rechazar la demanda cuando la suma adeudada sea excesiva». El legislador concede la acción para los juegos indicados en el art. 1.803, siempre que el móvil ú objeto principal de los mismos sea el ejercicio del cuerpo, lo que se verifica cuando la suma no es

excesiva y sólo sirve de estímulo al juego. Pero cuando el móvil es la ganancia, el juego es un medio de lucro que no puede encontrar sanción en la ley. Siendo tal el concepto del legislador, si el juez encuentra excesiva la suma, no debe reducirla, sino rechazar la demanda, pues así lo exigen el texto y el espíritu de dicho párrafo.

El texto, porque en él se habla de rechazar la demanda, no de reducirla. El espíritu, porque cuando el objeto del juego es el lucro, la causa es ilícita.

El juez apreciará si la suma es ó no excesiva. Pero ¿con qué criterio? Con el que informa dicho artículo. ¿Por qué se niega la acción en caso de suma excesiva? Porque en este caso el móvil es el lucro, no el ejercicio del cuerpo. Luego el juez examinará las circunstancias del caso, la condición de los jugadores, y resolverá.

177. La apuesta, ¿está comprendida entre las excepciones del art. 1.803? La cuestión ocasionó disputas entre los comentaristas franceses; pero prevaleció la opinión de que la excepción no se refiere á la apuesta entre personas extrañas al juego, sino que sólo comprende las que se atraviesan entre jugadores (1). Creemos que la cuestión está resuelta entre nosotros por el art. 1.803, algo distinto del 1.966 del Código francés. En efecto; en el segundo párrafo de éste se lee que el juez rechazará la demanda, siempre que la suma sea excesiva. Por el contrario, en el 183 del nuestro se lee que la autoridad judicial podrá rechazar la demanda cuando la suma *atravesada en el juego ó apuesta* sea excesiva. Con lo que desaparece la cuestión, porque la ley no declararía que el juez puede re-

(1) Véase Laurent, XXVII, 200.

chazar la demanda cuando la suma empleada en la apuesta fuese excesiva, si no concediera acción por la apuesta en los juegos que se refieren al ejercicio del cuerpo.

Pero la apuesta á que alude el legislador, ¿es la que tiene lugar sólo entre los jugadores? No; porque el texto no hace tal restricción. Además, ésta constituye el premio del juego, y es precisamente lo que se juega; luego si la ley quisiera limitarse á ésta, su pensamiento estaría ya contenido en la expresión—*suma empeñada* en el juego,—y no era necesario añadir—*ó en la apuesta*. Y no hay desacuerdo entre el espíritu y la letra de la ley. Porque si el legislador concede acción por deudas de los juegos indicados en el art. 1.803, en cuanto la suma empeñada en el juego sirve de estímulo al juego, otro tanto puede decirse de la apuesta, aunque empeñada entre extraños al juego, puesto que el interesarse estas personas sirve de estímulo á los jugadores, por lo que no puede decirse que sea solo con el fin de lucro. El extraño que apuesta una módica suma se interesa en el juego aunque no tome en él parte, y su objeto, atendiendo á la modicidad de la suma empeñada, no es el de conseguir un lucro, sino concurrir indirectamente al juego, animándole y estimulando á los jugadores; por lo que no hay motivo de reprobación.

178. El contrato á termino, mediante el cual se especule en la Bolsa, se conoce con el nombre de jugada de Bolsa. Según el derecho común, este contrato, que contiene una venta ficticia y cuyo verdadero fin es el pago de la diferencia de valores, no puede producir efectos jurídicos ni de acción para el pago de la diferencia. Y así lo juzgaba la jurisprudencia mientras faltó una ley especial derogatoria en orden á dichos

contratos. Las dos leyes del 14 de Junio de 1874 y 13 de Septiembre de 1876, crearon un derecho excepcional en esta materia. El art. 4.° de esta última, dice: «Se concederá en los contratos á plazo de que habla el art. 1.° de esta ley y estipulados en la forma establecida, acción en juicio, aunque sólo tengan por objeto el pago de la diferencia.» Podrá acaso discutirse la conveniencia de esta ley, dice la Casación de Nápoles (1); pero hay que respetarla.

No puede decirse que se haya recibido unánimemente el principio de que estas leyes hayan creado un derecho excepcional. Así, en efecto, lo pensaba en un tiempo la Casación de Turín, que se expresaba así: «En ningún caso puede sostenerse que las leyes citadas hayan derogado el derecho común del art. 1.802 del Código civil ante los eternos principios de moral invulnerable contra una ley económica por urgente que sea y á despecho de la ley referida, la cual si bien reconoce los contratos á plazo, no los acepta de un modo absoluto, sino que sólo entiende cuando se hayan observado las formalidades prescriptas que su reconocimiento tenga por efecto liberar á quien sostiene la validez de un contrato de este género, del deber de probar la verdad intrínseca y de hacer recaer, por el contrario, sobre quien pide la nulidad, la obligación de probar que el contrato presenta el carácter de apuesta, como se dice en la relación ministerial» (2).

Después, el mismo tribunal cambió de parecer. «Considerando, dice (3), que en vano se invoca la relación ministerial que acompañó al proyecto conver-

(1) Decis. 5 Diciembre 1851.
(2) Decis. 22 Agosto 1878.
(3) Decis. 21 Abril 1882.

tido en ley el 14 de Junio de 1874, esencialmente idéntica á la de 14 de Septiembre de 1876, y en el cual se dice que el reconocimiento de los contratos á plazo en general, tendrá por efecto liberar al que sostiene su validez de la prueba de su verdad intrínseca y hacer que recaiga la prueba de que se trata de apuesta el que pide la nulidad. Considerando, en efecto, que cualquiera que fuese el valor concedido á esta argumentación, desaparece si se observa que el proyecto ministerial de que se trata fué especialmente en su art. 4.°, rechazado con la ley correspondiente, y que la Comisión tuvo cuidado de cortar en su relación el reconocimiento absoluto que con dicha relación se concedía á los contratos á plazo celebrados con el pago de la contribución fijada aun cuando tuviese por objeto la sola diferencia.»

Esta última decisión creemos que está más en armonía con la ley. En la del 1.876, en efecto, no se trataba de prueba, sino de acción; y habiéndola concedido indistintamente para los contratos á término, cualquiera que fuese su objeto, siempre que fuesen revestidos de las formas legales, ¿con cuánta lógica no puede sostenerse que el legislador no quiso hacer sino invertir el cargo de la prueba? Cuando el contrato tiene por objeto el solo pago de la diferencia, se resuelve sin duda en un juego ó apuesta, y aunque se haya probado esto, las leyes citadas conceden acción para exigir el pago; luego no derogan el principio regulador de la diferencia, sino el principio general del art. 1.802 del Código.

CAPITULO II

DE LAS DEUDAS DE JUEGO Y APUESTAS PAGADAS VOLUNTARIAMENTE

SUMARIO: 178 *bis*.—No se repite la deuda de juego pagada voluntariamente.—179. La disposición es aplicable á toda especie de juegos.—180. Habrá pago aun en el caso en que se dé *in solutum* un inmueble ó se ceda sin crédito.—181. En este case no corresponde al vencedor la acción de garantía contra el cedente, por evicción ó inexistencia del crédito cedido.—182. Se repetirá lo pagado si hubo dolo por parte del vencedor.

178 *bis*. Dispone el art. 1.804: «En ningún caso podrá el que pierda reclamar lo que voluntariamente hubiese pagado, á no ser que por parte del vencedor hubiese habido fraude ó dolo, ó fuese menor de edad ó estuviere sujeto á inhabilitación ó interdicción el que hubiere perdido.» ¿Cuál es el motivo de tal disposición? Si no se concede acción por deudas de juego ó apuesta y lo que se paga se paga indebidamente, ¿por qué no se ha de repetir? La razón está en el art. 1.237, en que se dice que la repetición del pago no se admite respecto de obligaciones naturales voluntariamente satisfechas. No repetiremos lo dicho ya al tratar de éstas (1), basta decir que la falta de acción para re-

(1) Vol. XIII, núm. 3.

petir una deuda de juego pagada voluntariamente, es una consecuencia de lo dicho al tratar de las mismas.

Hay algunos juegos prohibidos por la ley como constitutivos de delito; ¿se aplicará la disposición en examen á éstos? Sí, pues no es lícito distinguir cuando la ley no distingue. Por otra parte, la pena no altera en modo alguno la obligación natural. Porque sea ó no delito, la obligación contraída es de igual naturaleza. Ahora bien; sino se puede repetir lo pagado voluntariamente por causa ilícita, es indiferente que ésta constituya ó no delito á tenor del Código penal.

179. ¿Cuándo se considera satisfecha la deuda de juego ó apuesta? Tres hipótesis pueden suponerse: que cada jugador tenga en la mesa el dinero que juega y lo pague ó cobre según pierda ó gane; que el dinero esté depositado en un tercero y, finalmente, que se juegue de palabra. La primera y la última no presentan dificultad alguna. No la presenta la última, porque el jugar de palabra no implica satisfacción de la deuda y es preciso esperar á que el que pierde pague. No la presenta la primera, porque si el que pierde paga á medida que pierde, tal pago es la satisfacción de la obligación contraída y satisfecha voluntariamente sin ser forzado á ello, es claro que no hay acción para repetir.

La segunda hipótesis puede sugerir alguna duda. Si el que pierde se opone, al terminar el juego, á que el tercero pague, ¿puede éste pagar al vencedor, y si lo paga, hay acción para repetir? El dinero, observan algunos, se ha depositado para transmitir la propiedad al otro jugador al cumplirse una condición: la de que venza en el juego; si éste, por tanto, ha vencido, se cumple la condición y el dinero es suyo, no estando obligado á restituirlo. No lo creemos así. Cuando

el dinero se deposita, el objeto del depósito es la garantía de la obligación; y si la obligación no tiene valor legal, ¿puede tenerlo la garantía? Cierto que no; luego el tercero no tiene obligación de pagar, ni el vencedor adquiere ningún derecho. Pero aun considerando el depósito como traslación de dominio bajo condición, ¿es cierta la tesis que combatimos? No; porque la causa de la transmisión es ilícita y no produce efectos jurídicos. En efecto; ¿cuál es el motivo de la cesión del dinero depositado? El juego y no otro; pero si el juego no engendra la obligación de pagar, la deuda no puede ser causa de traslación de dominio; por lo que ésta carece de causa ilícita y es improductiva de efectos jurídicos.

De aquí que el depósito no equivalga al pago, porque no se concibe un pago antes de que surja la deuda; por lo que el que pierde y paga conserva el derecho de repetir. Puede repetir del depositario, y si éste, contra la voluntad del vencido paga, puede exigir la restitución del mismo. Decimos *contra la voluntad del que pierde*, porque si éste consiente el pago, es válido. La sola autorización de pagar, no seguida de la entrega de la suma depositada, no implica el pago; por lo que mientras la entrega no se realiza puede siempre el que pierde reclamar la suma depositada, á pesar de haber prestado su consentimiento para la entrega.

180. Si se jugó dinero, el vencedor puede consentir en recibir cosa distinta, en cuyo caso el pago se entenderá realizado, una vez transmitido el dominio de la cosa que se da *in solutum*. Si, por ejemplo, el que pierde no tiene la suma perdida, y propone el pago mediante la cesión de un inmueble que es aceptado, firmado el documento en que el dominio se transmite,

el pago se considera hecho, puesto que basta el consentimiento para transmitir el dominio; por lo que el vencido no puede reclamar la restitución. Igualmente se considerará satisfecha la deuda, si el que pierde cediere un crédito al que gana y éste le aceptase, puesto que en este caso el consentimiento basta para transmitir el dominio del crédito. No es necesario, para que se pueda considerar realizado el pago, que se notifique la cesión al deudor, ó que sea aceptada por éste con documento auténtico; porque si la omisión de esta formalidad obra en las relaciones entre cesionario y terceros, y entre aquéllos y el deudor, no altera las relaciones entre las partes.

¿Por qué, se dirá, la cesión de un crédito hecha por el que pierde, equivale al pago y no el billete á la orden, suscripto por el primero al segundo? Por la diversa índole de ambos actos. La firma de un billete á la orden, pagaré, etc., equivale al reconocimiento de la deuda, pero no á su pago. Por el contrario, cuando excede un crédito no sólo se reconoce la deuda, sino que se hace algo más: se transfiere un derecho del patrimonio del cedente, y esta transferencia es un verdadero pago.

181. En los casos mencionados, ¿está el que pierde obligado á prestar la garantía en caso de cesión del inmueble dado en pago, ó en caso de inexistencia del crédito cedido? La garantía se debe en cuanto el cedente se obliga con el cesionario de modo que la obligación constituída con éste no puede considerarse extinguida sino cuando el objeto de la cesión se alcanza, esto es, cuando el dominio ó derecho sobre la cosa ó créditos cedidos pasa efectivamente al patrimonio del cesionario acreedor. Ahora bien; el que pierde no tiene ninguna obligación con el vencedor, porque la ley

no reconoce deudas de juego ni apuesta; luego no puede estar obligado á garantía alguna. Si el vencedor cesionario no adquiere derecho sobre la cosa ó crédito cedidos, implica esto que la deuda de juego ha quedado incumplida. Ahora bien; ¿tiene el vencedor acción para exigir su cumplimiento? No; luego no puede ejercitar tampoco la acción de garantía, de lo contrario, eludiría la ley, consiguiendo por otro camino aquello que la ley no le concede por ninguno.

182. El artículo en examen no da derecho para repetir lo que se paga voluntariamente en satisfacción de una deuda de juego, pero á condición de que por parte del vencedor no haya habido dolo ó fraude, y á condición de que el que pierde no fuese menor de edad, interdicto ó inhabilitado. Cuando por parte del vencedor hubo dolo ó fraude, es de suponer que el que pierde no habría pagado si hubiera conocido que fué víctima de la mala fe, y además, á nadie le es lícito asegurarse un provecho con artes fraudulentas; de aquí el derecho concedido por la ley al que pierde de repetir lo pagado. Si el que pierde es persona incapaz, menor, interdicto ó inhabilitado, no podrá realizar actos que no sean de mera administración, cual lo es, sin duda, el pago de una deuda de juego; he aquí por qué el legislador le concede el derecho de repetir lo pagado.

La ley no habla de la mujer casada; ¿necesitará, pues, autorización del marido para repetir lo pagado? La cuestión se resuelve acudiendo al art. 134, que dice que la mujer no puede ceder capitales sin autorización de su marido; y como aquí se trata de un capital, por no existir obligación de pagar, de aquí que, siendo nula la cesión por falta de licencia del marido, no pueda repetir lo pagado.

TÍTULO XI

Del comodato.

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA DEL COMODATO

SUMARIO: 183. Definición del comodato.—184. Qué cosas pueden ser objeto de este contrato.—185. Es esencialmente gratuito, y constituye acto de liberalidad.—186. Es bilateral.—187. Capacidad necesaria.—188. Qué derechos debe tener sobre la cosa el que la da en comodato para que el préstamo sea válido.

183. El comodato ó préstamo de uso (art. 1.805) es un contrato por el cual una de las partes entrega á otra una cosa para que se sirva de ella por tiempo ó uso determinado con obligación de devolverla. En la jurisprudencia tradicional se conocen dos clases de préstamo: el préstamo de uso y el préstamo de consumo. En el primero, el que lo hace conserva la prestada, y quien lo recibe se sirve de ella con la obligación de restituirla; en el préstamo de consumo la propiedad de la cosa se transmite á la persona á quien se hace el préstamo, la cual dispone de ella á su arbitrio, contrayendo sólo la obligación de devolver otra cosa de la misma cantidad y calidad que la reci-

bida. El préstamo de uso se llama también comodato, en cuanto la cosa prestada se pone al servicio ó comodidad de otro; de éste nos ocuparemos ahora, dejando para otro título el préstamo de consumo.

El objeto del préstamo de uso es el servirse de la cosa prestada; pero ¿cuál es el concepto jurídico de este servicio? Es preciso comparar el comodato con el arrendamiento de las cosas. En ambos contratos se da una cosa, y el que la recibe la disfruta; pero en el comodato el uso está limitado al servicio para que se entregó, mientras que en el arrendamiento el goce de la cosa se extiende al que es susceptible con arreglo á su destino. Un ejemplo. Te presto un caballo para salir al campo; tú no puedes emplearle más que para tal objeto; si le llevas á otro lado, infringes el contrato, y responderás de las consecuencias. Pero, si te arriendo un caballo, puedes emplearlo en cualquier viaje, y puedes hacer de él el uso á que estaba destinado por el arrendador.

184. ¿Qué cosas pueden ser objeto del comodato? El art. 1.878 del Código de Napoleón dispone que todo lo que está en el comercio y no se consume con el uso puede ser objeto de este contrato. Tal disposición no la reproduce nuestro Código; ¿debemos deducir de esto que el legislador quiso otra cosa? Acudamos á los principios. Las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de contratación. Tal es el del art. 1.116; ¿hace falta, pues, una disposición que declare esto mismo? No; porque el silencio del legislador lo confirma. Es de esencia en el comodato que el comodatario devuelva al comodante la cosa recibida. Ahora bien; si el uso la consume, es natural que no pueda hablarse de comodato, ni es necesario una disposición legal para admitir lo que depende de la esencia misma de

las cosas. ¿Dedúcese de aquí que las cosas que se consumen por el uso no pueden ser nunca objeto de comodato? Cierto que si el uso para el cual se prestaron es incompatible con su conservación, no puede hablarse de comodato; pero si el uso especial para que se prestan fuese compatible con su conservación, no hay razón para excluir el comodato. Si yo te doy botellas de vino para que las bebas, el contrato no será de comodato; pero si te las doy para que las pongas de muestra, podrás devolvérmelas, y el contrato será de préstamo de uso, no de consumo.

185. El comodato es esencialmente gratuito (artículo 1.806); ¿por qué? Si la cosa se presta merced á una compensación en dinero, el contrato es de arrendamiento de cosas; y si la compensación consiste en la prestación de servicios ó de cualquier otra cosa, se trata de un contrato innominado, que toma sus reglas de los principios generales; pero no será arrendamiento ni comodato. En éste se hace un favor á un amigo sin ánimo de lucro por acto de liberalidad. Tal es la índole del comodato: las partes pueden pactar una compensación por la cosa dada en uso; pero en tal caso no habrá comodato.

Siendo el comodato un favor, las obligaciones que de él derivan no deberían extenderse á los herederos. Si te presto una cosa mía, hago un acto de liberalidad á tu favor; pero puedo no mostrarme igualmente liberal con tus herederos, á quienes no conozco; por consiguiente, podré pedirles la restitución de la cosa prestada. Igualmente, al morir el comodante, los herederos pueden no tener amistad con el comodatario, y no querer hacer un acto de liberalidad con respecto á él, y entonces tendrán el derecho de exigir de éste la restitución de la cosa prestada.

Pero el legislador, eminentemente práctico, considera la cosa desde otro punto de vista. Distingue entre un préstamo y otro. Hay ciertos servicios exclusivamente personales. Si yo, á quien me gusta cabalgar, te presto un año mi caballo para que te sirvas de él para este uso, te le presto para un servicio personal que si no puede efectuarse hace que cese la causa del préstamo y éste no puede continuar. Pero otros servicios á que la cosa puede destinarse, pueden no ser personales; tú construyes un edificio y yo te presto las vigas ó maderas necesarias; en tal caso, las cosas no sirven directamente, sino indirectamente, á tus intereses.

En este espíritu se informa el art. 1.807, que dice: «Las obligaciones que se contraigan en virtud del comodato pasan á los herederos del comodante y comodatario; pero si el préstamo fué hecho solo en atención al comodatario, sus herederos no pueden continuar en el disfrute de la cosa prestada.» ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Volvamos á los ejemplos propuestos. Cuando yo te presto el vigamen para la construcción de tu edificio, no tengo la intención de que te sirvas de la cosa prestada personalmente, sino al edificio. Ahora bien; si muere el comodante ó el comodatario, ¿puede considerarse contrario á su intención que la cosa siga en poder de los herederos del último mientras no haya terminado el uso para que fué dada ó que subsista en poder del comodatario una vez muerto el comodante? Cierto que no, á menos que las partes no hayan demostrado una intención contraria, y entonces se estará á la ley del contrato; luego el comodato continúa entre los herederos. Pero cuando la cosa se prestó sólo para el servicio personal del comodatario, ocurre todo lo contrario; por consiguiente, el comodante

tiene derecho á reclamar la restitución de los herederos aunque no haya expirado el término.

Pero el contrato continuará, no obstante la muerte del comodante, entre los herederos de éste y el comodatario, porque el art. 1.807, en el caso en que el préstamo se hizo en consideración de la persona del comodatario, deroga el principio establecido en su primera parte sólo entre los herederos del comodatario, pero no ante los del comodante, por lo que frente á éstos exige el principio de que las obligaciones dependientes del comodato pasan á los herederos. Y esta continuación del contrato, ¿no es contraria en este caso á la intención de los contratantes? No; porque su intención fué que la cosa sirviese personalmente al comodatario; luego quisieron implícitamente que el contrato continuase por todo el tiempo establecido si la consecución de aquel objeto fuese posible; ni los herederos del comodante pueden decir que no están dispuestos á ningún acto de liberalidad con la persona del comodatario, porque, según los principios generales de derecho, se transmite á ellos las obligaciones de su autor.

186. El comodato, ¿es bilateral? Sí; puesto que la obligación se contrae por ambas partes; tan cierto es esto, que el legislador, después de hablar de las obligaciones del comodatario, pasa á otro capítulo á hablar de las del comodante. Y no se diga que las obligaciones del comodante no son tales, sino condiciones del contrato. Cuando el comodante presta la cosa, dicen algunos, no contrae obligaciones; el obligado es sólo el comodatario; luego el contrato no es bilateral. No lo creemos así. Es verdad que la cosa se da á condición de que el comodatario se sirva de ella; pero este derecho que adquiere, ¿cómo puede existir sin la obli-

gación correspondiente en el propietario de la cosa prestada? Si Ticio tiene derecho de servirse por algún tiempo de una cosa que yo le presto, naturalmente yo estoy obligado á permitir que se sirva de dicha cosa, y no puedo reclamar la restitución mientras no transcurra el tiempo estipulado ó no se haya hecho el uso determinado en el contrato. Y este vínculo, ¿qué es sino una obligación? El ser el contrato gratuito no excluye la obligación del comodante, como la donación no excluye la obligación contraída por el donante con el donatario de pagarle una suma en determinado tiempo. Aunque el comodante se haya obligado gratuitamente á prestar la cosa, la obligación contraída por él no deja de ser tal, ni puede decirse que el obligado sea sólo el comodatario y el contrato unilateral.

Siendo el contrato bilateral, el art. 1.165 le es aplicable; por lo que si el comodatario falta á sus obligaciones, no custodiando diligentemente la cosa, empleándola en uso distinto del para que fué prestada, ó no cumpliendo cualquier otra obligación impuesta por la ley ó el contrato, el comodante puede pedir la resolución en virtud de la condición resolutoria implícita en los bilaterales.

187. ¿Quién tiene capacidad para este contrato? No hablemos del interdicto ni del menor emancipado que, no teniendo capacidad alguna, no pueden tampoco prestar las cosas que les pertenecen; pero el inhabilitado y el menor emancipado, ¿pueden contratar comodato? El que presta á uso no realiza, es cierto, acto de disposición de bienes, porque conserva la propiedad de la cosa, privándose temporalmente del uso de la misma en favor de la persona de quien se hace el empréstito; pero también es verdad que el dar á préstamo no es tampoco acto de administración. Los

actos de administración se realizan en interés del administrado, y ¿acaso el préstamo se realiza en interés del mandante? Todo lo contrario; luego es acto que excede de la simple administración, y no puede ser realizado por quien carece de capacidad.

Pero si el inhabilitado y el menor emancipado reciben á préstamo cosa ajena, ¿pueden asumir las obligaciones del comodatario? Las obligaciones que nacen del comodato y que en caso de incumplimiento comprometen el patrimonio del comodatario, exceden los límites de una administración ordinaria, por lo que no pueden ser realizados por incapaces. El derecho de pedir la nulidad corresponde sólo al incapaz, según los principios de derecho; por consiguiente, no pudiendo el comodante deducir la nulidad, tampoco puede pedir la restitución de la cosa prestada antes de que transcurra el término fijado para la restitución ó que se haya hecho el uso para el cual fué dada. El menor emancipado y el inhabilitado, por su parte, no responden á las obligaciones derivadas del comodato, sino sólo de la pérdida ó deterioro de la cosa cuando sean consecuencia de su propio dolo.

La mujer casada, ¿puede dar y recibir á préstamo sin la autorización marital? En nuestro Código, la mujer casada no es incapaz; el consentimiento del marido se presta como reconocimiento á su autoridad. Ahora bien; el art. 134 no enumera el comodato entre los actos que exigen la autorización marital; por consiguiente, no puede considerarse nulo el préstamo hecho por la mujer sin licencia marital.

188. ¿Qué derechos debe tener sobre la cosa el que la da á préstamo? Por el comodato no se transmite ningún derecho sobre la cosa, sino sólo una acción personal contra el comodante para que éste permita

el uso de la cosa; luego no es necesario tener la propiedad de la cosa, basta ser simple poseedor para prestarla. Pero el propietario ¿podrá reivindicar la del comodatario? La respuesta depende de las relaciones jurídicas entre éste y el comodante. Si quien dió la cosa á préstamo no es más que un simple poseedor de la misma, sin título alguno, el propietario de ésta puede reivindicarla. Pero si el comodante era, por ejemplo, arrendatario de la cosa, y en el contrato no se le privó de la facultad de subarrendar, puede darla en préstamo mientras el contrato dura, y el propietario no puede reclamarla.

CAPITULO II

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

SUMARIO: 189. Obligación del comodatario de custodiar y conservar la cosa prestada.—190. Cómo debe servirse el comodatario de la cosa.—191. El comodatario responde del caso fortuito si emplea la cosa prestada pudiendo servirse de la suya.—192. Valoración de la cosa prestada.—193. Deterioro de la cosa por el uso.—194. Varios comodatarios de una sola cosa.

189. El comodatario (art. 1.803) está obligado á velar, como buen padre de familia, por la custodia y conservación de la cosa prestada. No basta que el comodatario pruebe haber usado de aquella misma diligencia que pone en sus cosas, porque á quien por mero favor se priva de sus cosas, se está obligado con él á que el favor no se convierta en daño. Tampoco se exige una diligencia especial extraordinaria, porque ésta no fué la presunta intención de los contratantes, y el legislador no puede exigir más que ellos. El comodatario, por tanto, cumple prestando la diligencia de un buen padre de familia. Si el comodatario ha prestado dicha diligencia, no responderá del caso fortuito por el cual ésta se deteriore ó pierda, ya porque el deudor, en virtud de los principios de derecho, no está obligado á más, ya porque la ley, al poner el caso

fortuito á cargo del comodatario cuando éste viole sus obligaciones (art. 1.809), no le pone á su cargo cuando las cumple.

¿Quién debe probar el caso fortuito? En otros términos: ¿deberá el comodatario probar que, por su parte, se usó de la diligencia de un buen padre de familia, ó deberá el comodante probar que no se usó de tal diligencia? Un insigne escritor se expresa de esta suerte: «á no ser que el mal uso ó la negligencia resulte del hecho mismo, la diligencia ordinaria se presume, y quien la niegue debe probar su excepción» (1). No podemos compartir tal opinión. ¿Puede admitirse una presunción legal sin un texto que la establezca? Ahora bien; ¿dónde está la disposición legal en que se establece á favor del comodatario tal presunción? Faltando ésta, hay que recurrir á los principios. El comodatario tiene la obligación de restituir la cosa en el mismo estado que se le entregó, por lo que, probado este estado, no debe probar más, y el comodatario debe responder del cumplimiento de su obligación. Ahora bien; cuando el comodatario alega que la cosa prestada pereció por caso fortuito, sostiene que está liberado de su obligación, y esta prueba está á cargo del deudor, no del acreedor; y como el comodatario deudor no se libera si no usa de la diligencia propia de un buen padre de familia, de aquí que deba suministrar esta prueba, y mientras no la aporte estará obligado á restituir.

Si, no obstante toda la diligencia posible usada por el comodatario, perece la cosa, ¿quedará obligado, si el comodante demuestra que no habría perecido si no la hubiese prestado? Yo te presto, supongamos, mi caba-

(1) Borsari, *Comm.*, arts. 1809-10, § 3.965.

llo para ir á un lugar determinado; en el camino te asaltan unos malhechores; te matan y roban el caballo; es cierto que has sido víctima de fuerza mayor; pero también es verdad que yo no hubiera perdido mi caballo si no te lo hubiera prestado. Y ¿puede admitirse que yo le pierda por haberte prestado un favor? Obsérvese que el préstamo, en este caso, es ocasión, no causa del daño, y que quien presta una cosa se expone, naturalmente, salvo pacto especial, á los riesgos que puedan derivarse del préstamo, y respecto de los cuales no se puede culpar al comodatario de negligencia. El que no quiera exponerse á ellos que no preste la cosa ó que estipule un pacto especial salvando estos riesgos. Por otra parte, cuando el comodatario usa de la diligencia de un buen padre de familia, está exento de culpa; y faltando ésta, ¿sobre qué se apoyaría la indemnización? En la ley no puede fundarse, porque la obligación que ésta impone al comodatario se ha cumplido, y el deudor que satisface su obligación no está obligado á más; en el pacto tampoco, porque falta; luego el riesgo estará á cargo del comodante.

190. El comodatario está obligado, además, según la disposición del art. 1.808, á servirse de la cosa prestada según el uso determinado por la naturaleza, ó por el contrato, bajo pena de resarcimiento de daños. Si el comodatario emplea la cosa para un uso distinto y por un tiempo mayor del que debiera, es responsable de la pérdida por caso fortuito (art. 1.807). El contrato es ley entre las partes. Si el comodante determinó el uso que ha de hacerse de la cosa prestada, el comodatario que aceptó el préstamo con tales condiciones debe observarle escrupulosamente, porque no es lícito abusar del favor en daño de la persona de quien se recibe; si no se estableció nada sobre este punto, se

entenderá que las partes quisieron tácitamente que la cosa se emplease en el uso á que fué destinada, voluntad tácita que no es menos eficaz que la expresa. El tiempo de la duración del comodato puede establecerse por las partes en determinados días, meses ó años, ó puede resultar implícitamente establecido, teniendo en cuenta el uso á que la cosa se destina. Si, por ejemplo, presto á un amigo mío el caballo para un viaje determinado, es claro que, realizado éste, el contrato tiene un término, y el comodatario no podrá servirse ulteriormente del caballo sin abusar de mi condescendencia. Pero la cosa prestada puede emplearse en uso distinto, ó por un tiempo mayor de aquel por el cual se dió, cuando sobrevengan circunstancias que hagan presumir que si éstas hubiesen sido conocidas en el momento en que la cosa se prestaba, el comodante habría consentido que el uso de la cosa se extendiese, ó que se prolongase la duración del préstamo. Tú, por ejemplo, recibes á préstamo un caballo para ir á tu pueblo; allí recibes una noticia que te obliga á trasladarte inmediatamente á otro lugar; se dice que puedes servirte del caballo para hacer este segundo viaje, porque si esta circunstancia hubiese sido conocida por el amigo, habría consentido en la prosecución del viaje. No aceptamos esta doctrina; porque si el legislador puede fundarse en la equidad al dictar sus disposiciones, no puede fundarse en ella el intérprete para derogar la ley. Los contratos tienen su base en la voluntad cierta de las partes, ya expresa, ya tácita; pero no hay contrato que se funde en una voluntad presunta; luego determinado el uso de la cosa prestada y fijada la duración del préstamo, el pacto es ley entre las partes, y no puede ser derogado bajo pretexto de una voluntad presunta.

Empleando el comodatario la cosa prestada en un uso distinto, ó por un tiempo más largo del que debería, responde del caso fortuito, porque éste es aquí consecuencia de la culpa. Si tú te sirves de mi caballo para el viaje para el cual te le presté, y en el camino le matan los ladrones ó lo parte un rayo, no respondes, porque estás exento de culpa; pero si te sirves de mi caballo después de transcurrido el término para el cual te lo di, ó para un viaje distinto, responderás de la muerte del caballo por parte de los malhechores, ó por efecto del rayo; porque tú tienes culpa, y si hubieses restituído el caballo á su tiempo, ó si no te hubieses servido para otro viaje, ni el rayo le hubiera partido, ni los bandidos le hubieran muerto.

Pero, añade el art. 1.809, que no obstante la culpa del comodatario, no responderá éste del caso fortuito cuando pruebe que la cosa hubiese perecido igualmente si no se hubiera empleado en un uso distinto, ó se hubiese restituído al terminar el contrato. Excepción justificada por los principios de derecho. En efecto; la sola culpa no da derecho á proceder contra quien le es imputable; pero es necesario que el daño lamentado sea una consecuencia de la misma; de modo que si no hubiese habido culpa, el daño no se hubiera verificado. Si entre la culpa y el daño no hay relación de causa ó efecto, no puede ser considerado responsable el que, aunque culpable, no originó el daño. Si el caballo que te presto, por ejemplo, muere cuando le dedicas á un uso distinto, ó después de transcurrido el término, á causa de una enfermedad de que estaba atacado, de suerte que hubiese muerto igualmente si le hubiese empleado en el uso estipulado, no se puede decir que la muerte sea consecuencia de tu culpa, y no eres responsable.

191. Si la cosa prestada, dispone el art. 1.818, perece por caso fortuito, al cual el comodatario la habría podido sustraer, sustituyéndola por una propia, ó si no pudiendo éste salvar más que una de ambas hubiese preferido la suya, será responsable de la pérdida de la otra. Distintas son las dos hipótesis de este artículo. La primera supone que el comodatario, pudiendo servirse de su propia cosa, prefirió servirse de la prestada. Me pides prestado mi caballo; te sirves de él pudiendo servirte del tuyo, y perece por un accidente cualquiera; ¿estarás obligado, según el artículo en examen, y por qué? Porque quien presta gratuitamente la cosa propia la presta para subvenir á una necesidad del que la recibe, no para que se lucre con ella. Ahora bien; si puedes satisfacer tus necesidades empleando tu caballo, y para ahorrarle empleas el prestado, violas el fin del contrato, abusando de la buena fe del comodante, incurriendo en responsabilidad. La otra hipótesis supone que, amenazando un peligro á la cosa tuya y á la prestada, dejes perecer ésta, la ley dice que serás responsable aun del caso fortuito; ¿y por qué? Porque el caso de la pérdida deja de ser fortuito cuando puedes evitarla. La cosa prestada por mero favor debe interesarte más que la tuya, de lo contrario, incurrirás en la responsabilidad consiguiente.

Si la cosa de tu propiedad es de mucho mayor valor de la prestada, ¿responderás igualmente de la pérdida de ésta cuando hubieras preferido salvar la otra? La ley obliga, sin distinción entre ambas cosas, al comodatario que está en situación de salvar una de las dos cosas, á preferir la prestada á la propia, y el intérprete no está autorizado á introducir distinciones en el texto de la ley. Por otra parte, si el comodante tie-

ne derecho á exigir del comodatario que salve si puede la cosa prestada, ¿desaparece este derecho porque el comodatario tenga otra cosa de más valor? Este, al salvar la suya y pagar al comodante el menor precio de la otra, se favorece á sí mismo, porque habría perdido más de haber dejado perecer su cosa para salvar la prestada; luego esta utilidad que consigue es una razón de más para obligarle á responder de la pérdida de la cosa prestada.

192. El principio de que la pérdida de la cosa ocasionada por un accidente cualquiera es de cuenta del comodante, cuando no haya culpa por parte del comodatario, sufre una excepción legal en el caso en que se haya prestado conforme á tasación. Si la cosa, dispone el art. 1.811, fué estimada al tiempo del préstamo, la pérdida, aunque dependiente de caso fortuito, es de cuenta del comodatario siempre que no haya pacto en contrario. ¿Cuál es el motivo de tal disposición? Hay quien opina que la estimación produce el efecto de transmitir al comodatario la propiedad, por lo que éste, como propietario, debe soportar la pérdida de la cosa por caso fortuito. «En general, dice Borsari (1), la estimación de objetos que se dan ó suelen darse valorados, tiene por efecto transformar las cosas muebles en valores. El objetivo del valor aparece formal, intuitivo. Tiene el doble carácter de la obligación y del derecho. De la obligación, porque el comodatario, que sin rendir cuenta del objeto recibido ni del uso que hace de él, ofrece el importe de la estimación y considera la cosa como propia. Y es de creer que en el préstamo, como en los demás casos, la estimación transmite el dominio y opera una compraventa.»

(1) *Comm.*, art. 1.811, § 3.966.

No creemos que haya sido tal la intención del legislador; porque el concepto de transmisión de la propiedad de la cosa prestada, es absolutamente incompatible con el concepto del comodato, cuya esencia consiste en servirse de la cosa prestada con obligación de restituirla. Si la estimación, como se sostiene en contrario, implicase compraventa, el contrato no sería comodato, sino mutuo, y asumiría la índole de contrato innominado. Pero si el legislador dicta la disposición del art. 1.811 para el comodato y cree, por consiguiente, que el contrato sigue siendo tal no obstante la hipótesis supuesta, no se puede suponer que considere la estimación de la cosa prestada como causante de una transmisión de la propiedad.

Creemos natural suponer que el legislador, al poner el caso fortuito á cargo del comodatario cuando la cosa se tasó al tiempo del contrato, presume la intención de los contratantes, presunción que destruye el pacto en contrario. Por consiguiente, no obstante la tasación, el comodante sigue siendo propietario de la cosa prestada y puede siempre reclamarla por el comodatario cuando exista, sin que éste pueda oponer la pretendida facultad de retener la cosa y pagar su precio.

193. El comodatario que se sirve de la cosa según el uso determinado y dentro de los límites establecidos, no hace más que valerse de un derecho que le concede el comodante; por consiguiente, si la cosa prestada perece á causa de dicho uso y sin culpa del comodatario, no está obligado éste por el deterioro (art. 1.812), porque siendo el deterioro, en este caso, consecuencia natural de la cosa, se comprende que el que la presta para que otro la use, acepta todas las consecuencias que nacen de dicho uso á no ser que se haya pactado otra cosa.

El comodatario que hace gastos para servirse de la cosa prestada, no puede reclamarlos (1.813). Si el comodatario no puede reclamar dichos gastos, quiere decirse que está obligado á ellos; pero ¿por qué razón la ley le impone tal obligación? Porque cuando los gastos son consecuencia del uso de la cosa y tienen por objeto ponerla en situación de poderse servir de ella, los gastos son, naturalmente, de cuenta de quien se utiliza del objeto que usa. Nótese que aquí no se trata de gastos relativos á la conservación de la cosa, de los cuales tendremos ocasión de ocuparnos en el capítulo siguiente, sino de los que ocurren á medida que uno se sirve de ella y son consecuencia de su uso. Los gastos, por ejemplo, relativos al mantenimiento del caballo prestado, los necesarios para herrarle, etcétera, se refieren al uso de la cosa y la ley los pone á cargo del comodatario.

194. Si varias personas (art. 1.814) hubiesen conjuntamente tomado á préstamo la misma cosa, estarán obligadas *in solidum* respecto al comodante. En tal caso, el goce de la cosa se hace conjuntamente por diversos comodatarios en cuanto cada uno se sirve de la misma cosa, sin división de partes; por esto la ley, fundándose en la presunta intención de las partes, salvo pacto en contrario, establece la obligación solidaria de varios comodatarios de una misma cosa.

CAPITULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODANTE

SUMARIO: 195. Cuándo puede exigir el comodante la devolución de la cosa prestada.—196. Gastos necesarios y urgentes para la conservación de la cosa prestada.—197. Defectos de la cosa prestada no declarados por el comodante que los conocía.

195. En virtud del contrato, el comodante se obliga á dejar disfrutar la cosa prestada al comodatario; por consiguiente, no puede faltar á esta obligación sin faltar á la ley del contrato. Pero el comodatario tiene obligación de devolverle la cosa prestada; pero ¿cuándo puede el comodante reclamar esta devolución? El comodante, dispone el art. 1.815, no puede pedir la devolución de la cosa prestada sino con posterioridad á la conclusión del término convenido, ó, á falta de contrato, después que la cosa haya servido al fin para que se prestó.

En este artículo hay dos hipótesis: una, que en el contrato se haya determinado la duración del préstamo; otra, que no se haya establecido término alguno para la restitución de la cosa prestada. En la primera el contrato es ley, y no hay duda que el comodante tiene derecho á exigir la restitución de la cosa una vez transcurrido el plazo. Si no se designa nin-

gún término expresamente, éste se entiende establecido implícitamente en virtud de la determinación del uso en el cual puede el comodatario emplear la cosa prestada, y se supone que fué prestada por el tiempo necesario para hacerla servir al uso destinado; mientras tanto, no se puede exigir la restitución. Yo, por ejemplo, te presto mi caballo para hacer un viaje. Es natural que, si no se estableció ningún término, no tengo el derecho de exigir que se me restituya el caballo si el viaje no se realizó aún. Si te presto la madera suficiente para los andamios necesarios á la construcción de un edificio, y no se fija plazo, no puedo exigirla hasta la terminación del edificio. Pero el principio según el cual la devolución de la cosa no puede reclamarse sino transcurrido el plazo, y á falta de éste, cuando haya servido para su uso, no deja de sufrir alguna excepción. Si durante el término establecido, dispone el art. 1.816, ó antes que cesara la necesidad del comodatario, sobreviene al comodante la necesidad imprevista de valerse de la cosa, puede la autoridad judicial, según las circunstancias, obligar al comodatario á la restitución. ¿Cómo se justifica esta excepción? Porque la obligación del comodatario, como gratuita, debe hacerse lo menos penosa posible, y se supone que no habría prestado la cosa si hubiera previsto su necesidad, y la equidad exige que el préstamo no se convierta en daño suyo. Pero no basta la urgente necesidad de la cosa; es necesario que sea imprevista, porque, de lo contrario, el comodante no tendría que reprocharle á nadie nada, sino á sí mismo, y no podría exigir que la ley viniese en su socorro.

196. Si durante el préstamo (art. 1.817) se viese el comodatario obligado, para conservar la cosa, á hacer

gastos extraordinarios indispensables y de tal modo urgentes, que no fuera posible ponerlos en conocimiento previo del comodante, deberá éste reembolsarlos al comodatario. Ya hemos visto en el capítulo anterior que estarán á cargo del comodatario los gastos necesarios para el uso de la cosa prestada, los cuales están comprendidos en la categoría de ordinarios; en este artículo la ley se ocupa de los extraordinarios de conservación, distinguiendo los urgentes de los que no lo son. Los primeros no son responsables, sino que deberán ser puestos en conocimiento del comodante, el cual hará lo que le parezca. El comodatario no puede exigir que el comodante soporte estos gastos, por ser el comodato gratuito y habiéndose obligado él únicamente á usar de la cosa en el estado en que se encuentra. No estando el comodante obligado á dichos gastos, el comodatario no puede anticiparlos para obtener su resultado.

Pero cuando la necesidad es urgente, y no hay tiempo de avisar al comodante, el comodatario no puede dejar que la cosa se pierda; el legislador presume que el comodante quiere conservar la cosa, y obliga al comodatario á anticipar los gastos precisos, concediéndole acción para el resultado.

197. Si la cosa prestada es totalmente defectuosa, de modo que el comodatario sufra daño al usarla, ¿está obligado el comodante á resarcirle? Si la cosa prestada (art. 1.818) tuviese defectos tales que originen perjuicios al que se sirve de ella, el comodante deberá indemnizar al comodatario si, conociendo el primero aquéllos, los hubiere ocultado. Busquemos el motivo de tal disposición. El comodante, al dar á otro la cosa para que se sirva de ella, no asume otra obligación sino la de permitir al comodatario que use de

ella en las condiciones en que se encuentra. Si el comodante, por tanto, ignora el vicio que hace que la cosa ofrezca peligro en su uso, el comodatario no tiene, en virtud del contrato, ninguna acción contra él. Pero si el comodante conocía los vicios de la cosa, y no los advirtió, obra de mala fe, y debe resarcir. Si advirtió al comodatario, y éste usa de la cosa, la culpa es de éste, y debe sufrir las consecuencias.

Si el defecto de la cosa prestada es evidente, ¿responderá el comodante del daño si no advirtió al comodatario? A nuestro modo de ver, el ser manifiesto ó no el vicio no altera la cuestión, sino que ésta depende del conocimiento. Porque si el comodatario, cuando tomaba la cosa á préstamo y se servía de ella conocía el vicio, quiso servirse de una cosa defectuosa con pleno conocimiento de causa, y no puede dolerse de no haber sido advertido. Pero si el vicio, aunque evidente, no fué advertido por el comodatario ni lo notificó al comodante, éste incurre en culpa cuando haya guardado silencio, y dada la ignorancia del cocomodatario, el daño sufrido no es consecuencia de su voluntad, sino del silencio culposo ó doloso del comodante; por consiguiente, éste está obligado á resarcirle.

TÍTULO XII

Del mutuo.

CAPITULO PRIMERO

DE LA NATURALEZA DEL MUTUO

SUMARIO: 198. Definición.—199. El mutuo no existe sin la entrega de la cosa.—200. La promesa de mutuo produce una obligación distinta de la del mutuo.—201. Si es de esencia en el mutuo la devolución de la misma cantidad que se recibe.—202. El mutuo es unilateral.—203. Quién puede dar en mutuo.—204. Préstamo de monedas.—205. Préstamo de cosa que no sea moneda.

198. El mutuo ó préstamo de consumo (art. 1.819) es un contrato, en cuya virtud una de las partes entrega á la otra una cantidad determinada de cosas, con la obligación, en la última, de devolver otro tanto de la misma especie y calidad; el siguiente art. 1.820 dice que el mutuario se convierte en dueño de la cosa prestada. Por tanto, la diferencia entre el comodante y el mutuo es esencial: el objeto del primero es permitir al comodatario el uso de la cosa prestada, cuya propiedad conserva el comodante; mientras que en el

segundo, la cosa se da para que se consuma, y como no puede consumirla sino quien dispone de ella, de aquí que el préstamo de consumo implique transmisión de propiedad de la cosa prestada.

El diferente objeto de ambos contratos implica su diferencia objetiva. En el comodato la cosa se da para servirse de ella, pero debe restituirse; por consiguiente, su objeto puede ser sólo lo que no se consume, salvo el caso en que se hayan prestado muestras. Por el contrario, el mutuario recibe la cosa para consumirla, asumiendo la obligación de restituir otro tanto en la misma especie y calidad; de aquí que el contrato de mutuo sólo puede versar sobre cosas fungibles. Un caballo, por ejemplo, puede ser objeto de comodato y no de mutuo, y si se conviniese que el comodatario pudiese disponer á su arbitrio con obligación de restituir otro de la misma cualidad, el contrato no sería de mutuo, porque el caballo que se vende es distinto del que se presta, ni un caballo puede ser representado por otro caballo, como una cuba de vino representa otra cuba de vino de la misma calidad. Tampoco sería de comodato por haber transmisión de propiedad. No es necesario que la cosa objeto del mutuo sea materialmente fungible, pudiendo el consumo ser también civil, como el dinero, por ejemplo, que no se consume materialmente, pero se considera consumido civilmente, en cuanto quien lo gasta no puede disponer de él. Se considera la cosa civilmente consumida cuando, si bien no destruída, no puede ser empleada ya. El papel, por ejemplo, no se consume ó destruye escribiendo en él, pero se consume en el sentido legal, porque deja de tener su aptitud propia.

199. El solo consentimiento basta para el mutuo, ¿ó es necesario que la cosa se entregue? La cuestión

la resuelve el art. 1.819. El mutuo, se lee en este artículo, es un contrato por el cual una de las partes entrega á la otra una determinada cantidad de cosas; luego el contrato consiste en la entrega, no en la obligación de entregarla. En efecto; el objeto del mutuo es colocar al mutuario en situación de consumir la cosa, y ¿cómo puede consumirla si no se le entrega? La transmisión del dominio, que representa un concepto jurídico, es independiente de la entrega; pero el consumo de la cosa, que es acto material, no puede realizarse mientras la cosa no entra en poder de quien la debe consumir; por consiguiente, se comprende por qué el mutuo no puede existir sin la entrega de la cosa prestada. El mutuario, además, asume, por efecto del contrato, la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad; pero, ¿puede ser obligado á restituir lo que no ha recibido?

Nuestro Código sienta, es verdad, el principio de que la propiedad se transmite por el consentimiento; pero á este principio se opone la doctrina que sostenemos, fundándonos en el texto y espíritu del artículo en examen. En efecto; si por el mutuo pasa la propiedad de la cosa al mutuario, este paso no constituye el fin del contrato, sino un medio para conseguir el fin propuesto, que consiste en poner al mutuario en situación de consumir la cosa prestada. Ahora bien; si el paso de la propiedad puede tener lugar sólo por el consentimiento, éste es insuficiente para colocar al mutuario en situación de consumir la cosa prestada, por lo que no puede hablarse de mutuo sin entrega de la cosa.

El principio de que el mutuo no puede existir jurídicamente sin la entrega de la cosa prestada, se deduce de la índole misma de este contrato y del fin que persigue; por consiguiente, es aplicable siempre, ya

sean las cosas dadas en mutuo determinadas ó indeterminadas. Por lo general, las cosas fungibles que consisten en *número, peso* y *medida*, no se determinan sino por la entrega; por lo que no pudiendo transmitirse el dominio sobre cosas indeterminadas, la entrega es necesaria. Pero si las cosas fuesen determinadas, en atención al lugar en que están, como si yo digo: te doy en mutuo todo el grano que contiene mi granero, no por esto existiría el mutuo independientemente de la entrega, puesto que el grano, aunque determinado, no puede ser consumido sino por efecto de la entrega.

200. Si el mutuo no existe sin la entrega de la cosa mutuada, ¿se deduce de aquí que la promesa de dar en mutuo sea ineficaz? Todo lo contrario. El vínculo ó las relaciones jurídicas derivadas del contrato de mutuo, no deben confundirse con las derivadas de la simple promesa de mutuar; y si las primeras no existen aún, bien pueden existir las segundas; porque la no existencia de la obligación derivada del mutuo no excluye la existencia de la obligación nacida de la promesa. Si yo prometo prestar mil y tú aceptas, nace entre ambos un vínculo jurídico por el cual yo quedo obligado á entregarte las mil liras prometidas, y no cumpliendo esta obligación, tienes derecho á ser resarcido del daño ocasionado. Mientras el mutuo no es más que una simple promesa, el solo obligado es el mutuante, y el mutuario no está obligado sino cuando la cosa mutuada se le entrega.

La diferencia entre el mutuo y la promesa es de gran importancia en la práctica.

El art. 1.820, después de haber dispuesto que el mutuario se hace dueño de la cosa, añade que de cualquier modo que perezca perece para él mismo. Y pe-

rece para él mismo, no sólo en virtud del principio *res perit domino*, sino porque la obligación del mutuario no tiene objeto por una cosa determinada, sino por una cantidad, que no perece nunca. Pero si hay simple promesa sin entrega, la cosa perece para el prometente.

Y esto también, en el caso en que la promesa de dar en mutuo recaiga sobre cosa determinada. Yo prometo, supongamos, prestarte todo el grano de mi granero; aquí la cosa está determinada. Ahora bien; si el grano perece antes de haber sido entregado, la pérdida es de cuenta mía. Y no se diga que siendo la cosa determinada te he transmitido la propiedad por el principio *res perit domino*, porque siendo en el mutuo, la transmisión de la propiedad, no el fin, sino el medio, no puede concebirse esta transmisión en sí misma y sin relación con el objeto que se persigue. En el mutuo, la propiedad se transmite como medio para que el mutuario consuma la cosa; por lo que si no está en situación de consumirla, no adquiere la propiedad; de lo contrario, la propiedad se transmitiría independientemente del objeto que se persigue, lo que no responde á la índole del mutuo. Conservando, pues, yo la propiedad del grano prometido, el principio *res perit domino* es aplicable contra mí, no contra la persona con quien me obligué á prestar.

201. En el mutuo, según el art. 1.819, el mutuario contrae la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad: ahora bien; esta obligación del mutuario, ¿es de esencia en el contrato, de modo que repugne á su índole, que el mutuario se obligue á restituir mayor suma que la recibida?

La ley dice que el comodato es esencialmente gratuito, porque si la cosa se da onerosamente, el contra-

to es de arrendamiento. Pero esta disposición no se repite en el mutuo porque, ya se preste la cosa gratuita ú onerosamente, la esencia del contrato no se altera. La prueba es que la ley admite la estipulación de un interés, lo que excluye la gratuidad. Ahora bien; si tú me pides ciento y yo te exijo veinte de intereses, el contrato no deja de ser mutuo. Por otra parte, si es lícito estipular un interés, debe ser lícito estipularlo bajo la forma de aumento de capital, puesto que en ambos casos el mutuario devuelve más de lo que recibe.

El pacto de restituir una cantidad mayor de la recibida, puede equivaler al del pago de intereses; en otros términos: este aumento de capital puede corresponder al interés que se convino para el préstamo; por consiguiente, consideramos tal pacto como sujeto á las mismas formalidades legales que el relativo á los intereses. El art. 1.831 dispone que en la materia civil el interés convencional que exceda la medida legal debe resultar de documento escrito; de lo contrario, no se deberá ningún interés; lo que quiere decir que el documento debe enunciar la obligación del mutuario de pagar el interés y determinar también su cuantía. Supongamos un mutuo por un año de mil liras, con pacto de devolver mil y cien; si esto resulta del documento, es decir, si en él expresa que se dieron mil liras, pero que se han de devolver mil cien, se está dentro de la ley. Pero si al dar mil liras el mutuario se declara deudor de mil cien, sin que el documento determine la suma recibida, es claro que se defrauda la ley, porque tratándose de interés convenido en una suma superior á la tasa legal, se omite en la escritura tal estipulación, exigiendo la ley que se exprese. Si el mutuario prueba, pues, que ha recibido sólo mil, el

mutuante no puede exigir la devolución de mil ciento, porque el aumento de ciento daría lugar á un interés convencional superior á la medida legal, no convenido en la forma que la ley establece.

202. El mutuo ¿es contrato bilateral? Al hablar del comodato dijimos que era bilateral. En el mutuo, por el contrario, existiendo el contrato desde la entrega de la cosa, ninguna obligación contrae el mutuante por efecto de la entrega, sino sólo el mutuario la de restituir; luego el contrato no es bilateral.

Es verdad que la ley trata en capítulo especial de las obligaciones del mutuante, pero éstas no nacen del contrato, sino que tienen otro origen; por consiguiente, el texto de la ley relativo á las obligaciones del mutuante, no es obstáculo para considerar el mutuo como contrato unilateral.

Si el mutuo no es contrato bilateral, la condición resolutoria tácita no se entenderá implícita en él (1), ni aun en el caso en que se trate de mutuo con interés, porque el pacto de interés no obliga al mutuante, sino al mutuario. Pero la condición resolutoria puede expresarse, porque no repugnna á la índole del contrato que éste se resuelva cuando el mutuario no pague, por ejemplo, los intereses convenidos en el término establecido (2).

Pero no se confunda la condición resolutoria expresa con la decadencia del término. La resolutoria hace que el contrato no haya existido nunca, por lo que el mutuario debe restituir la suma y el mutuante los intereses, salvo el derecho de pedir cuenta al mutuario de la utilidad que el dinero prestado le ha producido;

(1) Apel. Perugia, 14 Mayo 1880.
(2) Cas. Turín, 27 Diciembre 1878.

mientras que la caducidad del plazo deja existir el contrato por el tiempo pasado y le pone fin anticipando el vencimiento; por lo que si el contrato existe en cuanto al pasado, no deben restituirse los intereses. Es preciso, por tanto, tener en cuenta en cada caso la intención de las partes para ver si se pactó la resolutoria ó la caducidad del plazo, teniendo presente que es más conforme á la naturaleza del contrato esta última.

203. Implicando el mutuo la transmisión del dominio al mutuario, no puede, según los principios, dar á mutuo sino quien es propietario de la cosa mutuada. Pero teniendo el mutuo por objeto cosas muebles, es preciso tener en cuenta la disposición excepcional de que la posesión de buena fe equivale al título, á no ser que se trate de cosas robadas ó extraviadas. Por tanto, si el mutuario recibió de buena fe la cosa de quien no era su propietario, podrá oponer la excepción de que la posesión equivale al título; de consiguiente, no tendrá que proceder por nulidad contra el mutuante para obligarle á entregar otra cosa de igual calidad y especie, á no ser que se trate de cosas robadas ó extraviadas, pues entonces podrá obtenerse la nulidad del mutuo y el resarcimiento del daño.

El dar ó tomar á mutuo, es acto que excede de la simple administración, por lo que no puede ser eficazmente realizado por quien carece de capacidad jurídica.

204. En orden al préstamo en dinero, que es el más frecuente, la ley establece algunas reglas de que vamos á ocuparnos. La moneda mutuada puede ser considerada por las partes como una suma ó valor legal independientemente de la especie de moneda dada, ó bien como especie de un determinado valor. A este

doble modo de considerar la moneda corresponden diversas reglas. La obligación resultante de un préstamo en dinero, dispone el art. 1.821, es siempre de la misma suma numérica expresada en el contrato; si hay aumento ó disminución de la moneda antes de vencer el término del pago, el deudor debe substituir la suma numérica prestada y no está obligado á restituir esta suma sino en la especie de moneda en curso al tiempo del pago. Yo te presto, supongamos, cincuenta marengos; al hacerte el préstamo no he tenido en cuenta la clase de moneda, sino su valor legal, y por consiguiente, tú te has confesado deudor de mil liras que recibes en otras tantas piezas de veinte francos. Ahora bien; si el valor real de la pieza de veinte francos baja luego, yo no tengo el derecho de exigir que me devuelvas las monedas necesarias para representar el valor real de las que te entregué al hacerte el préstamo, sino que debo contentarme con recibir cincuenta marengos que tengan en conjunto el mismo valor legal de mil liras, aunque su valor intrínseco ó real haya bajado. ¿Y por qué? Porque las partes quisieron prestar una determinada suma ó valor legal; por consiguiente, el deudor cumple su obligación restituyendo tantas monedas, ya sean de la misma especie ó de especie diferente cuantas son necesarias para representar la suma numérica ó valor legal de las recibidas.

Esta regla, dice el art. 1.822, no se observará cuando se hayan suministrado monedas de oro ó de plata y se haya pactado la devolución en la misma especie y cantidad. Si en este caso se altera el valor intrínseco de la moneda, ó se pone fuera de curso, se devolverá el equivalente al valor intrínseco que las monedas tenían en el momento en que fueron prestadas. Si

al darte á préstamo los cincuenta marengos yo pacto la restitución de otros tantos, considero la moneda no como una suma numeraria, sino como un valor real determinado; por consiguiente, si se quiso prestar un valor efectivo y real, es justo que se restituya el mismo valor. Ahora bien; si estas monedas sufren una depreciación, tú no satisfaces tu obligación restituyéndome cincuenta marengos nominales, sino que debes entregarme tantos marengos reales ó tantas monedas de otra especie cuantas sean necesarias para representar el valor de los cincuenta marengos entregados.

205. Si el préstamo no es en dinero, sino en cosas, ¿se debe, al hacer la devolución, tener en cuenta su valor en el momento en que se prestaron? El artículo 1.823 dispone que si se prestaron barras metálicas ó géneros, el deudor no deberá devolver más que la misma cantidad y calidad, cualquiera que haya sido su aumento ó diminución. ¿Por qué? La moneda es el representante de todos los valores que están en el comercio, por consiguiente, no puede ser considerada en sí misma, sino en el valor que representa, ya sea fijado por la ley ó el comercio. Las demás cosas que no son moneda, pueden ser consideradas en sí mismas y en cuanto son aptas para satisfacer nuestras necesidades. Si yo te presto cien sacos de grano, el objeto del contrato no es más que una determinada cantidad de una cierta especie ó calidad de cosas, no un valor; por consiguiente, tu obligación es restituirme otras tantas cantidades de la misma calidad y especie de las cosas recibidas, ya aumente el valor ó disminuya en relación con el que tenían al tiempo del contrato. Así como el mutuante no puede exigir la devolución de una cantidad mayor si el precio de la cosa bajó,

tampoco el mutuario, en caso de aumento de precio, puede devolver una cantidad menor.

Hagamos una observación. Si no se tiene en cuenta la diferencia de precio de la cosa mutuada, debe, sin embargo, en caso de mora, tenerse en cuenta á favor del mutuante la diferencia de precio entre el que tenía la cosa cuando debió entregarse, y el que alcanza cuando se entrega. En este caso, el mutuario que incurre en mora está obligado á resarcir los daños al mutuante. Por lo que si las cosas valían mil al tiempo en que debieron ser restituídas, y novecientos cuando se restituyen, es claro que el mutuante sufre un perjuicio de ciento, y debe ser indemnizado. Pero si el valor de las cosas se aumenta, este aumento aprovecha al mutuante, y el mutuario no puede pretender restituir una cantidad menor, ya porque siendo su obligación de cantidad, no puede liberarse pagando menos de lo debido, ya porque las consecuencias de la mora son de su cuenta y riesgo (1).

(1) Sería aquí oportuno tratar de las derogaciones de los artículos 1.821 y 1.823 del Código por la ley, sobre curso forzoso; pero como el oro ha vuelto á ser puesto en circulación, no tienen ya ningún interés práctico.

CAPITULO II

DE LAS OBLIGACIONES DEL MUTUANTE

SUMARIO: 206. Responsabilidad del mutuante por los vicios de las cosas mutuadas.—207. El mutuante no puede exigir la restitución de las cosas prestadas antes de vencer el término.—208. *Quid* si la convención no fija término alguno.—209. *Quid* si se pacta que el mutuario hará la restitución cuando pueda.

206. En el mutuo, dice el art. 1.824, el mutuante estará sujeto á la misma responsabilidad del artículo 1.818 para el comodato. Este dispone que si la cosa prestada tiene vicios que puedan ocasionar perjuicio al que la usa, el comodante estará obligado al resarcimiento del daño siempre que, conociendo los defectos de la cosa, no los haya notificado al comodatario. Dicha obligación, ¿nace acaso de la índole de ambos contratos? Todo lo contrario. El que conociendo los defectos de la cosa la presta á otro para usarla, consumiéndola, sin advertir al comodatario ó mutuario de la existencia de dichos defectos, no obra de buena fe, máxime cuando los defectos son tales que pueden ocasionar daño á quien emplea ó consume la cosa prestada; por consiguiente, la obligación de resarcir nace aquí del dolo, y el contrato es sólo ocasión, no causa de la misma. De aquí que esta obligación del

mutuante, teniendo sus raíces fuera del contrato, sea compatible con la índole unilateral de éste.

Para evitar repeticiones inútiles nos limitaremos á declarar que es aplicable á este punto lo dicho sobre la misma obligación del comodante.

207. El mutuante no puede (art. 1.825) pedir la cosa prestada antes del término convenido. Aquí no se trata, hablando exactamente, de una obligación del mutuante, sino del ejercicio de un derecho que le corresponde. Una vez entregada la cosa, la obligación de restituirla nace á cargo del mutuario, y á favor del mutuante el derecho de exigir la restitución; el artículo en examen, pues, trata de regular este derecho, no de establecer una obligación para el mutuante; ¿cuándo puede hacer éste valer su derecho á exigir la restitución de la cosa prestada? Cuando llega el término fijado en la convención, porque ésta es ley entre las partes; pero ¿habrá casos en que el mutuante pueda exigir la restitución antes del término convenido?

Respecto al comodato, el art. 1.816 dispone que si durante el término establecido, y antes que haya cesado la necesidad del comodatario, sobreviniera al comodante una necesidad urgente é imprevista de valerse de la cosa, el juez puede, según las circunstancias, obligar al comodatario á restituirla. ¿Es esta disposición aplicable al mutuo? No, por dos razones. La primera, que la disposición en examen, por derogar la ley del contrato, es excepcional; la otra, que en el mutuo no concurren las razones que indujeron al legislador á dictar para el comodato la disposición de que se trata. En el comodato, en efecto, el comodante sigue siendo propietario de la cosa, mientras que en el mutuo pierde tal propiedad, que se transfiere al mu-

tuario. Ahora, si como propietario de la cosa que por mero favor ha cedido temporalmente á otro, puede el comodante reclamarla en caso de urgente é imprevista necesidad, este mismo derecho no se puede conceder por vía excepcional á quien no es ya propietario de la cosa prestada.

208. Si el contrato no establece un término para la restitución, ¿cuándo puede pedirla el mutuante? Respecto al comodato, el término para la restitución de la cosa prestada está determinado tácitamente por el uso ó servicio para el cual se da la cosa; esta disposición ¿es aplicable al mutuo? En el mutuo la cosa se da para que se consuma; ¿se dirá que una vez consumida debe ser restituída, según la tácita intención de las partes? Todo lo contrario: precisamente por ser consumida la cosa prestada, el mutuario no está, por el momento, en situación de restituir; luego no puede suponerse que las partes quisieron tácitamente que la restitución se hiciese, no estando el mutuario en situación de hacerla.

El art. 1.826 dispone que el juez puede conceder al mutuario una dilación, según las circunstancias. El término, pues, queda al arbitrio del juez, que tendrá en cuenta el tiempo transcurrido desde el contrato hasta el momento en que la restitución se pide, la cantidad de las cosas pactadas, la condición de las partes, etc.

209. Cuando se haya convenido, dice el art. 1.827, que el mutuario pague cuando pueda ó tenga medios, el juez señalará un término, según las circunstancias. Supongamos que un amigo, amenazado de ejecución por sus acreedores, antes que vender á vil precio sus fundos recurre á mí para que le preste cien mil francos; se los doy, y estipulo que me los devuelva cuan-

do pueda. Ahora bien; si el término para hacer la restitución dependiese, en éste y otros casos análogos, del arbitrio del mutuario, fácilmente se comprende que podría abusar impunemente de la condescendencia y buena fe del mutuante, haciendo ilusoria la restitución, la que no puede estar en el ánimo de las partes. Para evitar, pues, toda arbitrariedad, es preciso indagar en todo caso la tácita voluntad de los contratantes, y, por consiguiente, prefijar un término que responda á la misma. En la hipótesis supuesta yo hice el préstamo al amigo para evitarle una venta funesta, y conviniendo que me restituirá el dinero cuando pueda, he tratado de concederle para la restitución el tiempo necesario para vender convenientemente sus fincas y satisfacer mi obligación. El juez tendrá en cuenta dichas circunstancias, y fijará este término en un determinado período de años ó de meses.

CAPITULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

SUMARIO: 210. El mutuario debe restituir la misma cantidad y calidad de cosas en el término convenido.—211. En su defecto estará obligado á pagar el valor de las cosas.—212. El valor se determina teniendo en cuenta el lugar y el tiempo en que debiera haberse hecho la restitución según el contrato.—213. *Quid* si el contrato no determina ni el lugar ni el tiempo de la restitución ó lo hace indeterminadamente.

210. El mutuario, dispone el art. 1.828, está obligado á restituir las cosas dadas en mutuo, en la misma cantidad y calidad y en el tiempo convenido. El concepto del valor no entra aquí en modo alguno. A excepción del caso en que se prestase dinero, el objeto es una cantidad de cosas determinadas en su especie y cantidad; luego la cantidad es lo que el mutuario debe restituir, no un determinado valor. La idea de la cantidad no puede separarse de la de la calidad. Si yo te presto una cuba de vino, no satisfaces tu obligación restituyéndome la misma cantidad de un vino cualquiera, sino que debe ser de la misma calidad, porque la cosa objeto del contrato está determinada en su cantidad y calidad; por consiguiente, si falta uno ú otro de estos dos elementos, no se devuelve la cosa recibida.

La restitución se hará en el tiempo convenido, pues

el pacto es ley entre las partes; pero si no se fijó tiempo, lo fijará el juez, debiéndose considerar tácitamente establecido dado el silencio de las partes.

211. En el caso, dice el art. 1.828, de que el mutuario no restituya las cosas recibidas, pagará su valor en el tiempo y lugar debidos. Es notable la diferencia entre este artículo y el correspondiente 1.903 del Código francés. Según este último, el mutuario está obligado á pagar el valor de las cosas sólo en el caso en que no pueda restituirlas. El nuestro no habla de imposibilidad, sino de obligación no satisfecha. Entre ambas disposiciones, la del Código patrio es preferible sin duda. En efecto; tratándose de obligación que tiene por objeto una determinada cantidad de cosas de cierta especie ó calidad, ¿puede darse el caso de que el mutuario no pueda satisfacer su obligación? No lo creemos, porque una determinada especie de cosas no perece. Por otra parte, aunque el mutuario pueda restituir, ¿cómo se le podrá obligar á ello si se niega? Como se puede obligar al deudor á adquirir cosas de la misma especie de las recibidas para devolverlas al acreedor. No satisfecha la obligación, el acreedor tiene derecho al resarcimiento del daño, y este daño se resarce con el pago del valor de la cosa á que tiene derecho. Cuando el mutuario no devuelve la cosa, no es necesario, según nuestra ley, indagar si se encuentra ó no en la imposibilidad de restituir otro tanto de la misma especie y calidad, sino que se aplicará la disposición en examen por el solo hecho de la obligación no cumplida.

Pero queda por resolver una duda. No satisfaciendo el mutuario la obligación en el término convenido, ésta ¿se entenderá convertida *ministerio juris* en otra de pagar el valor de las cosas recibidas, de modo que

el mutuario no pueda, después de haber hecho transcurrir el término fijado sin haber realizado la restitución, devolver las mismas cosas recibidas? No creemos que sea así. ¿Por qué se convierte por el solo efecto del transcurso del término la obligación en otra distinta? La mora da, sin duda, derecho al acreedor de conseguir el resarcimiento de daños, pero no de exigir cosa distinta de la debida. El fin del artículo en examen es declarar que si el mutuario no devuelve la cosa recibida, el mutuante no puede obligarle á que la adquiera, sino que debe contentarse con su valor, y no el de dar al mutuante un derecho absoluto de exigir el valor después de transcurrido el término, aunque el mutuario se muestre dispuesto á restituir la misma cantidad y calidad de cosas recibidas. Se tendrá en cuenta en este caso, como ya dijimos, la diferencia entre el menor precio de las cosas al tiempo de la restitución y el que tenían cuando la restitución debió hacerse para declarar obligado al mutuario dicha diferencia á título de resarcimiento.

212. ¿Cómo se fija el valor que el mutuario debe pagar si no restituye las cosas prestadas? Según el artículo 1.828, atendiendo al tiempo y lugar en que debió hacerse la restitución á tenor del contrato. Esto no es sino la aplicación de un principio racional. Si tú no devuelves las cosas prestadas en el tiempo y lugar por el contrato establecido, yo habría tenido á mi disposición el valor que las cosas tenían en el tiempo en que debieron serme entregadas. Quedando incumplida por tu parte la obligación, debes, á título de indemnización, poner en mi patrimonio el mismo valor que habría ingresado de cumplir tu obligación, y por esto el valor se determina atendiendo al lugar y al tiempo de la restitución.

213. Pero si el contrato no establece ni el lugar ni el tiempo de la restitución, ¿á qué lugar y á qué tiempo se atenderá para la determinación del valor? El art. 1.828 dispone que el valor se determinará atendiendo al tiempo en que empieza la mora y al lugar en que se hizo el préstamo. Disposición que aplica en parte y en parte deroga el principio de derecho común. Le aplica cuando dispone que el valor se determinará cuando empieza la mora, y no cuando nace el contrato; porque cualquiera que sea el valor que las cosas tenían en el tiempo que fuesen prestadas, es cierto que el mutuante, al despojarse de ellas, no recobra más que el valor que tenían al tiempo en que el mutuario, por haberse constituído en mora, debe restituirlas; luego el pago del valor, que equivale á la indemnización, debe hacerse atendiendo al tiempo en que empieza la mora.

Deroga la ley los principios de derecho común cuando dispone que el valor se determinará teniendo en cuenta el lugar en que se hizo el préstamo, puesto que, según aquél, debe extenderse al lugar del pago.

Ahora bien; cuando el contrato no establece el lugar del pago, éste, según el derecho común, es el domicilio del deudor y aquel en que la obligación se contrató; luego en el silencio de las partes el mutuario debería, según los principios, hacer la restitución de las cosas mutuadas en su domicilio, y en éste se determinaría el valor. Por lo cual, al disponer la ley otra cosa, deroga los principios generales de derecho.

La disposición ¿se aplica sólo cuando el contrato no fija ni el lugar ni el tiempo, ó también cuando, sin fijar el tiempo, fija el lugar ó viceversa? Creemos que debe aplicarse en ambos casos, porque la ley determina el lugar ó el tiempo cuando uno ú otro no están

fijados en el contrato. Si se dice, por ejemplo, en el contrato, que el mutuario debe restituir las cosas prestadas en el lugar *b* y se guarda silencio acerca del tiempo, éste, según la ley, será fijado por el juez; por consiguiente, transcurrido este término, el mutuario está en mora, y por eso debe atenderse á este vencimiento para determinar el valor de la cosa.

CAPITULO IV

DEL PRÉSTAMO Á INTERÉS

SUMARIO: 214. En el mutuo no se deben interesar si no se pactan.—215. Interés legal é interés convencional.—216. No se repetirá el pago de intereses no convenidos ó que excedan de la medida pactada.—217. Facultad del deudor cuando se hayan convenido intereses superiores á los legales de restituir antes del término la suma prestada.—218. Recibo del capital.

214. En el préstamo (art. 1.829) se permitirá estipular intereses. Luego los intereses no derivan de la naturaleza misma del mutuo, sino que es necesaria una estipulación para que el mutuario esté obligado á pagarlos. Estipulación aquí es sinónimo de convención, en cuanto la ley, al exigir para los intereses una estipulación, entiende establecer el principio de que sin convención especial los intereses no se deben.

La ley no exige ni expresiones ni fórmulas sacramentales; basta que la estipulación exista, para que se haya conseguido el objeto del art. 1.829. Si, por ejemplo, se presta una suma á devolver dentro de tres años, y se conviene que durante el primer año no se pagarán intereses, basta para suponer que las partes quisieron que los otros dos años sí se paguen. De lo contrario, ¿por qué declarar que no se deberán el primer año?

Pactado el pago de los intereses, el préstamo ¿sigue siendo unilateral? La afirmativa nos parece indudable. La obligación de pagar intereses puede hacer oneroso el contrato, pero no puede convertirle en bilateral. Porque el pactar intereses no impone ninguna obligación al mutuante, sino añade otra al mutuario; luego no hay motivo para calificar el contrato de bilateral.

215. El interés, según el art. 1.531, puede ser legal ó convencional. El legal es el cinco por ciento en lo civil y el seis por ciento en lo mercantil, y se aplica en el caso en que deba interés sin haberle fijado en el contrato. Ya dependa el interés del pacto ó de la mora, siempre se deberá en la tasa legal á falta de pacto. Si prestando una suma ú otra cosa se pactan intereses sin determinar cuáles, se deberán los legales.

El interés convencional, según el mismo art. 1.831, se establecerá á voluntad de las partes. A diferencia de otras leyes, el Código patrio no limita el interés. Y no debe reprobarse esta disposición, sino alabarla. ¿Cómo es posible, en efecto, que el legislador pueda establecer lógicamente un límite máximo de usura? La tasa de la usura depende de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas. La usura excesiva en un lugar y tiempo, puede ser mínima en otro diferente. La tasa de la usura implica un doble inconveniente: el de legitimar ésta en lugares y tiempos en que puede resultar excesiva, é impedir el movimiento en el lugar y tiempo en que el máximo fijado por la ley se considera una usura leve. Es lógica, pues, la libertad. En nuestros días la multiplicación de los establecimientos de crédito, si no la suprime del todo, atenúa la usura, por lo que no hay razón para limitar actualmente tal libertad.

Pero si se pueden establecer intereses convencionales á voluntad de las partes, el art. 1.831 exige que, cuando el interés exceda, la medida legal debe resultar de escritura; de lo contrario, no es exigible. ¿Por qué tal disposición?

En la Memoria ministerial se dice: «La obligación impuesta al mutuante que estipula intereses, de consignarlos en escritura equivale á un llamamiento á la opinión pública para que influya sobre el pudor del mutuante, el cual no se atreverá á desafiar cínicamente la reprobación que cae sobre el usurero.» La obligación, pues, de consignar en escritura los intereses convenidos, es un freno á la usura; porque el legislador supone que el usurero no se atreverá á exigir un interés exagerado por miedo á la opinión pública. La infracción de este precepto entraña una sanción cual es la de privar al mutuante del derecho á exigir todo interés, aun el legal. La ley es tan clara que no ofrece duda. Si se conviene, por ejemplo, de viva voz pagar en materia civil el 6 por 100, el mutuante no tiene derecho á pedir los intereses ni del 6 ni del 5 en pena de haber infringido la ley.

De aquí que la escritura, cuando se trata de interés que excede la medida legal, no se exige *ad probationem*, sino *ab substantiam* (1), por lo que á falta de escritura, cae toda estipulación de intereses. Suponiendo, pues, que el mutuante, á falta de escritura, reconvenga al mutuario á que los pague, éste puede probar que se pactaron intereses superiores á los legales y alegar la falta de acción en el actor por falta de escritura.

Si el interés que excede la medida legal debe resul-

(1) Cas. Turín, 8 Abril 1881.

tar de escritura, ¿es necesario que resulte bajo forma de interés, ó puede también resultar bajo forma de aumento de capital? En el contrato se dice que el mutuante entrega mil liras y que el mutuario se obliga á restituir mil cien al terminar el año; ¿tendrá en tal caso acción el mutuante para demandar las cien liras de aumento que ocupan el lugar del interés convencional á razón del 10 por 100? La escritura, en tal caso, quiere que el mutuario pague en un año cien por efecto del préstamo de mil liras: ahora bien; ya se llame á la suma de ciento interés convencional ó aumento de capital, en ambos casos la escritura expresa exactamente la convención entre las partes; luego el art. 1.831 está cumplido y el intérprete no puede exigir más.

216. El mutuario que pagara intereses no convenidos ó que excedan la medida pactada, no puede repetirlos ni imputarlos al capital (art. 1.830). Esta disposición deroga evidentemente los principios de derecho. En efecto; el que paga intereses no pactados ó mayores que los pactados, paga indebidamente y á tenor del derecho común, le corresponde la acción de indebido; sin embargo, el art. 1.830 le niega esta acción creando un derecho excepcional. No encontramos el motivo de esta disposición, la cual nos dispensa de aplicarla.

¿Se aplicará al caso en que se hayan pagado intereses pactados en mayor medida de la legal sin que resulten de escritura? No vacilamos en afirmarlo. Ya hemos dicho que en las convenciones de intereses superiores al legal, la escritura se exige *ad substantiam*, esto es, como elemento esencial á su existencia; por lo que faltando la escritura no existe la convención. Y la convención inexistente equivale á falta de convención; luego el caso cae dentro del art. 1.830.

El pago de que se habla en el artículo en examen no puede ser más que el voluntario; pero si se hizo por error ó en la creencia de que se habían convenido los intereses en la medida pactada, la disposición no es aplicable. Cuando el pago es voluntario, puede suponerse que el mutuario quiere mostrarse grato al mutuante, pagándole intereses no convenidos ó mayores que los fijados, y el legislador puede haber sido inducido por esta razón á negar la acción de indebido. Pero si el mutuario pagó por error este vicio, el consentimiento y el pago es nulo. Ni puede suponerse que el legislador haya querido dar validez á un pago hecho por error, porque supone que el mutuario quiso pagar intereses no convenidos, y el que paga por error no demuestra la intención de pagar intereses no convenidos.

217. La obligación impuesta por la ley de hacer constar por escrito la cláusula relativa al pago de los intereses que excedan la medida legal, es, como hemos dicho, un freno á la libertad de la usura: otro freno encontramos en la libertad concedida al deudor de restituir antes del tiempo convenido la suma prestada. El deudor puede siempre, dispone el art. 1.832, después de pasados cinco años del contrato, restituir las sumas que devenguen un interés mayor que la tasa legal á pesar de estipulación en contrario. Pero deberá avisarlo por escrito seis meses antes, produciendo de derecho este aviso la renuncia al resto del plazo convenido. Esta disposición, que permite á una de las partes romper el pacto establecido, es excepcional. Por consiguiente, si se prestaron géneros con intereses superiores al legal pactándose un plazo de diez años, no puede el mutuario acogerse al artículo citado que se refiere al préstamo de cantidad. Por

otra parte, este caso no suele presentarse en la práctica, y no valía la pena de que el legislador se ocupara de él.

El deudor que quiere usar de la facultad que le concede el artículo en examen, debe avisar por escrito al mutuante seis meses antes, equivaliendo este aviso á la renuncia al resto del plazo.

El efecto del aviso, por tanto, no es sólo obligar al deudor á restituir en caso de retractarse, sino el de dar al mutuante el derecho de exigir inmediatamente, aunque los seis meses no hayan transcurrido, la restitución de la suma. El texto legal dice, en efecto, que el aviso produce la renuncia al resto del plazo: ahora bien; si el mutuario renuncia al beneficio del término, quiere decirse que el mutuante tiene derecho á exigir inmediatamente la suma debida, de lo contrario, el mutuario gozaría aún del beneficio del término. El lapso, pues, de seis meses, transcurrido desde la fecha del aviso al día del pago, es todo en beneficio del mutuante en cuanto éste no puede ser obligado á recibir la suma prestada antes de tiempo, pero no en beneficio del mutuario, el cual puede siempre escoger el momento más oportuno para dar el aviso.

El aviso, según la ley, debe hacerse por escrito. El motivo es claro. El aviso que se hace por una sola de las partes hace que surja derecho á favor de quien le da, pero también á favor de quien le recibe; porque si el mutuario, por efecto del aviso, tiene derecho á restituir la suma prestada, al concluir los seis meses el mutuante, por efecto del mismo aviso, tiene el derecho de exigirla inmediatamente. Interesa, pues, al mutuante tener en su mano la prueba del derecho por él adquirido en el caso en que el mutuario tratase de retractarse, y por esto prescribe la ley que el aviso

se dé por escrito, que puede darse por carta, no exigiendo la ley documento legal. El mutuario, si quiere tutelar convenientemente sus intereses, notificará el aviso por medio de escribano para tener la prueba del acto, pero esto no es obligatorio. En este caso, pueden surgir dudas sobre la prueba cuando la existencia del aviso sea impugnada, pero puede recurrir á otros medios de prueba legales. Pero un aviso verbal, aun delante de testigos, no produce efecto, por exigir la ley una forma determinada.

El art. 1.832 no se aplica, según dispone el 1.833, á los contratos de renta vitalicia ni á los que establecen la restitución por vía de anualidades que comprendan los intereses de una cuota destinada á la restitución progresiva del capital. Tampoco se aplica á toda clase de deudas contraídas por el Estado, el Municipio ú otras personas morales con autorización de la ley.

218. El finiquito dado en cuenta al capital (artículo 1.834) sin que haya reserva de los intereses, hace presumir su pago, quedando exento de los mismos, salvo prueba en contrario. La presunción legal se funda en el interés del acreedor, á quien se hace el pago de imputar la suma recibida á la extinción de los intereses antes que del capital, en cuanto éste es, en virtud de pacto, productivo de intereses, mientras no producen intereses los intereses vencidos. Si el acreedor, pues, declara haber recibido la suma en extinción del capital y da recibo, se supone que se han pagado los intereses; de lo contrario, habría imputado la suma recibida á cuenta de los intereses y no del capital.

Las presunciones legales son todas de interpretación estricta. El artículo en examen prevé el caso de recibo por el capital que equivale al pago de todo el

capital. Si se pagó, por el contrario, una suma á cuenta del capital, ¿puede invocarse la presunción relativa al pago de los intereses, aun limitados, ó se refiere únicamente á la parte de capital pagado? No; porque no es esta la hipótesis prevista por la ley. La ley prevé el caso en que se dé el recibo por el capital, y quien declara que recibe parte del capital no da recibo por el capital; luego no puede invocarse la presunción legal.

Contra la presunción del art. 1.834 se admite la prueba en contrario, para demostrar que, no obstante la imputación de la suma al pago del capital, los intereses quedan á deber. ¿Puede hacerse esta prueba por medio de testigos? Aquí no se trata de poner de manifiesto el hecho del pago, sino, por el contrario, la falta de pago; por lo que la prohibición de la prueba oral en materia de convención por un valor que exceda á quinientas liras, no es aplicable en este caso. Ni tampoco es aplicable la otra regla de que la prueba testifical no se admite contra las resultancias de un documento escrito, porque aquí no se trata de ir contra la escritura, porque no se impugna nada de lo que ésta contiene, sino de combatir la presunción del legislador, que consiste en la deducción de un hecho ignorado de otro conocido. Opinamos, por tanto, que el acreedor puede probar con testigos que el mutuario no le ha pagado los intereses convenidos.

TÍTULO XIII

Del depósito y del secuestro.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

SUMARIO: 219. Definición del depósito.—220. Definición del depósito propiamente dicho.—221. El objeto del depósito es la conservación y custodia de la cosa depositada.—222. El depósito es esencialmente gratuito.—223. Sólo los muebles pueden ser objeto del contrato de depósito.—224. El depósito no se perfecciona sino con la entrega de la cosa.—225. El depósito es contrato unilateral.

219. El depósito en general, dispone el art. 1.835, es un acto por el cual se recibe una cosa con la obligación de conservarla y devolverla en especie. La ley define el depósito como un acto, y no como un contrato; ¿por qué? La razón se encuentra en el art. 1.836, en que se dice que hay dos clases de depósito: el depósito propiamente dicho, y el secuestro. Ahora bien; el secuestro, que también tiene por objeto la custodia y conservación de una cosa determinada, y que ha sido, por lo mismo, asimilado al depósito, puede ser ordenado por la autoridad judicial, que puede designar la persona depositoria, y en tal caso el secuestro no

tiene índole de contrato, puesto que el juez no contrata, sino que juzga; y por esto el legislador, al dar la definición del depósito en general, ha preferido servirse del término más genérico y comprensivo, *acto*, en vez del término *contrato*, de significación más restringida.

220. El depósito propiamente dicho es un contrato, como lo define el art. 1.837, esencialmente gratuito, que no puede tener por objeto más que cosas muebles. Esta definición es por sí incompleta, porque no revela el objeto del depósito propiamente dicho; pero está completada por el anterior 1.835, en el que, al hablar del depósito en general, se dice que tiene por objeto custodiar la cosa ajena, con obligación de restituirla en especie. Y precisamente este objeto es el que caracteriza el depósito propiamente dicho y lo distingue de los demás contratos; porque si la cosa se da á otro para servirse de ella, se tiene el contrato de comodato ó el de arrendamiento, según se dé gratuitamente ó mediante retribución; si se da para consumirla, se tendrá el mutuo, de que ya nos hemos ocupado en el título precedente; por consiguiente, la esencia de contrato de depósito está en la entrega de una cosa para que se custodie y se entregue en especie.

Si el que recibe en depósito una cosa tiene la facultad de usarla, el contrato ¿es de depósito ó de otra clase? Para responder á la pregunta es preciso, á nuestro modo de ver, indagar la intención de los contratantes. Si el objeto principal fué hacer un favor á un amigo, satisfaciendo sus necesidades con el uso ó consumo de la cosa, el contrato es de comodato ó de mutuo, no de depósito, por faltar el fin de la custodia ó conservación de la cosa. Pero si el objeto principal fué custodiar la cosa, y el depositario tiene facultades para

usarla, si lo necesita, en tal caso la facultad de usar no es más que un accesorio, y lo que caracteriza al contrato es el elemento principal, que consiste en la custodia y conservación de la cosa entregada. Debiendo yo ausentarme por algún tiempo, confío á un amigo mis caballos, mi dinero, etc., para que los custodie, permitiéndole usar de estas cosas si lo necesita; en tal caso, no soy yo quien presta un servicio á mi amigo, permitiéndole que disfrute mis cosas, sino el amigo el que me hace su favor custodiándolas, y siendo éste el principal objeto del contrato, habrá depósito y no comodato. La cláusula accesoria, en que se concede facultad de usar de las cosas en caso de necesidad, no altera la índole del contrato, el cual se rige por las reglas propias del depósito y no del comodato; por consiguiente, el depositante puede siempre y en todo momento reclamar la restitución de sus cosas, y no está obligado á esperar que el depositante haya terminado de usarlas.

Si la cosa depositada es de tal índole que el depositario no puede valerse de la facultad de usarlas sin consumirlas, es claro que el depósito falta, ya porque no puede conservarse lo que se consume, ya porque no puede restituirse la cosa misma; pero en este caso, el contrato ¿será de mutuo desde el principio, ó el depósito se convertirá en mutuo cuando el depositario adquiera la facultad de consumir la cosa? La cuestión debe resolverse de acuerdo con la intención de las partes. Ahora bien; si yo, por deber ausentarme, te entrego una suma para que la custodies, permitiéndote al mismo tiempo que te sirvas de ella si lo necesitas, cierto que ni tú ni yo tenemos la intención de considerar mutuadas las monedas desde el momento en que las entrego, sino que ambos queremos que la suma

esté en depósito hasta tanto que tengas necesidad de servirte de ella, y que naciendo esta necesidad, la suma se considere mutuada, contrayendo tú desde este momento las obligaciones del mutuario. Por otra parte, el contrato es desde el principio de depósito, y se transforma después en mutuo por efecto de la voluntad manifestada en el contrato, y no puede decirse que desde el momento en que la suma se entrega sea el contrato de mutuo. En su consecuencia, las reglas del depósito se aplican, mientras tú te limitas á custodiar la cosa, y las del mutuo desde que las empleas para tus necesidades.

221. La custodia y conservación de la cosa depositada es el principal objeto del depósito, de lo que se deriva que el contrato no existirá cuando falta este objeto; habrá un contrato de otro género que no se puede definir *a priori,* sino teniendo en cuenta la intención de las partes en cada caso. Es necesario en la práctica no perder de vista la verdadera índole del depósito, para no confundir con éste otros contratos de índole muy distinta.

Si tú le entregas á tu procurador documentos referentes á tu defensa, ¿constituyes un depósito? No; porque el objeto del depósito es la custodia de la cosa, y tú no entregas los documentos para su custodia, sino para tu defensa. El contrato es de mandato, porque el objeto es que te represente en juicio tu procurador, y falta el objeto de la custodia; por lo que las obligaciones del procurador serán las del mandatario, no las del depositario.

Un postor de una subasta, ya se trate de venta, de arrendamiento, de destajo, etc., deposita una suma en garantía de la obligación que va á contraer; en este caso, el fin es no la custodia, sino la garantía, luego

no puede hablarse de depósito. La Apelación de Lucca (1) se expresa así: «El objeto de la entrega *custodiae causa dumtaxat*, se considera tan esencial en la diferenciación del depósito de los demás contratos que, según la jurisprudencia, debe ser verdaderamente el fin que se propusieron las partes, y no basta que se persiga de un modo secundario, pues el contrato será otro, un mandato, un préstamo, una prenda, según la intención de las partes. Y esto es así, no sólo cuando se trata de depósito propio y regular, sino del irregular. Éste difiere de aquél, no porque la entrega tenga otro objeto, sino porque mientras en el depósito regular el depositario no puede servirse de la cosa depositada y está en la obligación de conservarla para restituirla *in individuo* al depositante, el cual es siempre propietario y aun poseedor, por tenerla el depositario á nombre suyo; en el irregular, el depositario puede servirse de la cosa; puede restituir el *tantumdem;* adquiere la propiedad; asume el riesgo de la cosa, no de especie, sino de cantidad; es deudor del depositante, y el contrato se diferencia del mutuo únicamente por la diversidad del objeto, puesto que en éste es el provecho del mutuario, y en el depósito irregular el provecho es del depositante. Para distinguir bien los caracteres del contrato dudoso es excelente la regla de Ulpiano en la Leg. 8, Dig. *Mandat; uniuscujusque contractus initium spectandum et causam.* Ahora bien; la causa por que en este caso se depositó la suma es manifiesta, por las condiciones impuestas por el aviso que preparó la subasta y por el contenido del acta. Es claro, pues, que el fin principal no fué la necesidad de la suma, sino el cumplir una de las condi-

(1) Decis. 14 Marzo 1869.

ciones del aviso y prestar garantía. Puede admitirse que el depositario al recibir dicha suma contrajese la obligación de custodiarla diligentemente, y para incluir este concepto puede creerse que se empleó la palabra *depósito*. Pero esto no quita que éste fuese un fin secundario, y que el principal fuese el de la garantía. De todos modos, una denominación menos propia no puede prevalecer á la esencia del negocio. El *quod actum principaliter* debe buscarse en la intención de las partes más bien que en el sentido literal de las palabras, y según aquélla, la esencia del contrato no puede ser otra que la que enuncia el Tribunal de Casación, á saber: «que la dación de aquella suma no fué otra cosa que una prenda anticipada y eventual de garantía, prenda que es eficaz para aquel á quien fuese concedido el contrato, y que quedaba libre, debiendo restituirse inmediatamente á los no favorecidos» (1).

222. El depósito, según la definición del art. 1.837, es esencialmente gratuito. Ahora bien; ningún contrato puede carecer de sus elementos esenciales ni contener otros que pugnen con su índole; luego la compensación pactada es contraria á la índole del depósito. Tal es la consecuencia lógica que se deriva de la definición legal del depósito; y, sin embargo, la misma ley admite que el depósito puede ser retribuído al disponer, en el art. 1.844, que la responsabilidad del depositario es más grave cuando se estipula una remuneración por la custodia del depósito; ¿hay contradicción en la ley? La contradicción desaparece si se observa que el depósito no gratuito es un depósito impropio, y que el legislador se ha ocupado también de

(1) Cas. Florencia, 25 Noviembre 1869.

éste, porque no puede impedirse que el que custodia una cosa pacte un salario. El legislador habla de este depósito impropio, para decir que la responsabilidad de quien en tal caso recibe la cosa es más grave de la del verdadero depositario, y esta mayor responsabilidad nace de la índole del depósito impropio, porque quien custodia mediante retribución, más que depositario es arrendador de servicios; luego su responsabilidad es la del arrendador que se rige por el derecho común, no por disposiciones excepcionales.

223. Sólo las cosas muebles (art. 1.837) pueden ser objeto del depósito propiamente dicho; ¿por qué? Porque el fin de este contrato es la custodia, y los inmuebles no tienen necesidad de custodia, porque no pueden sustraerse; sí tienen necesidad de administración, pero ésta no puede constituir objeto de depósito. Ausentándome yo por algún tiempo, te confío las llaves de mi casa, rogándote que atiendas á su conservación; en este caso, hay un depósito; pero su objeto se limita á las llaves, no á la casa; si bien debes atender á su conservación, con lo que no eres depositario. Si yo te confío la administración retribuyéndote, el contrato es de locación de servicios, pero no de depósito.

224. El depósito, prosigue el art. 1.837, no es perfecto sino con la entrega de la cosa. Fácil es comprender el motivo. El depositario asume la obligación de custodiar y sustituir la cosa en especie: ahora bien; ¿cómo puede custodiar lo que no se le ha entregado, ni restituir lo que no ha recibido? Por tanto, el sólo consentimiento no basta para perfeccionar el contrato de depósito, es necesaria la entrega.

La promesa aceptada por la parte á quien se hace de depositar una cosa, si no equivale á depósito, ¿es productiva de vínculo jurídico? El mutuo y comodato

se perfeccionan también por la entrega, y la promesa del préstamo, si no equivale á préstamo, compromete al que la hace, de modo que debe, en caso de incumplimiento, resarcir los daños. ¿Puede establecerse la misma doctrina en materia de la promesa del depósito? No; y la razón es obvia. La promesa de mutuo ó de comodato se hace en favor del comodatario ó del mutuario; por consiguiente, se comprende el interés de éstos en exigir su cumplimiento. Pero la promesa de depósito no se hace en interés del depositario, sino del depositante; carece, pues, aquél de interés para reclamar el depósito. Pero la promesa de aceptar el depósito obliga al depositario á cumplirla, y en caso de incumplimiento puede el depositario pedir daños y perjuicios.

La entrega de la cosa es un hecho material que se realiza haciendo pasar la cosa de manos del depositante á las del depositario; pero puede realizarse sólo con consentimiento, según el art. 1.837, si la cosa está ya en poder del depositario por otro título. En este caso, la tradición precedió al depósito, y sería pueril que el depositante tuviera que retirarla para volverla á entregar de nuevo.

225. El depósito es un contrato unilateral, no bilateral, porque sólo el depositario se obliga. Y no se oponga que la ley habla de obligaciones del depositante, porque éstas no nacen del contrato, sino que tienen otro fundamento, como veremos. El contrato es bilateral, si por la custodia se pactó un salario; pero en este caso no se trata de depósito propiamente dicho, sino de locación de servicios; por lo que subsiste siempre el principio de que el contrato de depósito es unilateral.

La ley divide el depósito en voluntario y necesario (art. 1.838). Hablaremos separadamente de uno y otro.

CAPITULO II

DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO

SUMARIO: 226. Definición del depósito voluntario.—227. El depósito sólo podrá hacerse por el propietario de la cosa.—228. El depósito debe tener lugar entre personas capaces de contratar.

226. El depósito voluntario, según el art. 1.839, se efectúa por consentimiento espontáneo del que da y del que recibe la cosa en depósito. Tanto en el voluntario como en el necesario, se exige el consentimiento de ambas partes; con la diferencia de que la espontaneidad del consentimiento por parte de ambos contratantes caracteriza el voluntario, mientras que el defecto de tal espontaneidad, nacida de la amenaza de un peligro inminente ó de una necesidad, caracteriza el depósito necesario. El depósito espontáneamente consentido, quiere decir que el depositante pudo reflexionar, no sólo sobre la conveniencia del depósito, sino sobre la elección del depositario, y que éste, por su parte, ha podido meditar sobre la conveniencia de aceptarlo ó no.

227. El depósito voluntario no se puede hacer regularmente (art. 1.840), sino por el propietario de la cosa depositada, ó bien con su consentimiento expreso ó tácito. ¿Se deriva de aquí que el depósito no es vá-

lido si no es hecho por el propietario? No puede ser tal el pensamiento del legislador. En efecto; del contrato de depósito no surge ningún derecho sobre la cosa depositada, sino que engendra una obligación personal del depositante; ¿qué necesidad hay, por tanto, de que el depositante sea propietario de la cosa para que el contrato tenga eficacia? El legislador, por otra parte, no dice que el depósito no pueda hacerse más que por el propietario de la cosa, sino que sólo puede hacerse por él regularmente. Hecho el depósito por el no propietario no es regular, y el propietario conserva el derecho de reivindicar la cosa; lo cual no excluye la existencia del contrato de depósito entre el depositante y el depositario.

Tratándose de muebles, al propietario que trata de reivindicarlos puede oponérsele la máxima de que la posesión de buena fe equivale al título; la cual no puede ser invocada por el depositario, porque no posee en nombre propio, sino en nombre del depositante, el cual únicamente puede invocarla.

228. El depósito voluntario, dispone el art. 1.841, no puede tener lugar sino entre persona capaz para contratar. Pero en el depósito el único obligado es el depositario; es, pues, preciso, que también el depositante sea persona capaz. Si una persona capaz para contratar, dispone dicho artículo, acepta el depósito hecho por un incapaz, está sujeta á todas las obligaciones de un verdadero depositario; puede ser demandada en juicio por el tutor ó por el administrador del incapaz. Esta disposición es consecuencia del principio de que la nulidad del contrato por incapacidad de uno de los contratantes, es relativa, y sólo puede ser invocada por aquel á cuyo favor la establece la ley. Ahora bien; en el caso presente, el incapaz no tiene

interés en anular el depósito, porque el depositario es el único que se obliga; por lo que no pudiéndose éste valer de la nulidad que aprovecha solamente al otro contratante, debe estar sujeto á todas las obligaciones del depositario.

Si el depósito fué hecho por persona capaz á otra incapaz, aquélla, según el art. 1.842, que hizo el depósito, no tendrá más que la acción reivindicatoria sobre la cosa depositada, mientras ésta se encuentra en poder del depositario, ó bien una acción de restitución hasta la concurrencia de lo que hubiese utilizado este último. En este caso, estando la nulidad establecida en favor del depositario incapaz, éste se vale de ella, y es lógico que no esté sujeto á las obligaciones que nacen del contrato. Si el depositante, sin embargo, no puede utilizar la acción que nace del contrato de depósito por la nulidad del mismo, no pierde, en cambio, la propiedad de la cosa depositada, y puede reivindicarla del depositario incapaz, mientras se encuentre en su poder. Pero ¿y si la enajena? Si se aprovechó del precio estará el incapaz obligado por lo que se haya enriquecido, no en virtud del contrato, sino de la máxima de equidad de que nadie puede enriquecerse en daño de otro. Pero si no se aprovechó del precio, el depositante no tendrá acción contra él.

La disposición examinada debe armonizarse con los principios generales de derecho que hacen al incapaz responsable del delito y del cuasi-delito. En el artículo 1.305 se dice que la obligación no se puede impugnar por el menor que con maniobras ó dolo oculta su cualidad de tal: ahora bien; supóngase que el menor, para conseguir el depósito, indujese con dolo al depositante á creer que era mayor de edad; en tal caso, es natural que no pueda deducir la medida y esté sujeto

á las obligaciones del depositario. El art. 1.306 dispone que el menor es equiparado al mayor de edad por las obligaciones que nacen del delito y cuasi-delito. Ahora bien; si el menor enajenó conscientemente ó disipó de otro modo la cosa recibida en depósito, comete un delito que es el de un verdadero hurto; por consiguiente, responderá de las consecuencias como si fuese mayor, y el depositante, por tanto, tendrá en tal caso acción contra él para conseguir el resarcimiento de daños, aunque ningún provecho haya obtenido el depositario de la enajenación ó del consumo de la cosa depositada.

La mujer casada, ¿puede dar ó recibir en depósito sin autorización de su marido? Claro que sí. La mujer casada, según nuestro Código, no es incapaz; sólo en homenaje al jefe de la familia y para asegurar la paz en ésta, necesita en algunos casos la autoridad marital. Estos actos están enumerados taxativamente en el art. 134, y como entre ellos no figura el depósito, la mujer podrá tomar válidamente parte en tal contrato sin autorización del marido.

CAPITULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO

SUMARIO: 229. Obligación referente á la custodia de la cosa.—230. Diferentes hipótesis en las cuales el depositario está obligado, á tenor del derecho común, á prestar la diligencia de un buen padre de familia.—231. El depositario no responde del caso fortuito á no ser que incurra en culpa.—232. El depositario no debe servirse de la cosa sin el consentimiento expreso ó tácito del deponente.—233. No puede descubrir los objetos depositados y guardados en una caja ó sellados.—234. Obligación de restituir.—235. Heredero del depositario que vende de buena fe la cosa depositada.—236. El depositario está obligado á devolver los frutos producidos por la cosa depositada y percibidos por él.—237. A quién se debe restituir el depósito.—238. El depositario no puede exigir que el depositante pruebe que la cosa depositada es suya.—239. Muerto el depositante á quién debe restituirse el depósito.—240. Perdiendo su capacidad el depositante á quién se debe restituir el depósito.—241. En qué lugar debe hacerse la restitución.—242. Cuándo puede pedirse ó hacerse la restitución.—243. *Quid* si el depositario prueba que la cosa depositada le pertenece á él.

229. La principal obligación del depositario se refiere á la custodia de la cosa depositada. El depositario, dispone el art. 1.843, debe usar en la custodia de la cosa depositada la misma diligencia que emplearía en las suyas propias. Esta disposición deroga los principios generales de derecho. En efecto; el art. 1.224 establece, como regla general, que la diligencia que

debe emplearse en el cumplimiento de una obligación es siempre la de un buen padre de familia; ¿por qué se deroga este precepto respecto del depositario? Porque éste hace un favor á su amigo sin utilidad de ninguna clase, y la equidad no consiente que use otra diligencia que la que suele usar en sus cosas. Por otra parte, quien recibe un favor no puede pretender del que lo hace que emplee una diligencia superior de la que emplea en las cosas que le pertenecen.

El comodatario, en el caso en que un grave peligro amenace la cosa propia y la prestada y no pueda salvar más que una de ellas, debe preferir esta última; de lo contrario, responde de la pérdida; esta disposición, ¿es aplicable al depositario? No; porque el comodatario recibe un favor y el depositario le hace. Por otro lado, quien debe prestar aquella diligencia que usa en sus cosas propias, no puede ser obligado á sacrificar éstas para salvar la depositada; de lo contrario, se exigiría en él una diligencia mayor por la cosa depositada que la que usa en las suyas propias.

Si el depositario es el verdadero tipo del buen padre de familia, ¿está obligado á prestar esta diligencia de modo que se haga responsable de las consecuencias derivadas de haber usado una diligencia menor, cualquiera que sea la diferencia entre la usada en la cosa depositada y la que suele usar en las suyas propias? Por la negativa puede observarse que la ley estima la responsabilidad del depositario frente á la de cualquiera otro deudor; por consiguiente, si el depositario es, por ventura, un buen padre de familia, no es ésta razón suficiente para acrecentar su responsabilidad respecto á la de otro depositario que no sea un diligente padre de familia. Pero este argumento es débil. El principio excepcional del art. 1.843, está establecido

únicamente á favor del depositario que no es un diligente padre de familia; porque si el legislador hubiese creído que todos los depositarios son buenos padres de familia, la disposición no tendría razón de ser. Ahora bien; el depositario buen padre de familia no está comprendido en la excepción legal; el art. 1.843 no está escrito para él, luego su responsabilidad se rige por las reglas generales del derecho común. No exigiendo el legislador del depositario en el cumplimiento de sus obligaciones, más que aquella diligencia que suele usar en sus asuntos, se contenta con que no sea culpable de infidelidad en la custodia, no atendiendo á ésta como atendería á sus cosas. Pero el buen padre de familia, si no cumple con la diligencia acostumbrada en sus cosas, comete una infidelidad porque defrauda la confianza que en él ha puesto el depositante; por consiguiente, sería absurdo hacerle irresponsable de tal infidelidad.

230. Si el depositario cumple, por lo general, su obligación, usando de la misma diligencia que para sus asuntos, está obligado, sin embargo, en algunos casos, á prestar una diligencia mayor. La disposición del anterior artículo, dice el 1.844, se debe aplicar con mayor rigor:

1.° Cuando el depositario se haya ofrecido para recibir el depósito.

2.° Cuando éste es retribuído.

3.° Cuando es en interés exclusivo del propietario.

4.° Cuando se haya convenido expresamente que el depositario quedará obligado por cualquier clase de culpa.

¿Cuál es la diligencia que en estos casos debe usar el depositario en la custodia de la cosa depositada? Comencemos por declarar que la pregunta no se re-

fiere al caso previsto por el núm. 4 del artículo en examen; porque cuando el contrato establece la diligencia que se debe prestar, éste es ley y no el Código. Pero en los demás casos, la diligencia ¿es la de un buen padre de familia, á la cual está obligado todo deudor, ó un *quid medium* entre esta diligencia y la que el depositario usa en la custodia de las cosas propias?

El texto del art. 1.844 está concebido en términos bastante vagos; pero vienen en ayuda del intérprete el art. 1.224 y los principios generales. Este artículo establece, como regla general, que la diligencia que debe emplear el deudor en el cumplimiento de su obligación, es la de un buen padre de familia, añadiendo después, salvo el caso de depósito mencionado en el art. 1.843. Ahora bien; éste establece, para el depositario, la obligación de usar, en la custodia de la cosa depositada, la misma diligencia que emplea en custodiar las cosas propias; luego el legislador señala una doble diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, á saber: la de un buen padre de familia, que debe usar cualquiera deudor, y la que se emplea en la custodia de las cosas propias, que debe prestar solamente el depositario. Ahora bien; si el art. 1.844 exige, respecto de los casos allí previstos, mayor diligencia en el depositario que la que emplea en sus cosas propias, esta mayor diligencia no puede ser otra que la de un buen padre de familia, pues la ley no reconoce más. Aparte de esta observación, se puede también notar que la derogación de una excepción equivale á entrar en el campo del derecho común. Ahora bien; el art. 1.843 establece una excepción á favor del depositario, declarándole obligado solamente á prestar la diligencia que usa en sus cosas propias,

y el art. 1.844 deroga esta excepción; luego implicando la derogación la vuelta al derecho común h ay que deducir que en los tres primeros casos de qu e se ocupa el artículo en examen, la diligencia que debe prestar el depositario es la de un buen padre de familia.

A esta conclusión se llega igualmente examinando separadas las tres primeras hipótesis. La primera, en efecto, supone que el depositario se ofrezca á recibir el depósito; y el que se ofrece á recibir un depósito promete tácitamente la diligencia de un buen padre de familia. El depósito favorece al depositante, no al depositario; luego cuando éste se ofrece, lo hace en interés del depositante, y ¿cómo se concebiría la oferta hecha en favor del depositante si no obligase á prestar la diligencia de un buen padre de familia?

En el segundo número se prevé la hipótesis en que el depositario estipula una remuneración para la custodia de la cosa depositada. En este caso, el depositario no hace más que arrendar sus servicios; por consiguiente, el contrato es realmente una locación. Ahora bien; el arrendador de una obra está obligado, como cualquier otro deudor, á prestar la diligencia de un buen padre de familia; es indudable, pues, que la obligación del depositario se rige, en este caso, por el derecho común.

El tercer número se refiere al caso en que el depósito se hace únicamente en interés del depositario y falta en tal hipótesis la razón, porque el art. 1.843 deroga el principio general que rige el cumplimiento de las obligaciones; pero ¿cómo puede suceder que el depósito se haga con interés del depositario desde el momento que éste presta un favor ó un servicio al depositante? Si se tratase de un verdadero depósito no po-

dría ser esto; pero el art. 1.844 menciona varias hipótesis de depósitos impropios, una de las cuales es el hecho en favor del depositario. La custodia de la cosa no interesa, en verdad, al depositario; es necesario, pues, que el depósito se haga con otro fin. Tú, por ejemplo, prevés la ocasión de hacer una adquisición, para la cual necesitas un préstamo: el que te presta la suma está para emprender un viaje, y no conviniéndote á ti contraer el préstamo antes que la adquisición se celebre, ruegas á un amigo que te dé en depósito la suma necesaria, en la inteligencia de que, verificándose el contrato de compra, el depósito se convertirá en mutuo. En tal caso, el fin del depósito no es la custodia, sino el conseguir la suma necesaria; por lo que el contrato es en interés del depositario. Ahora bien; si la utilidad del contrato es de éste, la razón exige que, como cualquier otro deudor, preste la diligencia de un buen padre de familia.

231. El depositario, dispone el art. 1.845, no será responsable, en ningún caso, de los accidentes ocurridos por fuerza mayor, á no ser que incurriese en mora. Esta disposición no es más que una consecuencia de los principios generales, porque el depositario es deudor de cosa cierta y determinada, y el deudor de la misma se libera de su obligación en virtud del art. 1.298, si la cosa perece por caso fortuito. Derivándose la disposición de los principios, el legislador pudo omitirla, pero ha creído oportuno no guardar silencio para disipar toda duda sobre el art. 1.845. Habiendo declarado el legislador en este artículo que en los casos en él contemplados la responsabilidad no excede nunca del derecho común, declarando que *en ningún caso* será el depositario responsable por los accidentes producidos por fuerza mayor. Pero responde-

rá si incurre en mora, porque entonces incurre en culpa. Si tiene culpa, aunque no haya incurrido en mora, no puede hablarse de caso fortuito ni de fuerza mayor.

La prueba del caso fortuito es á cargo del depositario, porque alegando el caso fortuito ó la fuerza mayor, intenta liberarse de la obligación. Si hay culpa al perderse la cosa, se libera cuando pruebe que la cosa habría perecido igualmente sin culpa; porque, en tal caso, la pérdida no es consecuencia de la culpa, y el deudor sólo responde de ésta.

232. El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin el expreso ó tácito permiso del depositante (art. 1.846). El depósito se hace únicamente para la custodia, por lo que el que se sirve de la cosa depositada viola la fe del contrato. Aunque el depósito consista en dinero, el depositario no puede servirse de él, aunque pueda reintegrar el depósito, porque la suma no le pertenece, y no es lícito servirse de la cosa depositada con el consentimiento expreso ó presunto del depositante. Presumir un consentimiento no es, en verdad, cosa conforme á los principios de derecho, porque sin un consentimiento, sea expreso ó tácito, pero realmente prestado, es absurdo hablar de convención; sin embargo, el legislador permite al magistrado presumir que el depositante consintió en que el depositario se sirviese de la cosa depositada. Trátase aquí de una materia de apreciación en que el juez ejerce su poder soberano, y el legislador confía en la justa estimación que hará de las circunstancias especiales del caso.

Si el depositario se sirve de la cosa sin dicho consentimiento, incurre en culpa; por lo que, si la cosa perece al usarla, es responsable de la pérdida, no obstante su diligencia.

233. El depositario, según el art. 1.847, no puede en modo alguno descubrir las cosas depositadas cuando fueron confiadas en una caja cerrada ó en un paquete sellado. Aquí se revela la voluntad de que no se examine el objeto depositado, por lo que descubrirlo es abusar de la confianza. Pero si la cosa aún no cerrada ó sellada se entrega de modo que al depositario se le prohiba expresa ó tácitamente examinarla, también aquí es aplicable el artículo en examen, que, por otra parte, es una aplicación de los principios generales de derecho. El legislador, á nuestro modo de ver, ha previsto en el art. 1.847 los dos casos más frecuentes en los cuales se revela la intención del depositante; pero no excluye que ésta pueda manifestarse de otro modo.

234. Hasta aquí hemos hablado de las obligaciones relativas á la custodia; pero el depositario debe también entregar la cosa depositada, por lo que el orden lógico nos lleva ahora á hablar de la restitución. El depositario, dispone el art. 1.848, debe restituir la misma cosa que ha recibido. El depositante es propietario de ella; el depositario, simple detentador para custodiarla; por lo que no puede sustituirla por otra ni aun de la misma especie.

Un depósito en dinero, dice el art. 1.848, cuando con arreglo al 1.846 el depositario hubiese hecho uso de él, debe restituirse en las mismas especies en que se hizo, tanto en caso de aumento como de disminución de su valor. Cuando el depositario tiene facultad para usar de las monedas depositadas, el depósito se transforma en mutuo; por consiguiente, la obligación del depositario de restituir, debería ser en este caso igual á la del mutuario. Ahora bien; el mutuo de dinero, salvo pacto en contrario, es siempre un mutuo

de suma determinada; de modo que el mutuario, según el art. 1.821, está obligado á restituir la suma numérica prestada, ya sea que el valor de la moneda baje ó suba porque se dispone otra cosa respecto del depositario. Porque aquí el elemento que domina es el depósito y no el mutuo, aunque con el transcurso del tiempo las monedas depositadas puedan considerarse como mutuadas. Ahora bien; si el objeto del mutuo de dinero es de ordinario una suma numérica, el del depósito es siempre una determinada, por lo que lo depositado son las monedas; por consiguiente, el depositario, al valerse de la facultad concedida de usar del depósito, usa de las monedas determinadas en número y especie, no de una suma. Ahora bien; si debe entregar la cosa, es natural que deba entregar la misma clase de monedas recibidas.

¿Deberá devolverse el mismo número, tanto en caso de aumento como de disminución del valor de las monedas depositadas? No vacilamos en responder afirmativamente, porque habiendo usado el depositario, por ejemplo, cien marengos, es deudor de cien monedas de oro llamadas marengos, no de un determinado valor mercantil ó legal; el aumento ó la disminución, por tanto, del valor de las monedas de que se ha servido, aprovecha ó perjudica al depositante, no al depositario.

¿Deberá adoptarse la misma solución en el caso en que el depositario haya hecho uso de las monedas sin haber recibido esta facultad? Creemos que sí, porque siempre será verdad que al usar de ellas se sirve de cosa cierta y determinada, de la cual se hace deudor; por consiguiente, por efecto del uso abusivo no se hace deudor de una suma numérica, sino de las monedas entregadas.

¿En qué estado debe ser restituída la cosa por el depositario? Según el art. 1.849, en el estado en que se encuentre al tiempo de la restitución; el deterioro ocurrido sin culpa suya es de cuenta del depositante. La cosa depositada es propiedad del depositante; luego de él son los riesgos y deterioros.

Si la cosa depositada fué arrebatada por fuerza mayor y el depositario recibe á cambio otra cosa ó una suma en dinero, debe, según el 1.850, restituir lo que ha recibido. Un registro en tiempo de guerra puede privar al depositario de la cosa, y este caso se considera de fuerza mayor, sufriendo el depositante las consecuencias. Pero si el depositario hubiese recibido dinero á cambio de la cosa, ¿con qué derecho le retendría, desde el momento en que la suma es la compensación de una cosa que no le pertenece? La justicia exige, pues, que esta compensación corresponda al depositante que fué privado de la cosa, por lo cual la ley le concede acción para repetirle del depositario.

235. La obligación del depositario de devolver la cosa recibida pasa, como cualquier otra, á sus herederos; pero éstos pueden ignorar la existencia del depósito, y encontrando la cosa depositada en casa de su autor, puede creer que le pertenece y venderla; ¿qué acción corresponderá, en tal caso, al depositante? El heredero, según el art. 1.831, está obligado, en tal caso, á restituir el precio recibido ó á ceder su acción contra el comprador, en el caso en que éste no le haya pagado el precio. El heredero no puede considerarse en culpa si ignora que la cosa encontrada estaba en depósito; por consiguiente, habiendo obrado de buena fe, no puede responder de los daños que la enajenación pudo producir al depositante, como no respondería en el caso en que la venta fuese de mala fe por co-

nocerse la existencia del depósito. Pero el dinero obtenido de la venta debe ser restituído ó cederse la acción contra el comprador, cuando éste no le hubiera pagado el precio. Una vez restituído éste ó cedida la acción, ya no tiene el depositario más obligación con el depositante, al cual no responderá, ni del bajo precio en que se vendió la cosa, ni de la insolvencia del comprador.

236. El depositario está obligado (art. 1.852) á restituir los frutos de la cosa depositada. Los frutos son un accesorio de la cosa; por consiguiente, pertenecen al propietario de ésta, que es el depositante. Si éste, pues, se los exige, debe devolvérselos. El depositario, prosigue el mismo artículo, no es deudor del dinero depositado sino desde el día en que se constituye en mora. El dinero depositado lo tiene el depositario en custodia, y el dinero que se custodia en la caja no produce interés alguno; de aquí la falta de derecho en el depositante á exigir del depositario los intereses de las sumas custodiadas. Pero si éste incurrió en mora en la restitución, impide al depositante valerse del dinero y percibir las utilidades, y como este daño es consecuencia de la mora del depositario, está obligado á resarcirle, entregando el interés legal de la suma que debe.

Si el depositario se vale del dinero depositado sin facultades para ello, ¿está obligado al pago de los intereses legales por el tiempo que usó del mismo? Por la afirmativa pudiera observarse que el dinero ha producido un interés al depositario, interés que es un accesorio de la cosa; por consiguiente, debe corresponder al depositante, que es su propietario. No somos de esta opinión. La ley dice que los frutos producidos por la cosa deben restituirse al depositante cuando el de-

positario los hubiese percibido; pero los intereses son cosa distinta de los frutos, y éstos se deben, según el art. 1.852, cuando el depositario se constituye en mora en la restitución del dinero. Ahora bien; el depositario no se constituye en mora por haberse servido del dinero, por lo que el uso del mismo no induce á pensar en la obligación de pagar al depositante los intereses legales. Ni contra el depositario podría invocarse el principio de no ser lícito á nadie enriquecerse con daño de otro; porque si bien es verdad que el depositario obtiene un lucro del empleo del dinero depositado, no es tanta verdad que este lucro represente un daño para el depositante, el cual, queriendo que su dinero fuese custodiado, renunció á que produjese utilidad ó interés alguno. Por lo que si el dinero custodiado no produce interés, no puede decir el depositante que fué privado de los intereses. El depositario que sin facultades emplea en su uso propio la suma recibida en depósito, comete, sin duda, una falta de delicadeza violando el contrato y abusando de la confianza puesta en él por el depositante; pero de la indelicadeza á la obligación de pagar los intereses de las sumas empleados en uso propio, la distancia es grande y el intérprete no puede salvarla sin ofensa de los principios, en cuanto que los intereses se deben, ó por convención, ó por la ley, y en el caso presente no los imponen ni una ni otra.

237. ¿A quién debe hacerse la restitución? El depositario, dispone el art. 1.853, no debe restituir la cosa depositada sino á quien se la confió ó á aquel en nombre del cual se hizo el depósito, ó á la persona indicada para recibirlo, salvo lo dispuesto por el artículo 1.841. El depósito, aunque tenga por objeto cosa ajena, es válido, según ya expusimos, en las relaciones

entre el depositante y el depositario. Ahora bien; suponiendo que el propietario de la cosa depositada ó quien pretende serlo reivindique del depositario mostrando los títulos que prueban su derecho de propiedad, no puede devolvérsela; y si es demandado en juicio debe advertirlo al depositante, no sólo para hacer valer sus derechos, sino para invocar también la máxima de que en materia de muebles la posesión de buena fe equivale al título. Si entrega espontáneamente la cosa depositada al que la reivindica, y si se hace condenar en juicio á restituirla sin haber advertido al depositante, será responsable ante éste y debe resarcirle el daño si se demuestra que, aunque no propietario de la cosa, habría podido rechazar la acción reivindicatoria del propietario, recurriendo á la máxima de que la posesión equivale al título.

La cosa puede también restituirse á aquel en nombre del cual se hizo el depósito. En esta hipótesis, el que tiene el depósito se declara mandatario de la persona por cuenta de la cual se hace; por lo que el depositario se libera si restituye la cosa depositada al mandante y no al mandatario. Adviértase que el depositario no tiene obligación sino sólo facultad de restituir la cosa á la persona por cuenta de la cual se hace el depósito, por lo que puede preferir restituirla aun á aquel que la deposita en nombre ajeno. En efecto; el tercero, en nombre del cual se hizo el depósito, es extraño á la convención entre el depositante y el depositario, y no puede nacer de la misma ningún derecho para proceder contra el depositario y obligarle á entregar la cosa depositada. Y tampoco puede el depositario obligar al tercero, en cuyo nombre se hizo el depósito, á recobrar las cosas depositadas, precisamente por ser extraño á la convención, sino que sólo

puede valerse de la facultad tácitamente concedida por aquel que, á nombre del tercero, realizó el depósito, de entregarle á éste cuando lo acepte.

El depósito puede también restituirle, según la disposición del artículo en examen, á la persona indicada para recibirlo. Puede el depósito realizarse en interés de un tercero; yo, por ejemplo, deposito en tu poder mil liras que entregarás á Ticio, verificándose una determinada condición; en este caso, el depósito se hace en interés de Ticio, y, cumplida la condición, el depositario puede entregarle la suma recibida. Pero, ¿estará obligado el depositario á devolver el depósito al tercero en cuyo interés se hizo, de modo que no sea facultativo en él devolverlo á aquel que lo realizó? Si el tercero, en cuyo interés se hace el depósito, no tomó parte en el contrato, éste no crea ningún derecho á su favor, el depositario no tiene ninguna obligación hacia él; por consiguiente, si tiene facultad de pagarle en virtud de los poderes recibidos del depositante, el tercero no tiene acción para obligarle á restituir el depósito. Si el tercero, por el contrario, hubiese intervenido en el contrato de depósito, en este caso habrá adquirido contra el depositario el derecho de obtener la cosa ó suma depositada al cumplirse la condición impuesta; por consiguiente, éste no puede entregarla al depositante sin permiso del tercero, á no ser que comprobado el no cumplimiento de la condición, el tercero hubiera perdido todo derecho sobre el objeto depositado.

238. El depositario, requerido para que restituya, no puede pretender que el depositante pruebe ser propietario de la cosa depositada (art. 1.854). El depositante, cuando reclama la cosa, no obra en virtud de un derecho real sobre la misma, sino de un derecho per-

sonal nacido del contrato de depósito; por consiguiente, sería incorrecto exigir del depositario la prueba de que las cosas depositadas corresponden en propiedad al depositante. Por otra parte, en las relaciones entre depositante y depositario, el depósito es válido aunque el que lo hace no tenga dominio de la cosa depositada; por consiguiente, el depositario no puede sustraerse á la obligación de restituir la cosa al depositante, aduciendo el pretexto de que éste no es el propietario.

Pero si el depositario, prosigue el art. 1.854, descubre que la cosa fué robada, debe denunciar el depósito al verdadero propietario para que la reclame, salvo las disposiciones del Código penal. Si no la reclama, el depositario queda libre con la entrega del depósito á aquel de quien le ha recibido. Es esta una disposición excepcional. El legislador la ha dictado porque, habiéndose cometido el delito, el interés social exige que la víctima deba ser puesta en situación de recobrar lo suyo. Pero no puede extenderse á otros casos, por lo que si la cosa depositada en vez de robarse se extravió, el depositario no tiene obligación de realizar lo que dicho artículo prescribe.

El depositario, si bien tiene obligación de advertir al propietario de la cosa robada del depósito, no puede hacerle *motu proprio* la entrega por no corresponderle pronunciar ningún juicio sobre la propiedad de la cosa que tiene en depósito. El propietario, advertido, deberá, dentro de un tiempo conveniente, según el precedente arbitrio del magistrado, proponer demanda judicial de reivindicación contra el depositario, el cual deberá llamar á juicio al depositante para hacer valer sus derechos. Si el depositario que tuvo conocimiento del robo y del propietario de la cosa depositada en su poder omite advertirle conforme prescribe la

ley, falta á su deber, y se hace responsable si entregó la cosa al depositante.

239. En caso de muerte del depositante, la cosa depositada, según el art. 1.855, no puede restituirse más que al heredero. ¿Cuál es el significado de esta disposición? No puede ser, ciertamente, atribuir al heredero del depositante el derecho sobre la cosa depositada, puesto que tal derecho no se transmite por la sucesión; luego si no se quiere suponer que el legislador ha dictado una disposición inútil, es necesario atribuirle otro significado. El anterior art. 1.853, dice que si se indica un tercero al cual deba hacerse la restitución, el depósito puede ser restituído á éste. Ahora bien; si el depositante muere, ¿puede el depositario devolver el depósito á la persona designada? He aquí la duda que, á nuestro modo de ver, resuelve el artículo en examen al prescribir que en tal caso la restitución debe hacerse, no al tercero, sino al depositante. ¿Por qué? El deponente que designa al tercero no hace sino dar un mandato al depositario de que entregue la cosa depositada á la persona designada, pero el mandato se extingue con la muerte del mandante; luego extinguido el mandato, el depositario no puede restituir el depósito á la persona designada, sino al heredero del depositante. Cuando el depósito se hizo en interés de tercero, el cual intervino en el contrato, no se trata ya de mandato, sino de convención, por efecto de la cual el tercero que interviene adquiere el derecho de exigir las cosas depositadas al cumplirse la condición, y los contratos no se extinguen por la muerte de una de las partes; por consiguiente, el depósito no puede entregarse al heredero del depositante, sino que queda vinculado á favor del tercero hasta el cumplimiento de la condición.

Los herederos del depositante pueden ser varios: en tal caso, ¿á quién se hace la restitución? El artículo en examen no hace más que aplicar á esta hipótesis los principios generales, disponiendo que si se trata de cosa divisible, el depósito se devuelve á cada heredero por su porción, y que todos los herederos deben ponerse de acuerdo sobre el modo de recibirle cuando sea indivisible. Faltando este acuerdo, el depositario no debe ni puede entregar á ninguno de los herederos la cosa depositada; pero si tiene interés en que la restitución se haga, debe acudir á la autoridad judicial, á la cual corresponde establecer la forma de restitución.

240. Si por cambiar de estado, dispone el artículo 1.856, el depositante perdiese la administración de sus bienes después del depósito, éste no puede restituirle, sino aquel que tiene la administración de los bienes del depositante. Esta disposición, como la del artículo anterior, está escrita más especialmente para el caso en que se designe un tercero á quien restituir el depósito; porque si el depósito no puede devolverse más que al depositante, siendo éste capaz, ha de hacerse al que le represente; pero en el caso en que el tercero fuese designado para recibir el depósito, pudiera dudarse si, no obstante la declarada incapacidad del depositante, podría el depósito entregarse al tercero indicado, duda que el legislador resuelve negativamente, aplicando el principio de la cesación del mandato á causa del cambio de estado del mandante. También aquí advertiremos que si el depósito se refiere al interés del tercero que intervino en el acto, la incapacidad del depositante no altera el contrato ni los derechos que el tercero adquiere por éste; por consiguiente, la disposición que examinamos no se aplicará á dicha hipótesis.

Si el depósito, dice el art. 1.897, se hiciese por el tutor ó por otro administrador en calidad de tal y su administración terminase al tiempo de la restitución, ésta no se podrá hacer más que á la persona ya representada ó al nuevo representante. A esta hipótesis se refieren también las observaciones hechas; por consiguiente, no obstante se haya indicado el tercero á quien se debe entregar el depósito, la restitución, dada la cesación del mandato, debe siempre hacerse á tenor de la referida disposición.

241. ¿En qué lugar debe hacerse la restitución del depósito? Si en el contrato de depósito, observa el artículo 1.858, se indica el lugar en que debe hacerse la restitución, el depositario está obligado á transportar allí la cosa depositada; los gastos de transporte son de cuenta del depositante. Cuando el contrato de depósito indica el lugar en que ha de hacerse la restitución, el depositario se obliga á restituir en este lugar; y como la restitución no puede hacerse sin el transporte de la cosa, es lógico que el depositario deba transportarla. Pero los gastos, ¿por qué son del depositante? Porque el depósito está hecho en favor suyo, y debe soportarlos. Si el contrato no indica el lugar de la restitución, ésta, según el art. 1.859, se hará en aquel en que se encuentra la cosa. Esta disposición deroga los principios generales, porque cuando el contrato no menciona el lugar, éste es el domicilio del deudor. ¿Por qué el legislador obliga á hacer la restitución, cuando las partes callan, en el lugar en que se encuentra la cosa depositada, y no en el domicilio del deudor? Porque presume que es esta la voluntad de las partes. Si la restitución debiese hacerse en otra parte, el depositario debería transportar las cosas depositadas y el depositante sostener los gastos del transporte; ahora, el si-

lencio de las partes hace suponer que no fué tal su intención, por lo que es natural presumir que pensasen en el lugar en que la cosa está depositada.

242. ¿Cuándo puede hacerse la restitución? El depósito, dice el art. 1.860, se debe restituir al depositante en cuanto lo pida, aunque se haya fijado en el contrato un término para la restitución, siempre que no haya en poder del depositario un acto de embargo ó de oposición, con arreglo á la ley. El contrato liga á ambos contratantes, á ninguno de los cuales es lícito violarle: ahora bien; ¿por qué fijándose un término para la restitución del depósito el depositante no está obligado por este pacto, sino que puede pedir la restitución de la cosa depositada antes de vencer el término? Porque el término está establecido á favor del depositante; por lo que puede servirse de él ó renunciarle.

No fijándose en el contrato ningún término, ¿puede el depositario, cuando quiera, obligar al depositante á retirar el depósito? Obsérvese que el depositario se obligó á custodiar las cosas entregadas al mismo, y no puede sustraerse al cumplimiento de tal obligación. Ahora bien; la custodia es cosa que se realiza en el tiempo, por lo que debe esperarse cierto término. Si el depositario pudiese, apenas recibido el depósito, obligar al depositante á retirarle, quedaría á merced suya violar la obligación contraída, lo cual no es conforme á justicia. Por otro lado, si el depositante no se cuida de retirar el depósito, ¿estará obligado el depositario á pedir la restitución de las cosas depositadas? Tampoco esto sería justo, porque al prestarse el depositario á hacer un favor á un amigo, no ha querido contraer una obligación perpetua ó cuya duración dependa exclusivamente del capricho del depositante; por tanto, á la autoridad judicial corresponde decre-

tar, teniendo en cuenta las circunstancias si debe y cuándo retirar el depósito al depositante. Tal y no otro es el significado del segundo párrafo del artículo en examen, concebido así: «Igualmente podrá obligar el depositario al depositante á retirar el depósito; pero si por motivos especiales el depositante se opusiera, corresponderá á la autoridad judicial proveer el caso.»

243. Todas las obligaciones del depositario, dice el art. 1.861, se extinguirán cuando se descubra y pruebe que le pertenece la cosa depositada. El depósito consiste esencialmente en la obligación de custodiar una cosa ajena: ahora bien; si la cosa pertenece en propiedad al que la tiene en depósito, es claro que el contrato no ha existido nunca, y que el aparente depositario no está obligado por los vínculos del depósito.

Pero si se discute la propiedad entre un tercero y el depositante y queda extraño á la cuestión el depositario, éste puede y debe restituir la cosa al depositante, á no ser que el tercero se oponga legalmente á la restitución, con arreglo al art. 1.860, en cuyo caso entregará la cosa á la persona indicada por el juez, ó bien si tiene interés en liberarse del depósito pedirá al juez que nombre á una persona á quien entregar la cosa durante el juicio.

CAPITULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE

SUMARIO: 244. Doble obligación del depositante, relativa la una al reembolso de los gastos y la otra á la indemnización debida al depositario.—245. Reembolso de los gastos necesarios para la conservación de la cosa depositada.—246. Si se deben al depositario los intereses sobre las sumas á cuyo reembolso tiene derecho.—247. Indemnización debida al depositario.—248. Derecho de retención concedido al depositario.

244. El depositante, dispone el art. 1.862, está obligado á reembolsar al depositario de los gastos hechos para conservar la cosa depositada, y á indemnizarle de todas las pérdidas que el depósito pueda haberle ocasionado. Estas dos obligaciones, ¿son tales que pueden considerarse como consecuencia del contrato de depósito, de modo que haya de deducir que éste es un contrato bilateral? Creemos que no. Cuando el depositario hace un gasto necesario para la conservación de la cosa depositada, el depositante se enriquecería indebidamente á expensas de otro, si no tuviese la obligación de reembolsar; no es, pues, necesario remontarse al contrato de depósito para asignar fundamento á dicha obligación, una vez que el principio general de derecho mencionado basta á justificarla. Tampoco es necesario buscar en el contrato de

depósito el fundamento de la otra obligación del depositante, cual es la de indemnizar al depositario de todas las pérdidas que le ocasione el depósito, puesto que todo hecho que perjudica á otro obliga á su autor á resarcir el daño.

El depositario, en efecto, al asumir la custodia de la cosa ajena presta un servicio gratuito al amigo; si la cosa, pues, tuviese defectos ó vicios de que se derive daño para el depositario, el depositante incurre en culpa, y está obligado á resarcir, según los principios generales de derecho. Las obligaciones de que hablamos, si surgen con ocasión del contrato de depósito, no derivan de éste, por lo que subsiste en toda su firmeza el principio anteriormente expuesto de que el depósito es un contrato unilateral.

245. El depositario que hizo gastos necesarios de conservación tiene derecho al reembolso, pero *¿quid juris* respecto á los gastos útiles que aumenten el valor de la cosa? ¿Puede y en qué medida exigir el reembolso? Laurent dice que no, porque la acción de *in rem verso* derivada del principio que prohibe el enriquecimiento en daño de otro, no se puede invocar cuando existe una convención que rige las relaciones de las partes (1). Esta opinión del ilustre escritor se armoniza mal con otra suya de que la obligación que tiene el depositante de reembolsar al depositario de los gastos necesarios para la conservación de la cosa depositada, no tiene su fundamento en el contrato, sino en el principio general de derecho, que no consiente enriquecerse en daño de otro. Porque si, no obstante la existencia del contrato de depósito, Laurent recurre á este principio para justificar la obligación del deposi-

(1) *Principes*, XXVII, 128.

tante, relativa al reembolso de los gastos necesarios de conservación, ¿por qué la existencia del contrato debe impedir que se acuda al mismo principio, tratándose de gastos útiles que hubiesen aumentado el valor de la cosa entregada?

Admitimos de buen grado que en materia de contratos no puede invocarse el principio de la inversión útil; pero creemos que la materia de que se trata no se rige en modo alguno por el contrato. El depósito tiene por objeto la custodia de la cosa depositada, y al contrato debe acudirse para establecer las obligaciones relativas á dicha custodia; el contrato dicho no se ocupa en modo alguno, á nuestro modo de ver, de los gastos que el depositario pueda hacer para aumentar el valor de la cosa que se le entrega; por consiguiente, tratándose de materia extraña al contrato, el principio de la inversión útil es invocable para evitar el inconveniente de que el depositante se enriquezca en daño del depositario.

Pero hay una diferencia que es preciso tener en cuenta, entre los gastos necesarios de conservación y los útiles que aumenten el valor de la cosa. Los primeros deben ser reembolsados por entero por el depositante, en cuanto concurren á la conservación de la cosa; de otro modo, habría perecido ó sufrido grave deterioro. Los segundos no son reembolsables sino en la medida que hayan aumentado el valor de la cosa; esto es, en proporción del enriquecimiento que obtiene el propietario; luego si se ha gastado diez y el valor de la cosa sólo ha aumentado en cinco, se deberán cinco y no diez. Si el aumento, en cambio, es de diez, y se obtiene con una suma de cinco, se deberán sólo cinco, que es lo gastado por el depositario.

246. ¿Se deben al depositario los intereses de las

sumas gastadas? La afirmativa nos parece una consecuencia directa de los principios expuestos sobre el fundamento de esta obligación del depositante. En efecto; si la obligación del depositante, relativa al reembolso de los gastos necesarios y útiles, naciese del contrato, no se deberían intereses, por cuanto el artículo 1.862 no impone esta obligación y porque el contrato calla sobre este punto. Pero ya hemos demostrado que el fundamento de la obligación del reembolso está fuera del contrato. Luego para ser lógicos es necesario resolver la cuestión con arreglo al principio mencionado de la inversión útil. Ahora bien; el artículo 1.144 establece que, cuando el negocio ajeno fuese bien administrado, el gestor tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles, así como al pago de los intereses desde el día en que fueron hechos; luego el depositario puede valerse de la disposición citada para exigir los intereses de las sumas gastadas.

247. La obligación del depositante de indemnizar las pérdidas es bastante más extensa que la obligación análoga impuesta por los artículos 1.818 y 1.824 al comodante y al mutuante. Tratándose de comodato ó de mutuo, la indemnización por las pérdidas sufridas por el comodatario ó el mutuario con ocasión de los vicios de la cosa prestada, se debe sólo en el caso en que el comodante ó mutuante, conociendo estos vicios, no los hayan declarado. Igual restricción ó limitación se opone por la ley á la obligación del depositante; de modo que éste está obligado, sepa ó no los defectos de la cosa, ya que conociéndolos no los hubiese declarado. La razón de la diferencia está en que el préstamo se hace en el interés de quien lo recibe; por consiguiente, quien presta no está obligado con ocasión de

los vicios de la cosa prestada, sino en cuanto incurre en dolo; el depósito, por el contrario, se hace en interés del depositante, por lo que es lógico que éste responda de su culpa, origen de daño para el depositario.

248. El depositario (art. 1.863) puede conservar el depósito hasta el pago total de todo lo que se le debe por causa del mismo. Igual derecho concede la ley al poseedor de buena fe, y como este derecho tiene siempre el mismo carácter y el mismo valor, ya lo ejercite el poseedor de buena fe ó el depositario, para evitar repeticiones inútiles enviamos al lector á lo dicho respecto á este derecho y sus efectos (1).

(1) Vol. XI, núm. 91.

CAPITULO V

DEL DEPÓSITO NECESARIO

SUMARIO: 249. Definición.—250. Depósito necesario de los efectos de los viajeros en las fondas ú hosterías en que se alojan.—251. Respecto de qué personas se considera necesario este depósito.—252. Respecto de qué objetos se considera necesario el mismo.—253. Si los objetos del viajero, respecto de los cuales no puede considerarse necesario el depósito, constituyen objeto de depósito voluntario.—254. Responsabilidad del fondista ó patrón por los hurtos ó daños cometidos por los criados, dependientes ó extraños que frecuentan las fondas.—255. Cuáles son los extraños admitidos á frecuentar las fondas.—256. El fondista no responderá del robo cometido á mano armada ó por fuerza mayor.—257. El viajero debe probar la existencia del robo y que éste se cometió en la fonda.

249. El depósito necesario, dice el art. 1.864, es aquel á que uno está obligado por cualquier accidente, como incendio, quiebra, saqueo, naufragio ú otro suceso imprevisto. En esta clase de depósito, el depositante obra bajo la impresión de un grave peligro que le amenaza; el depósito es para él necesario en el sentido de que no encuentra otro medio idóneo para salvar sus cosas del peligro que corren y no está en situación de elegir la persona del depositario, obligándole la necesidad á otorgar su confianza en el primero que encuentra.

El depósito necesario está, según el art. 1.865, sujeto á todas las reglas del depósito voluntario, salvo lo dispuesto por el art. 1.348. Por consiguiente, tanto por parte del depositante como del depositario, es preciso el consentimiento, así como en el voluntario; porque el necesario, aunque hecho en presencia de un grave peligro que merma la elección del depositante, es siempre un contrato y es imposible que exista un contrato sin el consentimiento de dos partes, por lo menos. Exige también el depósito necesario la capacidad de los contratantes por el legislador al declarar aplicables á esta especie de depósito todas las reglas relativas al voluntario; no hace excepción de la contenida en el art. 1.841 y que se refiere á la capacidad de los contratantes. Por lo que si el depósito, aunque necesario, se hiciere á persona incapaz de contratar, no se puede proceder contra la misma con la acción nacida del contrato de depósito por ser éste nulo, sino sólo con la reivindicatoria si la cosa depositada se encontrase en poder de ella; ó bien con la *de in rem verso* si se enriqueciese, empleándola en su propia utilidad.

La única diferencia entre el depósito necesario y el voluntario es la que se refiere á la prueba, porque el depósito voluntario no puede probarse por medio de testigos cuando el valor de las cosas depositadas exceda de 500 liras, mientras que tratándose de depósito necesario puede siempre recurrirse á este medio de prueba, siendo tal precisamente el significado de las últimas palabras que se leen en el artículo en examen encaminadas á poner á salvo lo que dispone el art. 1.348.

El legislador no trata en sección especial del depósito necesario sólo para decirnos que en esta clase de

depósito la prueba testifical es siempre admisible; porque el art. 1.348 sería igualmente aplicable en el silencio del legislador, por contener una disposición general que no puede ser derogada faltando un texto que contenga expresamente la derogación, sino que ha tratado del mismo en seccción especial para comprender en esta clase de depósitos algunos que no estarían de otro modo comprendidos, y para establecer respecto de ellos una responsabilidad especial de los depositarios.

250. Los patrones y fondistas, dispone el artículo 1.866, serán responsables, como depositarios, de los efectos llevados á sus establecimientos por los viajeros que en ellos se alojen. El depósito de estos efectos deberá considerarse como necesario. Trátase aquí de depósito efectuado en virtud de un consentimiento tácito y por el solo hecho de haber introducido el viajero sus efectos en el lugar en que se aloja, suponiéndose que el patrón ó fondista que se encarga del equipaje acepta por este hecho la custodia del mismo. La ley considera dicho depósito como necesario, aunque no se haga en presencia de un peligro, porque el viajero se ve obligado por lo necesidad á dejar sus efectos en la fonda, tanto porque no puede llevarlos consigo, como porque tiene necesidad de tenerlos á mano, y no podría, por tanto, sin graves inconvenientes, hacer el depósito en otro lugar y á otra persona de su confianza. Siendo este depósito necesario, la prueba en caso de controversia puede ser suministrada por medio de testigos.

El examen del art. 1.866 da lugar á tres cuestiones: la una relativa á las personas comprendidas bajo la denominación de patrones y fondistas que se consideran depositarios, y la otra á la de los depositan-

tes; la última relativa que pueden considerarse depositadas.

Comencemos por la primera. Patrones y fondistas, en el sentido del artículo en examen, ¿son sólo aquellos que dirigen una fonda ó casa de huéspedes en el verdadero sentido de la palabra, de modo que á ellos sólo es aplicable la disposición legal y no á otros? Digamos, ante todo, que no se trata de extender la disposición legal á personas distintas de las citadas en ella; porque puesta en estos términos la materia, se resolvería en sentido negativo, por razón de que todas las disposiciones excepcionales, entre las cuales está comprendida la de que nos ocupamos, son de estricta interpretación, que no se extenderá á nuevos casos. Se trata de ver á qué persona ha querido el legislador referirse al hablar de patrones ó fondistas, esto es, si ha empleado estas palabras para indicar un género ó una especie. Planteada así la cuestión, el intérprete no puede invocar la índole excepcional de la disposición, porque, tratándose de interpretar la ley, la interpretación se admite, tanto si se refiere á un texto de derecho común, como á uno de derecho singular.

Ahora bien; creemos que el legislador habla de patrones y fondistas en el sentido más amplio. Ante todo, la ley nombra dos clases distintas de personas: la de los patrones y la de los fondistas. Ahora bien; si hubiese querido hablar únicamente de los que dirigen una verdadera fonda, ¿por qué citar á los patrones que constituyen una clase distinta de la de los fondistas? Luego es claro que el legislador no ha usado la palabra fondistas en el sentido estricto, sino en el más amplio.

De lo contrario, se deducirían consecuencias que el

legislador no puede haber querido. Un particular, por ejemplo, que no se dedica á hospedar á nadie, pone su casa á disposición del público durante una fiesta ó feria, de modo que los viajeros se hospeden en ella como en una fonda: ahora bien; si la responsabilidad, en orden al depósito necesario de los efectos del viajero, se refiriese exclusivamente al que ejercita la industria de fondista, no sería aplicable al particular citado, y no respondería de los efectos pertenecientes al viajero á quien hospeda.

Pero ¿puede el legislador haber querido esto? El viajero que se aloja en una casa particular puesta á disposición del público temporalmente, ¿no debe encontrar en la ley la misma protección que el viajero que se aloja en una verdadera fonda? Pues el particular, ¿no especula con los forasteros al par que el fondista? La responsabilidad, pues, es la misma con el viajero respecto á los efectos que éste introduce en su casa.

Creemos, por tanto, que el legislador, al hablar de patrones y fondistas, ha querido referirse á todas las personas que trafican en esta industria. Debe, pues, equipararse al fondista el arrendatario de un *café* ó *restaurant* en una estación del ferrocarril, el cual, con respecto á los equipajes introducidos por los viajeros, tendrá la misma responsabilidad que el fondista. Igualmente será responsable de las ropas y demás efectos el dueño de una casa de baños, etc.

251. ¿De qué depositantes habla el legislador? ¿En otros términos: ¿respecto de qué personas se considera necesario el depósito de los efectos depositados? El legislador habla de viajero que se aloja en una hospedería, al cual está equiparado por las razones antedichas, el viajero que deposita sus efectos en el *restaurant* de una estación ferroviaria, el bañista, etcétera.

Pero la persona del lugar ó que habita en el lugar, y que toma un cuarto de la fonda, ¿puede ser considerada como viajero para los efectos de la disposición legal que examinamos? No; porque á favor de esta persona no están ni el texto ni el espíritu de la ley. El texto, porque éste habla de viajeros, que es la persona que llega á una población y parte de ella después de algún tiempo, y no puede considerarse tal la que habita constantemente en un lugar determinado; el espíritu, porque el viajero que llega á un sitio en donde no conoce á nadie, no puede tomar informes sobre su huésped, sino que entra donde primero se le ocurre; por el contrario, el que permanece en un pueblo y toma allí una habitación, tiene tiempo de informarse suficientemente, por lo que al elegir un establecimiento de confianza, y elegirle mal, no puede culpar á nadie más que á sí mismo, ni puede invocar la protección especial que la ley concede á quien se encuentra en la imposibilidad de obrar con conocimiento de causa.

252. ¿Respecto de qué objetos se considera el depósito necesario? Parece que cualesquiera que sean los efectos que el viajero conduce consigo deben considerarse necesarios, extendiéndose, por consiguiente, á todos la responsabilidad del fondista, ya porque la ley no distingue, ya porque al viajero no se le obliga á declarar los objetos que lleva consigo, ni á indicar su valor. Creemos, sin embargo, que el espíritu de la ley no se presta á tal interpretación. Obsérvese que el depósito necesario de que se habla es un contrato, y que no puede existir contrato sin un consentimiento, por lo menos tácito. Ahora bien; si el depósito necesario en tanto se considera tal, en cuanto se supone que el fondista lo acepta al menos tácitamente, es na-

tural que respecto de aquellos efectos relativamente á los cuales falta el consentimiento tácito del fondista, no pueda hablarse de depósito necesario. Supongamos que un individuo posee un millón en billetes de Banco, efectos públicos, etc.: ahora bien; si se aloja en una fonda, ¿puede el fondista suponer que la maleta de aquel señor contiene un patrimonio mueble de un millón? Y si no lo puede imaginar, ¿cómo ha de suponerse que consintió tácitamente en aceptar su custodia? ¿No es de creer, por el contrario, que si el viajero hubiese declarado que llevaba en su maleta un capital de un millón, el fondista, ó se hubiera negado á custodiarla, ó habría colocado la cantidad en una casa de banca? Y si esto es así, ¿cómo puede hacerse responsable al fondista de un depósito que carece de su consentimiento?

Creemos que la disposición legal debe entenderse en un sentido racional, pues que el legislador dicta sus disposiciones para la generalidad de los casos, no para uno extraordinario y excepcional. Pues bien; no es lo común en el que viaja que lleve su fortuna consigo, sino lo que pueda hacerle falta; de aquí que la palabra *efectos,* usada en el art. 1.866, hay que entenderla, no con referencia á todo lo que pueda llevar un viajero, sino á lo que tenga por costumbre, según su condición. Por consiguiente, el fondista será responsable de las alhajas, aun de mucho precio, que lleve una señora con ocasión de una fiesta, recepción, etc. Además, el fondista, al dar habitación á una señora, puede suponer que lleve consigo objetos de vestir de valor considerable, y al aceptarla en su establecimiento, acepta tácitamente el depósito necesario de dichos efectos.

253. Cuando el viajero lleva consigo cosas ó valo-

res respecto de los cuales el depósito no puede considerarse como necesario, ¿deberá el fondista considerarse como simple depositario de los mismos, por el solo hecho de haberlos introducido el viajero en su establecimiento, y estará, por consiguiente, obligado á cumplir las obligaciones de un depositario voluntario? Hemos observado que no puede considerarse necesario el depósito respecto de estos objetos, porque no aparece el consentimiento, ni siquiera tácito, del fondista; y sin consentimiento no puede hablarse de depósito ni necesario ni voluntario; por consiguiente, el solo hecho de introducir el viajero dichos objetos no constituye depósito, ni el fondista asume responsabilidad. El fondista estará obligado como simple depositario cuando el viajero le entregue sus valores en depósito ó le advierta de su existencia, y el fondista consienta que tales valores queden en el cuarto. En estos casos decimos que el depósito es voluntario y no necesario, porque no tratándose de objetos que el viajero deba llevar consigo para el fin de su viaje, sino de objetos que el que se dispone á viajar deja en poder de persona de su confianza, es preciso suponer que el viajero eligió libremente al fondista como depositario, y de éste no se puede exigir mayor responsabilidad que de cualquier otro depositario.

254. Los patrones y fondistas, dice el art. 1.687, serán responsables del hurto ó daño ocasionado en los efectos del viajero, en el caso en que el hurto se hubiese cometido ó el daño se haya ocasionado por los criados ó personas empleadas en las fondas ó por personas extrañas que las frecuenten. La responsabilidad del fondista es mayor que la de otro depositario cualquiera; porque, quien recibe voluntariamente en depósito un objeto no será responsable si carece de cul-

pa; ¿por qué? Porque no está obligado á usar mayor diligencia que en sus cosas propias.

¿Cuál es, por tanto, la responsabilidad del fondista respecto del depósito que se le confía? La ordinaria de todo deudor que no cumple sus obligaciones, y como por derecho común cada uno responde, no sólo de sus actos, sino de los de sus dependientes ó subordinados, el fondista es responsable del hurto de sus criados ó de personas que frecuenten la casa, porque elige estas personas y responde de ellas.

¿Por qué se impone esta mayor responsabilidad? Porque el fondista se lucra con los viajeros, de modo que no se trata de depósito gratuito retribuído; de aquí la obligación del depositario de usar la diligencia que debe emplear cualquier deudor. Por otra parte, el viajero que llega á una población se ve obligado á buscar alojamiento y tiene derecho á reclamar una especial protección contra la mala fe ó negligencia del fondista.

255. El fondista (art. 1.867) responde del hurto cometido ó del daño ocasionado por los criados ó personas agregadas á la casa. No pueden surgir dudas sobre quienes son criados, pero sí sobre los extraños que frecuentan la casa.

Entre éstos se hallan los viajeros allí alojados; ¿será responsable el fondista de sus actos? No lo creemos, por dos razones: la primera, deducida del texto legal; la otra, de su espíritu. El legislador, nótese, habla de responsabilidad del fondista respecto de los viajeros por el hurto ó hecho dañoso cometido por los extraños que frecuentan la fonda: ahora bien; si el fondista responde de los extraños á los viajeros, la ley no puede entender por extraños á los mismos viajeros; de lo contrario, habría confusión entre las personas de quienes se es responsable y aquellas de quienes se respon-

de. Y si el legislador hubiese querido hacer responsable al fondista del hecho de un viajero en daño de otro, no hablaría de extraños solamente. La ley hace responsable al fondista de los actos de las personas extrañas en cuanto él las elige; pero el fondista, ¿tiene igual facultad de elección respecto de los viajeros? Si, pues, no tiene culpa de haber admitido á un viajero ladrón, ¿es lógico que responda de sus actos? Si no contrae responsabilidad por el hurto de uno de los viajeros á otro, ¿deberá de aquí deducirse que no tiene responsabilidad de ningún género por los actos de los criados elegidos por él? No; porque una cosa es el hecho de una persona que está á nuestro servicio y otra el de un extraño. En el primer caso, se responde por la elección culpable demostrada por el delito cometido, y en el segundo, se responde cuando el hecho dañoso del extraño se ha realizado por negligencia nuestra y se prueba ésta. Ahora bien; si el fondista no incurrió en culpa por haber dado alojamiento á un viajero que es un mal sujeto, puede incurrir en culpa por no haber usado de la cautela que debe emplearse para impedir que un viajero perjudique ó robe á otro; por consiguiente, si el viajero pudo cometer el hurto ó el daño en perjuicio de otro viajero por falta de dicha vigilancia, es justo que el fondista sea responsable. Si un extraño, por ejemplo, por no estar la fonda convenientemente vigilada, se introduce en ella y roba á un viajero, el fondista responderá por su falta de vigilancia. Ahora bien; si el fondista no tuvo cerradas las habitaciones y otro viajero se introduce en ellas y roba, ¿por qué no ha de responder de su culpa como responde de la culpa por efecto de la cual el extraño se pudo introducir y robar á alguno de los viajeros?

256. No quedarán obligados los hospederos (articu-

lo 1.868) por los robos cometidos á mano armada, ni por los daños causados por fuerza mayor ó por negligencia grave del propietario. En el artículo anterior el legislador habla de la responsabilidad de los fondistas por los daños ó hurtos cometidos por los criados ó extraños; pero no comprende este artículo todos los casos de responsabilidad, porque, de lo contrario, el 1.868 sería inútil. En efecto; si el fondista no debiese responder más que de los daños ó hurtos de los criados ó extraños, era inútil añadir que no respondería de los robos á mano armada ó de la fuerza mayor; pero desde el momento que se añade, es necesario suponer que hay otros casos de responsabilidad además de los previstos en el art. 1.867, y que éstos son los del art. 1.868. En este último se establece la responsabilidad del fondista, no por actos de sus criados, sino por los de personas extrañas á la fonda, declarándole irresponsable sólo en el caso en que sea consecuencia de fuerza mayor ó de la negligencia grave del propietario de los objetos robados.

Un robo cometido con escalo ó fractura, ¿puede considerarse caso de fuerza mayor? No; la ley habla de la que consiste en un acontecimiento imprevisto é inevitable al cual no se puede resistir; pero el escalo puede evitarse dando mayor resistencia á los muros; por lo que es inexacto afirmar que constituya fuerza mayor.

El fondista no responde tampoco del hurto cometido por negligencia del propietario. Esta disposición puede ocasionar dudas. ¿Basta que la negligencia haya contribuído en cierto modo á ocasionar el hurto? El artículo en examen no hace más que aplicar los principios generales, y según éstos, la culpa del damnificado no basta para eludir la responsabilidad del autor del hecho cuando incurre en culpa, sino que el

concurso de la doble culpa hace que la responsabilidad se divida entre ambos; por lo que el fondista no puede considerarse irresponsable sino cuando la culpa del propietario fué la única causa del robo ó daño. Ejemplos: Un viajero da á limpiar su traje al camarero, olvidando sacar la cartera; el camarero la roba, ¿será el fondista responsable? El viajero incurrió, indudablemente, en grave culpa, pues la más vulgar prudencia aconseja sacar el dinero del traje, ya porque puede extraviarse, ya porque no conviene dar fácil ocasión al robo. Pero el fondista ¿está exento de culpa? No; porque si el camarero hubiese sido honrado, el robo no se hubiera cometido; luego es responsable por la mala elección de camarero. Luego la responsabilidad pesará, en parte, sobre el viajero, y en parte, sobre el fondista, y entre ambos se repartirá. Supongamos, por el contrario, que el viajero olvide un objeto de valor en un lugar en que todo el mundo tiene entrada; si otro viajero ó un extraño se lo apropia, la culpa del robo es toda del viajero que deja el objeto en un lugar que no puede ser vigilado como se vigila su habitación; por consiguiente, el fondista no es responsable, por carecer de culpa.

Cuando el hurto se comete ó el daño se recibe de persona adicta, en cierto modo, á la fonda, y elegida por el fondista, la culpa del viajero no puede eximir de responsabilidad á éste, porque se le puede reprochar su mala elección; sólo sería irresponsable cuando el daño le cometa un extraño.

257. Según los principios generales, la prueba del hurto ó daño corresponde á quien pide el resarcimiento; por consiguiente, el viajero debe probar la existencia del hurto. Pero es necesario demostrar, además, que se cometió en la fonda, porque si se cometió

fuera de ella, cesa la custodia y vigilancia del fondista.

Si el viajero, al partir, olvida algún objeto en su cuarto, ¿continúa en depósito necesario en poder del fondista, de modo que responde según los artículos examinados? Por la negativa podría observarse que el depósito necesario tiene lugar en orden á los efectos del viajero que se aloja en la fonda, por lo que, partiendo de ella, falta la razón del depósito. No lo creemos así. Los objetos fueron introducidos por el viajero con ocasión de su alojamiento, luego el depósito es necesario; y ¿cómo puede dejar de ser tal antes que el depositante haya recobrado los objetos? Se dirá que el viajero no debió olvidarlos. Pero el fondista tampoco ha tenido cuidado de que el viajero se llevase lo suyo teniendo interés en ello por ser depositario. Quedando los objetos olvidados en depósito en poder del fondista, quedan en concepto de depósito por no haber mediado otro consentimiento, ni expreso, ni tácito, que modifique los efectos del depósito.

CAPITULO VI

DEL SECUESTRO

SUMARIO: 258. Indole del secuestro.—259. Secuestro convencional.—260. El secuestro puede no ser gratuito.—261. Puede tener, á diferencia del depósito, bienes inmuebles.—262. El depositario encargado del secuestro no puede restituir la cosa antes que se termine la controversia si no lo autorizan todos los interesados.

258. El secuestro constituye una especie de depósito en cuanto tiene por objeto la custodia y conservación de determinados objetos; pero hay la diferencia que el depósito se hace en interés del propietario, mientras que el secuestro se efectúa en interés de aquellos que ostentan un derecho sobre la cosa, y tiene por objeto asegurar, por su custodia, la posesión de la cosa á aquel á cuyo favor se reconozca el derecho.

El art. 1.869 menciona dos clases de secuestro: el convencional y el judicial. De este último hemos hablado detenidamente en nuestro *Comentarios al Código de Procedimiento Civil,* por lo que á él remitimos al lector.

259. El secuestro convencional, dice el art. 1.870, es el depósito de una cosa litigiosa hecho por dos ó más personas á un tercero que se obliga á entregarla,

una vez terminado el litigio, á aquel á cuyo favor se haya decidido. En esta clase de secuestro el depositante no es uno, sino varios, porque el depósito supone un pleito, y toda controversia tiene lugar, necesariamente, entre dos personas al menos. Pero si son varios los depositantes, el secuestro no se hace para que la cosa se restituya á todos, sino á aquel á quien el contrato determine. Es esta otra diferencia entre el depósito propiamente dicho y el secuestro. «Mientras en el depósito, observa la Casación de Roma (1), cuando varios individuos depositan una cosa, el depositario debe restituir á cada uno su parte si la cosa es divisible, y si es indivisible á todos ellos; en el secuestro el depósito hecho necesariamente por cada uno *in solidum*, debe ser restituido *in solidum* por el depositario *uni certo*, esto es, á uno solo taxativamente, al que ha sido designado por la convención, á cuyo objeto se concede la *actio sequaestratoria* de que habla la Leg. 12, Dig. *Depos.*»

260. El secuestro puede ser retribuido, según el art. 1.871. Aunque el depósito propiamente dicho sea esencialmente gratuito, sin embargo, el depositario, como ya dijimos, puede estipular una retribución, revistiendo entonces el contrato el carácter de una locación de servicios. El secuestro, ya sea gratuito ó retribuido, es siempre secuestro; pero con la diferencia de que en el primer caso se trata de un verdadero depositario sujeto á todas las obligaciones del mismo (artículo 1.872), salvo lo que la ley dispone, especialmente en orden al secuestro convencional; mientras que en el segundo caso el depositario del secuestro no hace sino alquilar sus servicios, y asume, por tanto, una

(1) Decis. 31 Enero 1879.

responsabilidad más grave, cual es la de todo deudor sujeto á cumplir sus obligaciones.

Si el secuestro no es gratuito, el depositario tiene derecho á retener la cosa secuestrada hasta que se le pague totalmente lo que se le debe por causa del secuestro; porque tratándose del depósito, como aquí se trata, son aplicables las reglas de éste, entre las cuales está la contenida en el art. 1.863 del Código (1).

261. El secuestro, según dispone el art. 1.873, puede tener por objeto bienes muebles é inmuebles. Estos últimos, como hemos observado al exponer las ideas generales sobre el depósito, no pueden constituir objeto de depósito propiamente dicho, porque el objeto de éste es la custodia, y los inmuebles no necesitan custodia. ¿Por qué el secuestro puede recaer sobre inmuebles? Cuando el litigio tiene por objeto bienes inmuebles, las partes pueden no creer conveniente que mientras dura el pleito los inmuebles sean poseídos por una de ellas y querer que se entreguen á un tercero, que los devolverá al que gane el litigio. En este caso, el depositario es más bien mandatario, en cuanto puede realizar actos de administración en interés de otra persona; pero la razón del secuestro no desaparece, antes bien, surge más imperiosa cuando la cosa litigiosa necesita ser administrada; he aquí el por qué el secuestro, á diferencia del depósito propiamente dicho, puede tener por objeto bienes inmuebles.

262. El depositario encargado del secuestro, dice el art. 1.874, no puede ser liberado antes que termine el litigio, sino mediante el consentimiento de todos los interesados, ó por causa legítima. ¿Cuáles son los interesados de que habla la ley en este artículo? ¿Son ex-

(1) V. Cas. Roma, 20 Abril 1884.

clusivamente los que tomaron parte en el contrato? Si así fuese, el legislador no se habría referido á todos los interesados, sino á los contratantes; luego considera interesado también al que no ha intervenido en el contrato. Pero ¿quién es éste? Abierto el juicio entre los que consintieron el secuestro, puede intervenir en él ó ser llamado un tercero que alegue derechos sobre la cosa. En tal caso, el que interviene en esta forma es, relativamente á la cosa objeto del secuestro, interesado, al igual que los que contrataron. Pero la sola intervención en el juicio no basta para impedir al depositario que entregue la cosa á aquel de quien la recibió; porque éste, no tomando parte en el litigio, no está obligado á conocer entre qué personas se ventila el juicio; por consiguiente, es necesario que el que interviene conozca por tal al depositario y le notifique su oposición á que las cosas se restituyan.

La legitimidad de la causa que autoriza al depositario á entregar la cosa queda al arbitrio del juez, el cual verá si los motivos alegados son ó no suficientes. Dispensado el depositario de su cargo, cuando las partes no estén de acuerdo en la elección del nuevo depositario, el magistrado verá si se debe ordenar el secuestro judicial de las cosas que son objeto del litigio.

FIN DEL TOMO XVIII

INDICE

TITULO IV

DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

CAPITULO PRIMERO

Generalidades.

Páginas

1. Sociedad.—2. Doble elemento constitutivo de la sociedad.—3. Las asociaciones de objeto científico religioso ó artístico no constituyen sociedad civil.—4. No existen como personas morales.—5. Aportación en común necesaria en la sociedad.—6. Las sociedades civiles no tienen personalidad propia distinta de la de sus socios.—7. La sociedad civil difiere de la mercantil.—8. Forma de la sociedad civil.—9. Si las sociedades civiles pueden asumir las formas de las mercantiles.—10. La sociedad no puede tener por objeto una cosa ilícita.—11. La sociedad de objeto ilícito no existe jurídicamente.—12. La sociedad debe constituirse en interés común de los socios. 1

CAPITULO II

Diversas clases de sociedad.

12 *bis*. Las sociedades pueden ser universales ó particulares.—13. Primera clase. Sociedad de todos los bienes presentes.—14. En esta clase de sociedad entran

Páginas.

todos los bienes presentes de los socios.—15. Puede extenderse á toda clase de utilidades.—16. Sociedad universal de ganancias.—17. Contraída una sociedad universal sin más declaración, ¿qué clase de sociedad se entiende constituída?—18. Entre qué personas está prohibida la sociedad universal.—19. Sociedades particulares..... 19

CAPÍTULO III

Obligaciones y derechos de los socios entre sí.

20. Cuándo comienza la sociedad.—21. Obligación de entregar cosa determinada.—22. Contribución en suma determinada.—23. Socio obligado á aportar su industria.—24. Socio acreedor de aquel que es deudor á la sociedad.—25. La imputación del pago no debe haber sido hecha por el deudor.—26. Para que haya lugar á la imputación legal es preciso que los dos créditos sean exigibles.—27. Socio que recibe toda su porción de un crédito común.—28. Obligación del socio sin culpa.—29. Obligaciones de la sociedad con cada socio.—30. Aportándose el disfrute de cosa determinada, ¿á cargo de quién está el riesgo? —31. Facultad del socio de asociar á un tercero á su cuota.—32. Si la notificación del art. 1.539 es necesaria en caso de asociación y en el de cesión de la cuota social.—33. El asociado es extraño á la administración de la sociedad.—34. Preferencia pactada por los socios en caso de cesión.—35. El socio no puede admitir á un extraño en la sociedad..... 29

CAPITULO IV

Participación de los socios en las utilidades y pérdidas.

36. La medida de la participación puede ser determinada en el contrato.—37. Socio industrial.—38. Determinación de la cuota del tercero ó de uno de los socios.—39. Nulidad del pacto que asigna á un socio

Páginas.

todas las ganancias.—40. Pacto que exime á uno ó varios socios de su participación en las ganancias.—41. La nulidad impuesta por la ley no afecta á la cláusula prohibida, sino á todo el contrato.—42. Reparto de las pérdidas en caso de desigualdad entre las aportaciones y la participación en las pérdidas... 60

CAPITULO V

Administración de la sociedad.

43. Administración por pacto.—44. Facultades de los administradores.—45. El administrador nombrado en el contrato de sociedad puede realizar todos los actos de la administración, no obstante la oposición de los demás socios.—46. Varios socios administradores.—47. A falta de pacto especial sobre la administración, qué reglas deben observarse.—48. Uso de las cosas sociales por parte de cada socio.—49. Participación en los gastos de conservación de la cosa.—50. El socio no puede hacer innovaciones sobre los inmuebles sociales.—51. El socio que no es administrador no puede enajenar ú obligar las cosas objeto de la sociedad..... 72

CAPITULO VI

Obligaciones de los socios con los terceros.

52. Para que un socio pueda obligar á los demás, se exige, en primer lugar, que haya contratado por cuenta de la sociedad.—53. Exígese, además, la facultad de obligar á los demás socios, concedida al que contrata, ó que el contrato redunde en beneficio de la sociedad.—54. La obligación de los socios no es solidaria.—55. Derechos que el acreedor de uno de los socios puede ejercitar sobre las cosas pertenecientes á la sociedad.—56. Los acreedores de la sociedad no tienen preferencia ó prioridad sobre los particulares de los socios.—57. Deudores de la sociedad... 88

Páginas.

CAPITULO VII

Cómo termina la sociedad.

58. La sociedad termina de tres modos: por disposición de la ley, por voluntad de alguno de los socios y por sentencia judicial.—59. Primera causa que pone fin á la sociedad por disposición de la ley.—60. Prórroga de la sociedad.—61. Segunda causa.—62. Tercera causa: muerte de alguno de los socios.—63. Cuarta causa.—64. La sociedad cesa por renuncia de uno de los socios.—65. Causas por las cuales puede pedirse la disolución de la sociedad.—66. División del patrimonio social. 97

TÍTULO VII

DEL MANDATO

CAPITULO PRIMERO

Generalidades.

67. Definición del mandato.—68. Puede ser expreso ó tácito.—69. Puede ser gratuito ó retribuído.—70. El mandato es especial y general.—71. Facultades del mandatario.—72. Capacidad del mandante.—73. La capacidad se exige también en el mandatario.—74. El mandatario puede obrar tanto en su nombre como en el del mandante. 115

CAPITULO II

Obligaciones del mandatario.

74 *bis*. El mandatario está obligado á ejecutar el mandato.—75. Si el mandatario realiza el negocio por su cuenta, qué acción corresponde al mandante.—76. El mandatario debe consumar el negocio empezado en

Páginas.

el momento de la muerte del mandante, si hay peligro de retraso.—77. Responde del dolo y culpa en la ejecución.—78. La responsabilidad es menor cuando el mandato es gratuito.—79. Si el mandatario puede sustituir á otro en el encargo. Primera hipótesis.—80. Segunda hipótesis: facultad de sustituir.—81. Si responde del sustituto cuando sin haber facultad de sustituir obligó á ello urgente necesidad.—82. Tercera hipótesis: que el contrato no diga nada sobre la facultad de sustituir.—83. Acción del mandante en todos los casos contra el sustituto.—84. Intereses compensadores debidos por el mandatario sobre las sumas que corresponden al mandante empleadas en propio provecho.—85. Intereses moratorios debidos por el mandatario sobre las sumas de los cuales es deudor.—86. Obligaciones de rendir cuentas.—87. El mandatario debe rendirla de todo lo recibido en virtud del mandato, aunque no se deba al mandante.—88. Nombramiento de varios mandatarios.—89. El mandatario que obra en calidad de tal no se obliga respecto al tercero si se mantiene dentro de los límites del mandato..... 135

CAPITULO III

Obligaciones del mandante.

90. El mandante queda obligado por la gestión del mandatario dentro de sus atribuciones.—91. El mandante no queda obligado por la gestión del mandatario fuera de sus atribuciones.—92. Ratificación de lo hecho por éste fuera de sus atribuciones.—93. Pago de honorarios pactados y reembolso de anticipaciones debidas.—94. Intereses que debe el mandante sobre las sumas anticipadas por el mandatario.—95. Pérdidas sufridas por éste con ocasión del mandato.—96. Varios mandantes..... 165

Páginas.

CAPITULO IV

Extinción del mandato.

97. El mandato cesa por la muerte del mandante ó del mandatario.—98. Se puede convenir tácitamente que el mandato no cese por la muerte del mandante.—99. Cesa por la interdicción del mandante ó mandatario.—100. El mandante puede siempre revocar el mandato.—101. Se puede renunciar á la facultad de revocar el mandato.—102. Revocación notificada al mandatario único.—103. El mandatario puede renunciar al mandato.—104. Si puede obligarse al mandatario á no renunciar al mandato.—105. Muerto el mandatario, qué obligaciones impone la ley á sus herederos.—106. Es válido lo hecho por el mandatario si ignora la extinción del mandato, siempre que aquellos con quienes contrate tengan buena fe..... 183

TÍTULO VIII

DE LA TRANSACCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

Naturaleza de la transacción.

107. Definición.—Primer elemento.—108. Segundo elemento, *hinc inde remissum*.—109. La transacción es declarativa, no atributiva de derechos.—110. Si es divisible ó indivisible.—111. Para transigir es preciso tener plena capacidad.—112. Sobre qué se puede transigir.—113. Debe hacerse por escrito.—114. No se transige sobre cuestiones de estado civil.—115. Se puede estipular una pena para caso de incumplimiento..... 205

Páginas.

CAPÍTULO II

Efectos de la transacción.

115 *bis*. La transacción tiene entre las partes autoridad de cosa juzgada.—116. No se extiende más allá de lo que constituye su objeto.—117. Para determinar el objeto de la transacción es preciso atender principalmente á la intención de las partes.—118. La transacción no es oponible á quien no tomó parte en ella, ni puede ser opuesta por éste.—119. Adquisición de semejante derecho después de efectuada la transacción..... 221

CAPÍTULO III

Nulidad y rescisión de la transacción.

120. El error de derecho no es causa de nulidad de la transacción.—121. No puede impugnarse por lesión.—122. En la transacción se corrigen los errores de cálculo.—123. Nulidad por dolo ó violencia.—124. Por nulidad del título sobre cuya ejecución se transige.—125. Por falsedad de documentos.—126. Por existencia de cosa juzgada ignorada por las partes.—127. Descubrimiento posterior de documentos que excluyen el derecho de una de las partes.—128. La acción de nulidad corresponde si la transacción es especial.—129. En los casos indicados, la transacción inexistente según los principios de derecho, es considerada por el legislador como anulable.—130. La condición resolutoria se sobrentiende en la transacción para el caso en que una de las partes no cumpla sus obligaciones..... 229

Páginas.

TÍTULO IX

DE LA CONSTITUCIÓN DE RENTA

CAPITULO PRIMERO

De la constitución de renta perpetua.

131. Concepto.—132. Definición de la renta perpetua.—133. Del contrato de renta fondiaria nace una acción real, no personal.—134. Diferencia entre la renta fondiaria y la simple.—135. El contrato de renta debe constar en escritura.—136. La renta fondiaria puede constituirse tanto como precio de la cesión, cuanto como condición de ésta.—137. La cesión del inmueble para constituir renta transfiere el pleno dominio al cesionario.—138. Renta simple.—139. Puede constituirse por título gratuito.—140. Derecho del deudor de rescatar la renta, no obstante pacto en contrario.—141. Se puede estipular un término antes del cual no sea lícito al deudor redimir la renta.—142. *Quid* si los términos mencionados exceden la medida establecida por la ley.—143. Suma que el deudor debe pagar para redimir la renta.—144. El derecho de redención precede también en las rentas constituídas bajo leyes anteriores.—145. Rescate coactivo.—146. Si el rescate coactivo puede exigirse parcialmente por uno de los deudores de la renta.—147. Primer caso.—148. Otros casos previstos por el art. 1.785.—149. Rescate por quiebra ó insolvencia del deudor.—150. Las disposiciones relativas al rescate coactivo se aplican también á la venta á título gratuito.—151. No se aplican á las constituídas bajo leyes anteriores.—152. Condición resolutoria expresa ó tácita..... 249

CAPITULO II

De la constitución de renta vitalicia.

153. En qué difiere la renta perpetua de la vitalicia.—154. Renta vitalicia gratuita.—155. Renta vitalicia one-

Páginas.

rosa.—156. La renta vitalicia debe consistir en dinero ó frutos.—157. Es aleatoria.—158. Cualquiera que sea el exceso entre la renta estipulada y los frutos de la cosa cedida, ¿hay siempre contrato oneroso?—159. Faltando el riesgo, el contrato puede equivaler á donación si se quiso hacer un acto de liberalidad y se observaron las formas de las donaciones. —160. La renta vitalicia puede estipularse sobre la vida de un tercero.—161. Puede constituirse sobre la vida de una ó varias personas.—162. Si puede estipularse á favor de un tercero.—163. No se concede derecho de redención al deudor.—164. La renta se debe al propietario por días.—165. Resolución del contrato por falta de fianza.—166. Si puede pedirse la resolución en caso de diminución de la garantía.— 167. La resolución no obra de derecho.—168. La falta de pago de las anualidades no da derecho á pedir la repetición de lo que se dió en compensación de la renta.—169. Derecho del acreedor en caso que el deudor no pague la anualidad..... 285

TÍTULO X

DEL JUEGO Y DE LA APUESTA

CAPITULO PRIMERO

Indole y efectos del juego y de la apuesta.

170. No hay acción por deudas de juego y apuesta.— 171. Esta disposición es de orden público.—172. Las deudas de juego no admiten novación.—173. No admiten fianza.—174. Si compete acción para repetir la suma prestada para el juego.—175. Excepción legal á favor de los ejercicios corporales.—176. La acción para los juegos de billar, etc., no se da relativamente á suma ninguna.—177. La excepción relativa á los juegos que constituyen ejercicios corporales, se refiere también á las apuestas que en ellos se cruzan,

Páginas.

aunque tengan lugar entre los que no toman parte en ellos.—178. Contratos á plazo en las operaciones de Bolsa 317

CAPITULO II

De las deudas de juego y apuestas pagadas voluntariamente.

178 *bis*.—No se repite la deuda de juego pagada voluntariamente.—179. La disposición es aplicable á toda especie de juegos.—180. Habrá pago aun en el caso en que se dé *in solutum* un inmueble ó se ceda sin crédito.—181. En este caso no corresponde al vencedor la acción de garantía contra el cedente, por evicción ó inexistencia del crédito cedido.—182. Se repetirá lo pagado si hubo dolo por parte del vencedor 328

TITULO XI

DEL COMODATO

CAPITULO PRIMERO

Naturaleza del comodato.

183. Definición del comodato.—184. Qué cosas pueden ser objeto de este contrato.—185. Es esencialmente gratuito, y constituye acto de liberalidad.—186. Es bilateral.—187. Capacidad necesaria.—188. Qué derechos debe tener sobre la cosa el que la da en comodato para que el préstamo sea válido 333

CAPITULO II

De las obligaciones del comodatario.

189. Obligación del comodatario de custodiar y conservar la cosa prestada.—190. Cómo debe servirse el co-

Páginas.

modatario de la cosa.—191. El comodatario responde del caso fortuito si emplea la cosa prestada pudiendo servirse de la suya.—192. Valoración de la cosa prestada.—193. Deterioro de la cosa por el uso.—194. Varios comodatarios de una sola cosa..... 341

CAPITULO III

De las obligaciones del comodante.

195. Cuándo puede exigir el comodante la devolución de la cosa prestada.—196. Gastos necesarios y urgentes para la conservación de la cosa prestada.—197. Defectos de la cosa prestada no declarados por el comodante que los conocía..... 350

TITULO XII

DEL MUTUO

CAPITULO PRIMERO

De la naturaleza del mutuo.

198. Definición.—199. El mutuo no existe sin la entrega de la cosa.—200. La promesa de mutuo produce una obligación distinta de la del mutuo.—201. Si es de esencia en el mutuo la devolución de la misma cantidad que se recibe.—202. El mutuo es unilateral.—203. Quién puede dar en mutuo.—204. Préstamo de monedas.—205. Préstamo de cosa que no sea moneda. 355

CAPITULO II

De las obligaciones del mutuante.

206. Responsabilidad del mutuante por los vicios de las cosas mutuadas.—207. El mutuante no puede exigir la restitución de las cosas prestadas antes de vencer el término.—208. *Quid* si la convención no fija tér-

Páginas.

mino alguno.—209. *Quid* si se pacta que el mutuario hará la restitución cuando pueda..... 366

CAPITULO III

De las obligaciones del mutuario.

210. El mutuario debe restituir la misma cantidad y calidad de cosas en el término convenido.—211. En su defecto estará obligado á pagar el valor de las cosas. —212. El valor se determina teniendo en cuenta el lugar y el tiempo en que debiera haberse hecho la restitución según el contrato.—213. *Quid* si el contrato no determina ni el lugar ni el tiempo de la restitución ó lo hace indeterminadamente..... 370

CAPITULO IV

Del préstamo á interés.

214. En el mutuo no se deben interesar si no se pactan. —215. Interés legal é interés convencional.—216. No se repetirá el pago de intereses no convenidos ó que excedan de la medida pactada.—217. Facultad del deudor cuando se hayan convenido intereses superiores á los legales de restituir antes del término la suma prestada.—218. Recibo del capital..... 375

TITULO XIII

DEL DEPÓSITO Y DEL SECUESTRO

CAPITULO PRIMERO

Generalidades.

219. Definición del depósito.—220. Definición del depósito propiamente dicho.—221. El objeto del depósito es la conservación y custodia de la cosa depositada.—222. El depósito es esencialmente gratuito.—

Páginas.

223. Sólo los muebles pueden ser objeto del contrato de depósito.—224. El depósito no se perfecciona sino con la entrega de la cosa.—225. El depósito es contrato unilateral..... 383

CAPITULO II

Del depósito voluntario.

226. Definición del depósito voluntario.—227. El depósito sólo podrá hacerse por el propietario de la cosa.—228. El depósito debe tener lugar entre personas capaces de contratar..... 391

CAPITULO III

De las obligaciones del depositario.

229. Obligación referente á la custodia de la cosa.—230. Diferentes hipótesis en las cuales el depositario está obligado, á tenor del derecho común, á prestar la diligencia de un buen padre de familia.—231. El depositario no responde del caso fortuito á no ser que incurra en culpa.—232. El depositario no debe servirse de la cosa sin el consentimiento expreso ó tácito del deponente.—233. No puede descubrir los objetos depositados y guardados en una caja ó sellados.—234. Obligación de restituir.—235. Heredero del depositario que vende de buena fe la cosa depositada.—236. El depositario está obligado á devolver los frutos producidos por la cosa depositada y percibidos por él.—237. A quién se debe restituir el depósito.—238. El depositario no puede exigir que el depositante pruebe que la cosa depositada es suya.—239. Muerto el depositante á quién debe restituirse el depósito.—240. Perdiendo su capacidad el depositante á quién se debe restituir el depósito.—241. En qué lugar debe hacerse la restitución.—242. Cuándo puede pedirse ó hacerse la restitución.—243. *Quid* si el depositario prueba que la cosa depositada le pertenece á él..... 395

Páginas.

CAPÍTULO IV

Del depósito necesario.

249. Definición.—250. Depósito necesario de los efectos de los viajeros en las fondas ú hosterías en que se alojan.—251. Respecto de qué personas se considera necesario este depósito.—252. Respecto de qué objetos se considera necesario el mismo.—253. Si los objetos del viajero, respecto de los cuales no puede considerarse necesario el depósito, constituyen objeto de depósito voluntario.—254. Responsabilidad del fondista ó patrón por los hurtos ó daños cometidos por los criados, dependientes ó extraños que frecuentan las fondas.—255. Cuáles son los extraños admitidos á frecuentar las fondas.—256. El fondista no responderá del robo cometido á mano armada ó por fuerza mayor.—257. El viajero debe probar la existencia del robo y que éste se cometió en la fonda. 420

CAPITULO V

Del secuestro.

258. Indole del secuestro.—259. Secuestro convencional.—260. El secuestro puede no ser gratuito.—261. Puede tener, á diferencia del depósito, bienes inmuebles.—262. El depositario encargado del secuestro no puede restituir la cosa antes que se termine la controversia si no lo autorizan todos los interesados. 433