

del padre, y propuso excepciones que le eran personales; el padre fué condenado. Intervino una nueva sentencia que declaró la primera ejecutoria contra el hijo. Recurso de casación. La Corte decidió que la cosa juzgada no estaba violada, porque la primera sentencia no decía que el padre fuera el deudor real; la segunda había, pues, podido declarar que había simulación en el vale, y procedimiento en él. (1)

### III. Teoría de la representación imperfecta.

118. Hay una doctrina que admite una representación imperfecta; es decir, que ciertas personas están reputadas haber sido representadas en justicia cuando las sentencias les son favorables, mientras que no están representadas en las sentencias cuando éstas les son desfavorables. Esta teoría no tiene ningún fundamento en nuestros textos; la tradición es incierta, y debe decirse otro tanto de los principios. No discutiremos la cuestión en términos generales. En nuestro concepto, no hay representación imperfecta. ¿Puede concebirse que una persona sea á la vez parte y tercero en una instancia? Esto es como si se dijera que una persona está á la vez presente y ausente en un mismo acto. Esto es contrario á la realidad de las cosas; luego es una ficción. ¿Pertenece al intérprete crear ficciones? No, solo el legislador tiene ese derecho. Si se aparta la ficción, se llega á la consecuencia que la representación no puede ser imperfecta, pero entonces nace una nueva dificultad. ¿Las personas de que se trata están ó no representadas? Los autores están divididos y la jurisprudencia no está fijada. Esta es la parte más difícil de esta difícil materia. Vamos á examinar la cuestión para cada una de las personas que se dicen imperfectamente representadas.

119. ¿El caucionante está representado por el deudor en

1 Denegada, Sala Civil, 26 de Julio de 1848 (Daloz, 1852, 5, 97).

las instancias en que éste figura? En nuestro concepto, nó.

Para decidir la cuestión negativamente, invocaremos el principio general que domina esta materia. No se está representado sino por aquel á quien se sucede, del que se es legatario á título universal ó á título particular, y en este último caso, solo cuando la sentencia es anterior al acta de donde procede el derecho de uno. El caucionante no es por ningún título el legatario del deudor; luego no está representado por él. Se llega á la misma consecuencia cuando se interrogan los motivos de la ley. Es de principio que aquel que no puede atacar los derechos de una persona por convenciones, tampoco puede hacerlo por las sentencias en que figura. El deudor no puede, de seguro, comprometer los derechos del caucionante por convenciones que hiciera con el acreedor; estas convenciones no pueden ser opuestas al caucionante, no le perjudican ni le aprovechan. Lo mismo debe suceder con las sentencias intervenidas entre el deudor y el acreedor. Poco importa que se sentencie que la deuda principal exista ó no; el fallo es extraño al caucionante y no puede perjudicarle; luego tampoco puede aprovecharle. (1)

Se hace una objeción que parece decisiva, la tradición. El Código se limita á formular un principio tradicional; es, pues, por la tradición que debe interpretarse. ¿Qué dice Pothier, guía habitual de los autores del Código? "La dependencia de la obligación de un caucionante de la del deudor principal á la que accedió, hace considerar al caucionante como siendo la misma parte que el deudor principal, con relación á todo lo que está sentenciado en pro ó en contra del deudor." (2) Hé aquí una opinión de apariencia contraria á la que acabamos de enunciar. Pothier dice que

1 Compárese Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 857, núm. 1,628.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 908. Esta es también la tradición belga. Van Zutphen, *Diccionario de práctica*, en la palabra *Ejecución* al título *De la recepción de cauciones*, núm. 13.

el deudor representa al caucionante, que la sentencia sea favorable ó adversa al deudor, y ni siquiera parece considerar dudosa la cuestión. Pero la doctrina de Pothier no es tan absoluta como parece serlo, pues él apoya que el caucionante puede formular tercería en contra de una sentencia que le oponga el acreedor, lo que prueba que el caucionante es un tercero. Esta restricción destruye toda la doctrina de Pothier; si el caucionante es tercero, no es exacto decir que lo representa el deudor, ambas ideas se excluyen; y si el caucionante no está representado en las sentencias que son adversas al deudor, no puede estar representado en las sentencias que le son favorables, pues es imposible que á la vez sea parte y tercero. Los motivos que da Pothier en apoyo de su opinión, son generales y no soportan ninguna distinción. Es de la esencia de la caución, dice, que la obligación del caucionante depende de la del deudor principal, que no pueda deber más de lo que éste debe; luego también debe lo que el deudor debe, lo que conduce lógicamente á la consecuencia que el deudor representa siempre al caucionante. ¿Pero es la razón decisiva? Pudiera aplicarse al acreedor hipotecario, pues la hipoteca es una dependencia de la deuda principal, tanto como la caución, sin embargo, la doctrina está casi unánime en enseñar que el acreedor hipotecario no está representado por el deudor (núm. 105). Hay que abandonar esta idea de dependencia; aunque su obligación sea accesoria, el caucionante tiene intereses y derechos que le son propios; el deudor no puede lesionar estos derechos por las convenciones que hiciera con el acreedor; luego tampoco lo puede por las sentencias. Se dice en vano que el caucionante solo puede deber lo que debe el deudor y que debe lo que éste debe. Sin duda, suponiendo que la caución exista y sea válida. Y en el caso, el caucionante sostiene precisamente que la deuda por la que se le persigue es nula ó extinguida, y que, por consiguiente, no

es ya caucionante. Es, pues, un círculo vicioso el decir que el caucionante ha sido representado en una sentencia en que figuraba el deudor, cuando pretende que no era caucionante. (1)

Esta argumentación es muy fuerte cuando se trata de sentencias pronunciadas contra el deudor, y que el acreedor quiere oponer al caucionante. Pero cuando la sentencia es favorable al deudor, se pretende que el caucionante debe tener el derecho de oponerla, abstracción hecha de toda representación. La sentencia decide que la deuda no existe ó que está extinguida. Esta sentencia, habiendo sido pronunciada solo con el deudor, el acreedor promueve contra el caucionante y pretende que éste no puede prevalecerse de una sentencia en que no ha sido parte. Concedido; dice el caucionante, pero como caucionante tengo el derecho de poner al deudor en causa, puesto que tengo un recurso contra él; si pagó la deuda, el deudor puesto en causa será condenado. Lo que equivale á decir que el deudor no aprovecharía de la sentencia que obtuvo contra su acreedor; luego para que la aproveche, es necesario que el caucionante la aproveche también. Este raciocinio sedujo á excelentes jurisconsultos. (2) Sin embargo, tiene poco valor bajo el punto de vista de los principios que rigen la cosa juzgada. La contrariedad de decisiones pronunciadas en dos instancias en que figuran personas diferentes, es la inconsecuencia inevitable de la ley que exige la identidad de personas para que haya la presunción de verdad ligada á la cosa juzgada.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 638, núm. 328 bis XXIX. Compárese Moulon, t. II, pág. 857, núm. 1,628. En sentido contrario, Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 299, núm. 1,324; Troplong, *De la caución*, núms. 511 y 512. Larombière tiene otro sistema que conduce á la misma conclusión, t. V, pág. 283, núm. 100 (Ed. B., tomo III, pág. 261).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 487, nota 39. Marcadé, t. V, pág. 200, núm. 13 del artículo 1,351. Valette, en Moulon, t. II, pág. 858, número 1,629. Dijon, 16 de Julio de 1862 (Daloz, 1862, 2, 146).

El interés de la defensa es un derecho sagrado y es decisivo en lo que concierne al acreedor. El acreedor tiene dos acciones: puede promover contra el deudor y después contra el caucionante; si fracasa en su acción contra el deudor, debe tener el derecho de perseguir al caucionante; si éste debe aprovechar de la primera sentencia, debe intervenir en ella. ¿Puede abstenerse y decir: no promuevo, pero si la sentencia es favorable la rechazo, y si es adversa, la invoco? La lógica y el sentido común rechazan esta división de la cosa juzgada. El acreedor puede contestar al caucionante: Sois parte en la instancia contra el deudor, ó no lo sois; si lo sois cuando la sentencia os es favorable, debeis serlo también cuando os es adversa.

La objeción que se ha hecho en interés del deudor, tiene apariencia de equidad; liberado en virtud de una sentencia, ¿puede á pesar de la sentencia, estar obligado á pagar? Contestarémos que debía poner en causa al caucionante con el fin de que la sentencia fuera común. Esta es la vía legal, y no conocemos otra. M. Colmet de Santerre reconoce y establece muy bien que el caucionante no puede oponer la cosa juzgada al acreedor que lo persigue después de haber fracasado en su acción contra el deudor; pero cree que puede prevalecerse del art. 2,037, según el cual el caucionante queda descargado cuando la subrogación á los derechos hipotecarios y privilegios del acreedor no puede ya operarse en favor del caucionante por el hecho del mismo acreedor; el acreedor, dice, persiguiendo al deudor, ha cumplido un hecho que por su resultado hace imposible la subrogación del caucionante en los derechos contra el deudor; luego el caucionante está descargado. (1) Dudamos que el art. 2,037 sea aplicable al caso; supone dicho artículo que la deuda subsiste y que el acreedor ha renunciado á las garantías accesorias que aseguraban su pago; garantías por razón de las

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 640, núm. 328 bis XXX.

que el caucionante ha contraído su obligación. Y cuando el acreedor promueve contra el caucionante después de haber fracasado contra el deudor, no puede decirse que por hecho suyo la deuda está extinguida así como las acciones; sostiene al contrario contra el caucionante, como lo hizo contra el deudor, que la deuda y la caución subsisten; no se trata, pues, aquí de la hipótesis del art. 2,037.

La Corte de Casación se ha pronunciado por la doctrina de Pothier, pero con una restricción que éste no admite; de manera que la jurisprudencia consagra una opinión que no está en la tradición y que no es tampoco la de la representación imperfecta. Si el caucionante, dice la Corte, opone al acreedor los medios que el deudor le opuso ó podía oponerle, solo usa del derecho que le pertenece; fué, pues, representado por el deudor; pero si invoca excepciones personales no está representado por el deudor. (1) Esta distinción fué propuesta por Daniels; parece muy racional; sin embargo, está en oposición con los principios que sirven de fundamento á la cosa juzgada. Se podía objetar á todos los legatarios el raciocinio de Daniels; lo más á menudo no tienen otros medios que proponer sino los de su autor, lo que no impide que hagan valer de nuevo las excepciones que desechó la primera sentencia. Deben, pues, abandonarse los medios de que las partes se sirven en ambas instancias para solo considerar una cosa: ¿Fué el caucionante parte en el primer proceso ó no lo fué? Decimos que el sistema de la Corte de Casación no es el de Pothier; en efecto, éste concede siempre la requisición civil al caucionante, cuando la sentencia ha sido desfavorable al deudor, mientras que la Corte exige que haya fraude. (2) La jurisprudencia no tiene, pues, nin-

1 Casación, 27 de Noviembre de 1811 (Daloz, en la palabra *Caución*, núm. 118, 1<sup>o</sup>) Compárese Bruselas, 18 de Octubre de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 514).

2 Denegada, 11 de Diciembre de 1834 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 266).

gún apoyo en la tradición, y se encuentra en oposición con los principios de la cosa juzgada.

120. ¿El deudor solidario representa á sus codeudores? Contestamos negativamente por el motivo que acabamos de dar para la caución. ¿Las convenciones de uno de los deudores tendrían efecto con relación á los demás? Nó, pues las sentencias en que figura éste, son igualmente sin efecto con relación á sus codeudores. Esto nos parece decisivo. Sin embargo, la cuestión está controvertida, y hay motivos para dudar, que no existen para la caución.

Se nos opone primero la doctrina tradicional acerca de la solidaridad: Considera á los codeudores como mandatarios los unos de los otros, y concluyo de esto, que este mandato les da derecho para representarse en justicia. Cuando varias personas se obligan solidariamente, dice Toullier, entran en sociedad en cuanto al objeto de esta deuda. Se encargan mutuamente, por un mandato tácito pero real, de pagar las unas por las otras. Aquel de los deudores que paga solo la deuda de que se trata, obra, pues, tanto para él como para los que paga la parte. Si reconoce solo la deuda, lo hace tanto en su nombre propio como en nombre de sus codeudores, en virtud de su mandato tácito. Así, promoviendo contra uno solo, el acreedor lo hace contra el mandatario de todos. La sentencia que interviene debe, pues, producir su efecto contra todos, como en favor de todos. (1) La jurisprudencia está en este sentido. (2)

Contestamos que esta opinión sobrepasa y exagera la teoría tradicional de la solidaridad. Pothier admite que los codeudores solidarios son socios y mandatarios para conservar la deuda, pero no tienen poder para aumentarla. No puede,

1 Toullier, t. V, 2, pág. 171, núm. 202. Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Cosa juzgada*, pfo. XVIII, núm. 2 (t. III, pág. 317).

2 Casación, 14 de Agosto de 1811 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 268). Dijon, 26 de Diciembre de 1871 (Daloz, 1871, 2, 194).

pues, decirse como lo hace Merlin, que los codeudores solidarios formen una sola y misma persona. Si hay mandato, este mandato está limitado, y hay que restringirlo á los casos previstos por la ley. Esto es tanto más necesario cuanto que los autores no han seguido en todos los puntos á su guía habitual, Pothier; han abandonado su doctrina por lo que toca á las demandas de intereses (art. 1,207); de manera que el Código no tiene principio absoluto en esta materia; se debe, pues, atenerse á los textos, sin extenderlos á los casos que la ley no decide.

Esto es contestar de antemano á los argumentos que se toman en los textos: Hay además una respuesta general que hacer á esta argumentación. Los artículos que se citan suponen que la solidaridad es constante y determinan sus defectos. Nosotros suponemos al contrario, que la existencia de la deuda ó de la solidaridad está contestada en la instancia emprendida entre uno de los codeudores y el acreedor. ¿Cómo podrá el deudor representar á sus codeudores cuando niega que existen codeudores? Aunque el objeto del litigio permitiese considerar á los codeudores como mandatarios, debería rechazarse la idea del mandato: Ellos son siempre mandatarios ó no lo son nunca. Si no lo son cuando se trata de existencia de una deuda, tampoco lo son en cualquier otro proceso. Se invocan los arts. 1,206 y 2,249, en virtud de los que las promociones hechas por uno de los codeudores solidarios interrumpen la prescripción para con todos. Inducir de esto que los deudores solidarios tienen siempre y de una manera absoluta el derecho de representarse los unos á los otros, es sobrepasar la ley. Para no obligar al acreedor á promover contra todos los deudores cuando quiere interrumpir la prescripción, la ley le permite conservar sus derechos promoviendo contra uno solo. Otra cosa es un debate judicial, en el que cada uno debe tener el derecho

de hacer valer sus pretensiones. En la interrupción de prescripción, los deudores permanecen pasivos en este sentido que el acreedor manifiesta simplemente la voluntad de conservar su derecho; y cuando un deudor reconoce la existencia de la deuda, no hace otra cosa sino comprobar este hecho. No pasa así en un debate judicial; aquí, el derecho de defensa está en juego. Esto es lo que se olvida muy á menudo en las discusiones acerca de la cosa juzgada, y esto es, sin embargo, el principio en el que descansa la tercera condición exigida por el art. 1,351, la identidad de las partes. Se concibe que la interrupción de la prescripción respecto á uno de los deudores solidarios compruebe suficientemente que la prescripción está interrumpida para con todos; es decir, que el acreedor no renuncia á sus derechos; pero cuando se trata de litigar, cada uno de los deudores debe tener el derecho de defender sus intereses.

El art. 1,207, se dice, decide lo contrario: El acreedor pide los intereses contra uno de los deudores; de donde resulta que los intereses continúan corriendo contra los demás. Se aparta la objeción diciendo que el art. 1,207 deroga á los principios tales como Pothier los enseñaba, y no puede estenderse una disposición que no tiene fundamento jurídico. Hay que hacer, además, otra respuesta: La demanda de intereses hecha en justicia, no es otra cosa que un apremio; es decir, la comprobación de un hecho; el deudor, desde que hay deuda, no puede concluir á que los intereses corran. Luego no hay debate, no hay proceso, y por lo tanto, no es necesario que intervengan todos los deudores. ¿Para qué llamarlos en una causa en la que nada tienen que decir?

En fin, se opone el art. 1,208 que permite á cada uno de los codeudores oponer las excepciones comunes á todos. La objeción confunde los hechos jurídicos, en los que no hay ningún litigio, con los debates judiciales. Si uno de los deu-

dores paga la deuda, los demás pueden prevalecerse del pago; esto supone que el pago es constante, y no hay que decir que si ya no hay deuda, tampoco hay ya deudores. Pero si el pago fuese contestado por el acreedor, la sentencia que intervendría, ¿podría ser opuesta á los demás codeudores? Esta cuestión es enteramente diferente de la que está decidida por el art. 1,208: La decide el art. 1,351. De que me pueda yo prevalecer del pago hecho por mi codeudor, no se puede inducir por cierto que yo esté ligado por las sentencias que intervinieron entre uno de mis codeudores y el acreedor. Aquí, el derecho de defensa está en juego, y este derecho exige que pueda sostener mis pretensiones por mí mismo, á menos que haya sido representado en el proceso; y de que yo pueda oponer la extinción de mi deuda á consecuencia del pago, no puede seguramente inducirse que estoy representado en una instancia judicial por mis codeudores. (1)

Réstanos hacer constar una opinión intermedia entre las soluciones que desechan y las que admiten la cosa juzgada de una manera absoluta. Se conviene, en esta opinión, en que las sentencias desfavorables al deudor no pueden ser opuestas á los codeudores, pero se sostiene que éstos pueden prevalecerse de las sentencias favorables. Hay, en este último caso, un motivo de duda análogo al que se invoca en favor del caucionante. Si los codeudores de aquel en provecho de quien ha sido pronunciada la sentencia pudieran ser accionados por el total y condenados á pagar toda la deuda, el recurso que ejercitarían contra su codeudor quitaría á éste el beneficio de la sentencia. De esto se concluye que la sentencia pronunciada con uno de los codeudores, debe aprovechar á los demás en los límites de la parte de su

1 Colmet de Sarterre, t. V, pág. 635, núms. 328 bis XXIV y XXV. En sentido contrario, Casación, 11 de Enero de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,422). Limoges, 19 de Diciembre de 1842. (Daloz, *ibid.*, núm. 1,404).

codeudor. (1) Hemos desechado esta división de la cosa juzgada cuando se trata del caucionante; por iguales motivos la desechamos en materia de solidaridad. Merlin dice que el sentido común se opone á que los codeudores se aprovechen de la sentencia que les fuere favorable y que puedan rechazarla cuando les fuere adversa. En nuestro concepto, esta división de la cosa juzgada, está tanto en oposición con el derecho como con el sentido común. ¿Puede concebirse que los codeudores se den mandato para ganar un proceso y no tener mandato para perderlo? El resultado de un proceso nunca puede ser previsto, no debe, pues, tenerse en cuenta. ¿Si hay mandato para litigar, deben aceptarse todas las resultas del proceso, así las malas como las buenas; sino hay mandato para perder un proceso, no lo puede haber para ganarlo. Pero tal es la incertidumbre que reina en las cuestiones que discutimos, que los mejores autores se contradicen y parecen acusarse de absurdo. Merlin dice que la distinción entre las sentencias favorables y las desfavorables, no tiene sentido común. Aubry y Rau la defienden como la única en armonía con los verdaderos principios. Nosotros creemos que Merlin tiene razón, sin atrevernos á decir como él que la opinión es absurda.

121. ¿El coacreedor solidario representa á sus coacreedores? Esta cuestión presenta nuevas dudas. El Código ha derogado el derecho romano en lo que concierne á los derechos de los coacreedores solidarios: no les reconoce ya el derecho de disponer del crédito; solo son simples socios quienes con este título tienen el poder de hacer lo que es útil para todos. ¿Tienen el poder de litigar? Es seguro que la sentencia que se promoviera contra un acreedor solidario, no podría ser opuesta á los demás. Decimos que esto es seguro si se atiende uno á los principios que acabamos de re-

1 Durantou, t. XIII, pág. 556, núms. 519 y 520. Aubry y Rau, tomo VI, pág. 488, nota 41. Marcadé, t. V, pág. 199, núm. 13 del artículo 1,351. Valette, en Mourlon, t. II, pág. 858, núm. 1 630

cordar. (1) Si no tienen mandato para perder el proceso, no lo pueden tener para ganarlo. En vano se dirá que los coacreedores pueden hacer lo que es útil para todos, esto supone una acta que sea favorable; pero no se da mandato para ganar un proceso, se da para litigar, lo que implica la suerte de perder. El mandato para litigar, así entendido, no puede pertenecer á los acreedores solidarios; en efecto, solo aquellos que tienen poder para disponer, son los que pueden litigar; precisamente litigando se corre el riesgo de perder lo que se reclama. Esto decide la cuestión, según nuestro parecer.

La cuestión está controvertida. Merlin enseña como una cosa no dudosa, que las sentencias pronunciadas en pro ó en contra de un acreedor solidario, tienen autoridad de cosa juzgada en pro ó en contra de los coacreedores. Se funda en la teoría del mandato. (2) Pero el mandato es limitado, y de que uno de los acreedores tiene derecho para recibir el pago de la deuda, ¿puede concluirse que también lo tenga para representar en justicia á sus coacreedores? M. Colmet de Santerre llega á la misma conclusión por otra vía que nos parece muy dudosa. Funda la solidaridad entre coacreedores en el interés del deudor que lo exige con el de evitar promociones multiplicadas por parte de sus acreedores; no se llegaría á este fin si los diversos coacreedores pudieran renovar el proceso que uno de ellos hubiera perdido contra el deudor. De esto concluye que los acreedores solidarios tienen mandato para perder el proceso; de donde la consecuencia que tienen también para ganarlo; es decir, que tienen el poder de representarse en justicia. (3) Hemos dicho en otro lugar, que los acreedores solidarios no tienen

1 Lo hemos decidido en este sentido. t. XVII, pág. 311, núm. 271.

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Cosa juzgada*, párrafo XIII, núm. 1, (t. III, pág. 316). Compárese Toullier, t. V, 2, página 173, núm. 204.

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 638, núm. 328 bis XXVII.

poder para perder los procesos en nombre de sus coacredores; es inútil insistir en estos debates. Duranton, Aubry y Rau y Larombière, distinguen entre las sentencias favorables y las sentencias adversas. (1) Nosotros desechamos la distinción para los acreedores solidarios, como la hemos desechado para el caucionante y los deudores solidarios, por identidad de motivos.

122. Los deudores y los acreedores de una cosa indivisible, ¿se representan los unos á los otros? Aunque la cuestión está controvertida, la negativa no nos parece dudosa. Recordaremos la teoría de la indivisibilidad. Los deudores deben pagar cada uno toda la deuda, y cada uno de los acreedores puede pedir el pago por el total. ¿Es esto decir que cada deudor deba pagar el total y que la cosa queda debida por el todo á cada acreedor? No hay ninguna liga jurídica entre los deudores ni entre los acreedores; luego no puede tratarse de un mandato que se den para litigar. Se está, por consiguiente, bajo el imperio del derecho común que permite á cada uno sostener sus derechos en justicia. (2) Se objeta la tradición: la indivisibilidad del derecho, dice Pothier, hace considerar á todos los deudores ó á todos los acreedores como una misma parte. (3) Esto se llama decidir la cuestión por la cuestión. La dificultad está precisamente en saber si los deudores ó los acreedores son una misma parte, y no es afirmando que lo son como se prueba el hecho. Observémos también que Pothier es consecuente, ó cuando menos, la antigua jurisprudencia que él relata sin criticarla, era inconsecuente. Según nuestros usos, dice él, la sentencia pronunciada contra un acreedor de un derecho indivisible, puede ser opuesta á los demás; pero pueden firmar tercera sin

1 Duranton, t. XIII, pág. 560, núm. 521. Aubry y Rau, t. VI, página 488, nota 40, y t. IV, pág. 17, nota 10 (de la 4ª edición). Larombière, t. I, pág. 573, núm. 15 (Ed. B., t. I, pág. 32).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 638, núm. 328 bis XXVI y XXVIII.

3 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 907.

estar obligados á probar que hubo conclusión fraudulosa entre el acreedor y el deudor. Esto prueba que son terceros, y lo son; es imposible que sean partes. Hay autores modernos que repiten lo que dice Pothier, sin agregar motivo alguno. (1)

La Corte de Casación se ha pronunciado en favor de la misma opinión. (2) No podemos discutir una opinión que no está motivada. Los editores de Zachariæ, consecuentes con sus principios, aplican á la indivisibilidad, la distinción de las sentencias favorables y adversas; (3) como no dan razón especial para las obligaciones indivisibles, nos limitamos á trasladar al lector á lo que fué dicho más atrás.

Nuevas dificultades se presentan en la aplicación del principio. Un derecho es reclamado contra uno de los copropietarios por indiviso. Si la contestación porta sobre el derecho de propiedad que es divisible, la solución no es dudosa. Aunque haya indivisión, cada uno de los comuneros tiene un derecho distinto, independiente del de los demás; cada uno promueve, pues, por su cuenta, y no puede tratarse aquí de representar á los demás; el interés de los comuneros es el mismo; es verdad, y la cuestión para decidir con relación á cada uno de ellos es idéntica, pero esto no basta para que haya identidad de personas. Cada uno de los comuneros tiene un derecho que defender, y el derecho de defensa se sobrepone, aunque debiera resultar una contrariedad de sentencias.

Si un derecho indivisible es reclamado sobre un fundo indiviso contra uno de los copropietarios, ¿habrá cosa juzgada para con todos? Los autores están divididos; creemos que uno de los copropietarios no representa á los demás. Cuando la sentencia es desfavorable, hay un motivo perentorio para

1 Toullier, t. V, 2, pág. 174, núm. 206. Larombière, t. II, página 197, núms. 121 y 122 (Ed. B., t. III, pág. 269).

2 Denegada, Sala Civil, 19 de Diciembre de 1832 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 269).

3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 489, nota 42, pfo. 769.

desechar la cosa juzgada. Uno de los copropietarios no podría hacer una convención en perjuicio de los demás, y no puede contraer judicialmente á su perjuicio. Y si no representa á los demás comuneros para perder el proceso, no puede representarlos para ganarlo. (1) Toullier y Pardessus admiten la cosa juzgada en virtud del principio de la indivisibilidad; (2) hemos de antemano contestado al argumento. Duranton y los editores de Zachariæ, reproducen su distinción entre las sentencias favorables y las sentencias adversas. (3) Creemos inútil renovar este debate.

123. La misma dificultad se presenta cuando una sentencia es pronunciada con un propietario bajo condición rescisoria. Si la condición se realiza, ¿tendrá la sentencia autoridad de cosa juzgada con relación al propietario que á consecuencia de la rescisión nunca dejó de ser propietario? La mayor parte de los autores aplican á esta cuestión la distinción de la representación imperfecta. Todos están de acuerdo en decidir que las sentencias promovidas durante el tiempo en que la condición está en suspenso, no pueden ser opuestas al propietario: ¿Cómo aquel que jamás tuvo derecho en la cosa, pudiera perjudicar por sentencias ó convenciones á aquel que solo tenía el derecho para litigar y contraer? En nuestro concepto, el mismo principio debe recibir su aplicación á los casos en que la sentencia es favorable; no entendemos que aquel que está sin derecho tenga calidad para representar á aquel que lo tiene. Para reconocerle un derecho, hay que recurrir á presunciones y suponer que el propietario que vende su fundo con condición rescisoria da al adquirente el mandato de administrar y conservar; es

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 633, núm. 238 bis XXI, y página 634, núm. 238 bis XXII.

2 Toullier, t. V, 2, pág. 174, núms. 207 y 208. Pardessus, *De las servidumbres*, t. II, núm. 334.

3 Duranton, t. XIII, pág. 570, núm. 528. Aubry y Rau, t. VI, páginas 489 y siguientes.

claro que el adquirente tiene el derecho de administrar, como tiene el de disponer; pero todas las actas que hace, quedan rescindidas cuando la condición rescisoria se cumple; y si las convenciones están rescindidas, ¿cómo podrían ligar las sentencias al propietario? No insistimos, porque hemos examinado la cuestión de principio al tratar de las condiciones. (1)

124. ¿El usufructuario es representado por el propietario en cuanto al usufructo, y éste está representado por el usufructuario en cuanto á la propiedad? Iguales controversias. Los partidarios de la representación imperfecta abdican su distinción y resuelven que hay representación para los juicios favorables y que no la hay para los adversos. (2) Hemos dado en otra parte nuestra opinión acerca de esta cuestión. (3)

125. En fin, se aplica la misma distinción á las sentencias pronunciadas con el antiguo propietario cuando las instancias han sido promovidas desde la época en que enajenó sus derechos. Todos admiten que estas sentencias no pueden perjudicar á los legatarios á título particular. Pero los partidarios de la representación imperfecta sostienen que las sentencias favorables les aprovechan. (4) No admitiendo el principio, deseamos la aplicación que se hace á este caso. La única razón que se da nos importa poco. Si el adquirente, se dice, no fuera autorizado para prevalecerse de estas sentencias, quedarían sin efecto, aun en lo que con-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 634, núm. 328 bis XXIII. En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 543, núms. 509 y 510; Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 325, núm. 1,353; Larombière, t. V, pág. 296, núms. 112 y 113 (Ed. B. t. III, págs. 266 y 267); Marcadé, t. V, págs. 197 y siguientes.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 487, nota 38. Marcadé, t. V, pág. 197, núm. 13.

3 Véase el tomo VII de mis *Principios*, págs. 67-70, núms. 46-48.

4 Aubry y Rau, t. VI, pág. 491, nota 45, pfo. 769.



cierno al antiguo propietario, puesto que el adquirente, si fuera vencido en una segunda sentencia, tendría recurso contra su autor. Esta es una objeción análoga á la que se hace para las sentencias pronunciadas contra el dendor principal ó con un codeudor solidario, y la contestación es la misma. El antiguo propietario no tiene ninguna calidad para representar á su legatario, toda vez que ha transferido la propiedad. Si quiere ponerse al abrigo por un recurso por garantía, debe poner en causa al sucesor á quien transmitió sus derechos.

*Núm. 3. Misma calidad.*

126. El art. 1.351, después de haber dicho que la demanda debe ser formulada entre las mismas partes, agrega: «Y formulado por ellas y contra ellas en la misma calidad.» Esto no es una cuarta condición prescripta para que haya cosa juzgada, es una explicación que completa la condición que acabamos de explicar; la identidad de personas y la identidad de calidad, constituyen una sola y misma condición, la identidad de las personas jurídicas. En derecho, se considera á la persona jurídica y no á la persona física. Cuando el tutor figura en una primera instancia como representante de su pupilo y que figura en una segunda instancia en su propio nombre, siempre es la misma persona física la que promueve; pero las personas jurídicas difieren; en la primera instancia, es el menor el que promueve representado por su tutor; en la segunda, el menor no está en causa, no es un tutor el que figura, es otra persona jurídica. (1) Y desde que la persona es diferente, las sentencias pronunciadas con otra persona jurídica no tienen, con relación á ella, la autoridad de cosa juzgada, aunque hubiera identidad de objeto y de causas: La cuestión que se debatirá en la segunda instan-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 629, núm. 328 bis XIII.

cia será idéntica, pero poco importa; aquel que figura en el segundo proceso tiene el derecho de sostener sus pretensiones; podrán resultar de ello sentencias contradictorias, pero el derecho sagrado de la defensa sobrepasa este inconveniente. En contra, si la persona jurídica es la misma y que solo exista una diferencia en el modo de ejercer el derecho que resulte del crédito, habrá cosa juzgada, sí; por lo demás, hay identidad de objeto y de causa. (1)

127. El principio se aplica sin dificultad al tutor así como á todo mandatario convencional, legal ó judicial. Esto es elemental, aunque algunas cortes de apelación se hayan equivocado, y que la cuestión haya sido llevada más de una vez ante la Corte de Casación. Pablo, en calidad de tutor, formula contra mí una demanda por abandono de una herencia; sucumbe. Más tarde, reivindica esta herencia contra mí en su nombre personal. ¿Puedo oponerle la excepción de cosa juzgada? Se hace esta cuestión en un curso elemental de derecho; no debiera llevarse ante los tribunales, pues está decidida por el texto del Código: Donde no hay identidad de personas jurídicas, no puede ser cuestión de cosa juzgada. (2)

La jurisprudencia ha hecho numerosas aplicaciones de este principio; como ninguna es dudosa, nos limitaremos á citar algunos ejemplos. (3) Renuncio á la sucesión de mi padre; obtengo después en calidad de heredero materno, una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada. Más tarde, usando del derecho que la ley me concede, me retracto de mi renuncia; de manera que, vuelvo á tomar la calidad de

1 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 17 de Abril de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 471).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 897. Duranton, t. XIII, págs. 534, núm. 499, y todos los autores.

3 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núms. 283-285. Hay que agregar Lieja, 25 de Noviembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 296). Casación 30 de Enero de 1872 (Dalloz, 1874, 1, 100).

heredero paterno, y actuó á ese título por la misma razón que fué objeto en la primera sentencia. ¿Puedo oponer esta sentencia á un adversario? La Corte de Casación decidió la cuestión negativamente, y esto no da lugar á duda alguna. En el primer proceso, procedía como heredero materno, ejercitando solo los derechos de ésta; en el segundo actué como heredero paterno, y solo promoví con esta cualidad ejercitando solo los derechos de mi padre. Luego las partes no eran las mismas en ambos procesos; en el uno figuré como representante de mi madre; en el otro como de mi padre, esto es decisivo y no hay cosa juzgada. (1)

Puesto que una Corte de Apelación se equivocó, hay que perdonar á los jueces de paz cuando se equivocan. En una primera acción, un alcalde había promovido sin la autorización del consejo municipal. El mismo alcalde promovió después, no ya en nombre personal, sino en virtud de una liberación del consejo. Nueva instancia. ¿La primera sentencia tenía autoridad de cosa juzgada para con el alcalde? Nó, dice la Corte de Casación, pues en la primera instancia no había promovido como representante del municipio, mientras que en la segunda instancia promovía como tal. (2)

128. Lo que equivoca en estas delicadas materias, es que el interés de la parte que promueve con diferentes cualidades, puede ser idéntico; y está uno inclinado á creer que donde hay identidad de interés, debe haber cosa juzgada. El error es evidente. Venta de un terreno: El comprador se compromete á no establecér un hotel en la casa que tiene intención de construir y que está ya comenzada. Sin embargo, establece en ella una vinata. Acción tendiendo á la clausu-

1 Casación, 7 messidor, año VII (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 283, 1°). Compárese Denegada, Sala Civil, 3 de Mayo de 1841 (Daloz, *ibid.*, núm. 283, 4°) y 28 de Agosto de 1849 (Daloz, 1850, 1, 57).

2 Casación, 17 de Noviembre de 1823 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 284, 1°). Compárese Casación, 19 de Noviembre de 1823 (Daloz, *ibid.*, núm. 284, 4°).

ra de este establecimiento. Se intenta, no por el vendedor, sino por un tercero en virtud de un pretendido pacto de familia que no consigue probar. Su demanda es desechada. Se hace después ceder los derechos del vendedor, y demanda en una segunda instancia la clausura de la vinata como cesionario. Se le opone la cosa juzgada. La Corte de Lyon sentenció muy bien que el requerido proceso era promovido por una persona diferente, puesto que el demandante figuraba como cesionario del vendedor, el cual no estaba en causa en la primera instancia. Esto era decisivo. Además, la causa difería, puesto que la segunda demanda se fundaba en una cesión consentida por el vendedor, mientras que la primera se basaba en un pacto de familia. (1)

129. En la sentencia que acabamos de relatar, el demandante había adquirido su nuevo título posteriormente á la sentencia que desechara su primera demanda. ¿Qué debe resolverse si el demandante poseyera ya ambas cualidades, cuando la introducción de la primera demanda? La cuestión presenta sus dificultades. Si en el caso juzgado por la Corte de Lyon, el demandante hubiese sido cesionario cuando la primera instancia, hubiera tenido dos cualidades, la que le era personal como parte en el pretendido pacto de familia, y la que procedía del vendedor. Teniendo dos cualidades diferentes, podía promover en la primera, y después, prevalecerse de la segunda. ¿Se dirá que debía promover simultáneamente con una y otra cualidad? Contestaremos que ninguna ley lo exige así, ni para aquel que puede obrar con varias cualidades diferentes, ni para aquel que puede pedir la misma cosa en virtud de causas diversas (núm. 84).

Sin embargo, se enseña que si ambas cualidades se hallaban ya confundidas en el momento de la introducción de la primera instancia, había cosa juzgada, aun para la cualidad de que no se hubiera prevalecido el demandante en el pri-

1 Lyon, 30 de Diciembre de 1870 (Daloz, 1871, 2, 137).

mer proceso. Hé aquí el caso propuesto por Toullier. Un hijo único, heredero puro y simple de su padre y de su madre, formula contra mí, en calidad de heredero de su padre, una demanda que es desechada por una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada. Sucumbe, y después intenta la misma acción en calidad de heredero de su madre. Se le podrá rechazar por excepción de cosa juzgada, dice Toullier. En este caso no admitimos la solución; nace de los principios que rigen la aceptación pura y simple de una herencia; los derechos del difunto se confunden con los del heredero; heredero puro y simple de su padre y de su madre, no tiene dos cualidades diferentes, las de heredero paterno y de heredero materno; estas cualidades se han confundido en su persona, y solo tiene una, la de acreedor. Hay, pues, identidad de persona. (1) Pero pudiera haber diversidad de causas: Si el crédito del padre y el de la madre, tuvieran causas diferentes, no hubiera cosa juzgada. Esto es el derecho común. (2)

No debe, pues, asentarse como regla absoluta, que la coexistencia de dos cualidades cuando la introducción de la primera instancia impide al demandante el formular sucesivamente la misma acción, con una cualidad diferente. Tal parece, ser sin embargo, el concepto de la Corte de Casación. En una primera instancia figura una persona que tiene dos cualidades distintas: Es donataria de su padre y donataria de su madre. Estas dos cualidades le dan derechos contradictorios; por el lado de la madre, el demandante puede reclamar la dote de ésta; por el lado de su padre, está autorizado á pretender que la dote había sido pagada. La Corte indujo de esto que estaba obligado á optar entre

1 Toullier, t. V, 2, pág. 179, núm. 214. Compárese Marcadé, t. V, pág. 189. Aubry y Rau, t. VI, pág. 393, nota 52.

2 Compárese Nimes, 29 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 191).

estas pretensiones contrarias, y que escogiendo una de ellas, renunciaba forzosamente á la otra; no podrá, pues, por sí ó por sus hijos que lo representaban, litigar dos sistemas diametralmente opuestos. (1) No quisiéramos erigir esta decisión en principio. Aquel que tiene dos derechos, puede ejercerlos sucesivamente, sin que se le pueda oponer la cosa juzgada; esto es incontestable cuando ambos derechos resultan de dos causas diferentes. ¿Por qué no pasaría lo mismo cuando se tienen dos diferentes cualidades? En el caso sentenciado por la Corte de Casación, había dos circunstancias particulares. Desde luego, la Corte hace constar que el demandante tenía ambas cualidades cuando la introducción del primer proceso, y que en aquella época las había tomado expresamente á las dos en sus conclusiones; y no se puede, en una sola y misma instancia, sostener el pro y el contra, en virtud de dos cualidades que se toman; se debe necesariamente optar, y después de haber optado, no se puede retractar esta objeción. La sentencia está, pues, fundada en las circunstancias particulares del negocio.

130. El heredero beneficiario no confunde sus derechos con los del difunto. Es, pues, persona distinta según promueve, como heredero beneficiario, representando la sucesión; es decir, á los acreedores ilegatarios, y cuando promueven en virtud de un título que les es personal. Una primera sentencia, condena al heredero beneficiario como tal; en una segunda sentencia, el heredero beneficiario figura ya no con este título, sino como acreedor hipotecario, teniendo una hipoteca en los inmuebles de la sucesión, cuyo precio debía ser distribuido entre los diversos inscriptos. La Corte de Casación sentenció, y la cuestión no es dudosa, que no se podía oponer la primera sentencia al heredero, promoviendo por sí como acreedor. (2)

1 Denegada, 30 de Junio de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 93).

2 Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 131).