

la ley; y esto es tan justo y está tan en armonía con la ley romana, que no es mas que su literal traducción. "Más si "el que fuere deudor pagare parte del deudo, son las últimas palabras del legislador, *salva toda la pena*, el rescibidor sea tenido de rescibir, é pueda en esta razón demandar toda la pena." Para que, pues, el acreedor conserve su derecho ileso á *toda la pena*, es circunstancia indispensable que proteste expresamente dejar á salvo ese derecho, á fin de que el pago parcial no se lo perjudique, Ruego otra vez que se tengan presentes estas indicaciones de que volveré á hacer uso en otra ocasión.

27. Esa ley resuelve como he dicho, de un modo tan completo y satisfactorio nuestra presente cuestión, que es ya inútil decir lo mas que sobre ella se pudiera. Apliquemos ahora la ley á este negocio: el ejecutante confiesa tener recibidos 997 pesos 40 centavos en pago de réditos: solo que dice que ese pago se hizo después del plazo: esto bastaría para que la ley no alcance á este caso, para resolverlo: lo confieso yo, pero como hay otras cantidades recibidas antes del plazo, aunque el acreedor lo niegue, según después lo veremos, la ley, en cuanto á ellas, tiene su aplicación más cabal. Apenas comenzamos á plantear las verdaderas cuestiones del debate, téngase esto presente, cuando las estudiemos á fondo, ocasión tendremos de aplicar la ley del Fuero. Basta, por ahora, á mi propósito haber demostrado que el pago parcial *anterior al plazo*, disminuye en proporción la pena que lo asegura: este principio será por mí con fruto invocado, cuando patentice que en este negocio hubo también pagos parciales, *anteriores al plazo*.

VI.

28. Dije hace poco que al exponer las excepciones que al ejecutado de la ley en este caso, apenas hice vagas y generales indicaciones sobre las muchas y difíciles cuestiones que este juicio entraña: así convenía á mi sistema de defensa aquí adoptado; he comenzado á plantear esas cuestiones, y la justicia empieza ya á proyectar rayos de luz sobre la causa que defiendo: tratar esas cuestiones, concretándolas y precisándolas, es ver en toda su brillantez la justicia de esa causa. Sin más dilación entro al terreno verdaderamente importante de este debate.

29. Debíase por mi poderdante una cantidad á título de los réditos que se vencían en 15 de Septiembre próximo pasado: esa cantidad fué pagada, según después lo veremos, y aunque el ejecutante lo niega, hasta este momento, á estas horas, todavía no sabemos qué suma representa líquidamente esa cantidad que demanda; aunque esto parezca increíble, es sin embargo una verdad que después veremos claramente. El ejecutante, en materia de cuentas y liquidaciones, no ha andado muy exacto: aseguró primero que no se le había pagado cantidad alguna por réditos (véase su escrito de 9 de Enero último en las diligencias precautorias:) dijo después en su demanda que tenía recibidos 950 pesos por cuenta de los mismos réditos, y la última liquidación que presentó, hizo ascender esa cantidad á la de 997 pesos 40 centavos, y esto sin que desde el 9 de Enero se le haya hecho entrega alguna de dinerol. . . . Pero tanta contradicción y tanta inexactitud no me debe ocupar por ahora. Vamos á lo sustancial. Una oficiosidad

del acreedor, empleada con el fin de empeorar la causa de mi poderante, manifestando *su falta de puntualidad* y oficiosidad que me dispensó á mí de una prueba complicada y difícil, hizo que al calce de su cuenta de réditos (fojas 60) pusiera la siguiente testual nota: "Las partidas de esta cuenta se recibieron en el tiempo que media desde el 15 de Septiembre hasta el 28 de Octubre inclusive [año de 1866]" y esa cuenta está fechada en 15 de Marzo último.

30. Este hecho, tan espontáneamente confesado por el actor, plantea bien la cuestión pivotal del juicio: el acreedor ha recibido en seis partidas diversas [esas son las de la cuenta á que me estoy refiriendo] hasta la suma de 997 pesos 40 centavos, y esto después con mucho del vencimiento del plazo [15 de Septiembre]: todavía más, después de ese plazo "el mismo acreedor ó mejor dicho, los tres hermanos acreedores han mandado recados comedidos de "cobranza," confesión que nos revela la demanda, puesta por el apoderado de esos tres acreedores. El acreedor que todo esto hace, y suponiendo que solo por este lado se viera la cuestión, ¿no pierde su derecho de exigir después la pena? He aquí concretada, precisada netamente la cuestión que hay que resolver, para saber si el capital reconocido sobre las Fuentes, se puede demandar hoy ejecutiva ó si quiera ordinariamente.

31. En las obligaciones penales á plazo, si el acreedor consiente en recibir el pago después del vencimiento del plazo, y sin protesta alguna, como en este caso, pierde su derecho de exigir la pena, porque el deudor se liberta de ella solo por la remisión tácita del acreedor. Esta proposición que voy á demostrar, dá completa solución á la cuestión que me ocupa y pone en relieve la temeridad de la demanda. Voy sin dilación á mi objeto.

32. La ley 13 tit. 11 Part. 5ª contiene estas palabras que forman su precepto final. "Pero si aquel á quien fué hecha

"la promisión, rescibiese de su voluntad del otro, lo que le había prometido de dar, ó de fazer; e entonce non le demandassen los daños nin los menoscabos, nin la pena que fuesse puesta, nin fiziesse enmiente de ninguna destas cosas; *dende* adelante non gelas podría demandar, maguer la paga non fuesse fecha en el lugar do era pro-metida de fazer." Aunque este precepto se refiere á obligación exigible en lugar determinado, el espíritu, la razón de la ley y aún su misma redacción, la extienden á toda clase de obligaciones, á plazo, condicionales, alternativas etc., desde el momento que el día del vencimiento ha llegado, que la condición se ha cumplido, que la elección del deudor ó del acreedor respectivamente se ha hecho etc. El espíritu y la razón de esa ley obra de lleno sobre toda clase de contratos, supuesto que el recibo del pago fuera del lugar, del plazo, etc. forma una presunción legal de que el acreedor ha remitido la pena, los daños, los perjuicios, etc. siempre que en el acto del pago "non fizesse enmiente de ninguna destas cosas."

33. Esa presunción legal de la remisión tácita del acreedor está fundada en irrefragables razones de justicia y está consagrada, como lo hemos visto en nuestro Derecho, que la tomó del romano. Para estudiar, para conocer la filosofía del precepto de nuestra ley, bueno es remontarnos á su fuente, para ver en la romana la razón de él: así se comprenderá mejor la materia que analizamos. Ningún libro, como el Digesto, este es mi juicio, encierra más, y más profunda filosofía de la ley civil: será ciego á la luz de la justicia, quien leyendo ese Código admirable, no la vea en todo su esplendor.

34. La ley 10, tit. 4, lib. 13 de ese Código, proponiéndose el caso de un deudor que ha pagado después del plazo la suerte principal y que queda debiendo la pena convencional, en que por su mora incurrió, se pregunta si hay derecho para pedir esa pena, y el jurisconsulto Paulo responde:

"Quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse poenam videtur." La ley 49, tit. 10 lib. 19, hablando de la remisión tácita de los perjuicios, después del recibo del capital, trae esta terminante prescripción: "Praetii sorte, licet post moram, soluta, usurae, peti non possunt," resolución fundada en la presunción invocada por el jurisconsulto Paulo.

35. En cuestión diversa, pero cuya analogía con la presente hace concordar á aquellas leyes con la 2, part. 6, tit. 4, lib. 44, encontramos estas palabras: "Non male dicuntur, est, si creditor in futurum usuras acceperit, deinde pecuniam nihilominus petat, antequam id tempus praetereat, cujus temporis usuras accepit, an doli exceptione repetatur? Et potest dici dolo eum facere: accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse interim se non petiturum." Véase siempre que en todas partes igual presunción legal engendra la remisión tácita del acreedor.

36. La ley 38, tit. 4, lib. 4, hablando sobre otra materia aceptada y reconoce la misma presunción "venditor denunciando, dice, post diem quo placuerat esse commissum, et praetium petendo, recessisse á lege sua videtur." Se habla aquí, como se vé, del pacto de la ley comisoría, pena convencional agregada al contrato de compra-venta, y pena que tiene tanta analogía con la que es materia de esta discusión, que me ha parecido conveniente citar este texto lo mismo que el siguiente: "Post diem lege commissoria comprehensum, venditor partem reliquae pecuniae accepit. Respondit: si post statutum diem reliquae pecuniae, venditor legem dictam non exercuisset, et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria." (Ley 6, part. 2 tit. 3, lib. 18) En otros muchísimos textos que sería largo de citar, está siempre reconocido el principio de que la remisión tácita del acreedor libra al

deudor de la pena; y esa remisión se deduce, como nos lo han dicho los fragmentos de la ley romana que he citado, de aquellos actos del acreedor que hacen presumir su indulgencia, moderando el rigor del contrato.

37. He notado ya que entre la convención penal de la escritura que nos ocupa, y la que en su naturaleza lleva invívita "el pacto de la ley comisoría" hay una grande semejanza. Si con detenimiento se ve este punto, se comprenderá que aquella cláusula es igual en su esencia y efectos, aunque diversa en su materia, á este pacto. El produce la rescisión de la venta, en pena de no haberse pagado el precio al tiempo estipulado; aquella rescinde la estipulación que concede el plazo de nueve años para la entrega del capital, si los réditos no se pagan á sus plazos. Iguales penas convencionales que producen iguales efectos, deben estar sujetas á iguales disposiciones, y ya hemos visto que la remisión tácita del acreedor libra de la pena en ambas convenciones al deudor.

38. Supuesta esa innegable semejanza, que no se me podrá disputar, oigamos las doctrinas que, hablando de la remisión de la pena en el pacto de la ley comisoría, enseña uno de los mas diligentes intérpretes de nuestro Derecho. Habla Hermosilla en el núm. 14 de su comentario á la ley 38 tit. 5, par. 5ª «Si venditor post diem statutum solutioni praetium petat, videtur pacto legis commissoriae renuntiare» y citando la opinión de otro autor añade que: «idem esse, si usuras praetii non soluti petat» y por fin el mismo Hermosilla termina así ese párrafo: «amplia, idem esse, si post commissam legem venditor partem praeti accepit.» Estas doctrinas, no solo están inspiradas por el principio que domina en los diversos textos que hemos visto y que forma la razón de nuestra ley de Partida, sino que están expresamente apoyadas en diversas leyes romanas, en la razón de la ley nacional.

39. Lo que Hermsilla dice de la remisión tácita de la pena hecha por el acreedor en el pacto de la ley comisoría, ¿se podrá aplicar á otra convención penal, y para concretar mas la cuestión, á la que es objeto de este juicio? Es importante averiguarlo. La semejanza que hemos notado entre las dos obligaciones penales, nos autoriza ya á resolverlo afirmativamente, porque es legitima la interpretación que «amplia una ley de un caso igual á otro igual.» (Serna y Montaiban, Elementos de Derecho, tom. 1.º pág. 99.) Si advertimos que aquí se trata de la imposición de una pena, invocamos por eso solo el principio de que en la interpretación de las leyes, se debe hacer restricción de todo lo odioso, y esta nueva razón viene á confirmar aquella resolución. Si un poco mas profundizamos nuestro estudio, quedaremos plenamente persuadidos de que la razón y la justicia se interesan en que la doctrina de Hermsilla sea general á todas las convenciones penales.

40. La ley de Partida, que consigna el principio de la liberación de la pena en el deudor por la sola remisión tácita del acreedor, si bien no enumera todos los casos resueltos por la ley romana, con fundamento de ese principio, [resoluciones en que la doctrina de Hermsilla se apoya] lo acoje sin embargo con la ilimitada extensión que le dió la romana, y no excluye de la presunción que establece, ninguno de aquellos actos que á juicio de esta ley forman y constituyen La ley de Partida habla literalmente solo del recibo voluntario del pago; pero la romana califica como iguales en sus efectos para fundar la presunción de remisión tácita de la pena, los siguientes actos: el recibo de parte de la deuda, el cobro de esta después del plazo, etc., etc. ¿No dice la razón, lo mismo que esa ley, que esos actos son iguales en sus efectos, y que todos ellos, no mediando protesta en contrario, hacen presumir la remisión tácita de la pena?

41. Conocemos ya de la ley romana lo bastante para apreciar su razón, su filosofía: la presunción legal que funda en estos casos, se constituye por cualquiera de aquellos actos del acreedor que hacen suponer racionalmente la remisión tácita de la pena, daños, etc. "Creditor accipiendo pecuniam etiam remississe poenam videtur," nos dijo el jurisconsulto Paulo. Y para fundar esa racional presunción es igual que se reciba todo el dinero ó solo parte de él. Por qué así? Porque en ninguno de los dos casos el acreedor ejerció su acción, como podía, pidiendo la pena, y en ambos, él con sus actos modificó el rigor del contrato, por presumirse que hacía remisión tácita de las accesiones, como dicen los intérpretes. Esta razón, esta filosofía de la ley romana, está también animando á la española, y en el silencio de su letra, la concordancia de su espíritu con el de la romana, es una explicación clara, es una interpretación casi auténtica que nos dá el verdadero sentido de aquella ley.

42. Si la razón de ella, más que su letra, nos revela el alcance de sus prescripciones, si las otras reglas de interpretación legal que he brevemente apuntado vienen á apoyar nuestras demostraciones, creo deber asegurar que en la razón de la ley de Partida entran todos aquellos actos que constituyen la presunción que proclama y que sirve de base á su mandato. Tendremos así, pues, en último análisis, que no solo el recibo de toda la deuda, sino el de parte de ella, sino aún su cobro, después del plazo y sin protesta, importa la remisión tácita de la pena.

43. Aunque ni Goyena, como lo dije ya en otra ocasión, ni los autores de la concordancia de los Códigos españoles hacen mención para nada de la ley 9 tit. 20 lib. 3.º del Fuero Real que cité, ella concuerda evidentemente con la 13 tit. 11 Part. 5.ª que tanto me ha ocupado: esa concordancia viene también en apoyo de mis demostraciones,

y por este motivo tengo que ocuparme más de la ley del Fuero Real.

44. No se habrá olvidado que ella habla de deuda á plazo con pena, pagada parcialmente *antes del plazo ó en plazo*, y dispone lo que en tal caso se deba hacer. La de Partida se ocupa de deuda con pena pagada después del plazo, y aunque no su letra, sí su espíritu determina el efecto del pago parcial después de él: aquella fundó su resolución en una máxima de estricta justicia, erigiendo para ello una presunción legal inatacable; esta, para ser también justa, acogió esa presunción y le dió una extensión tanto mayor, cuanto que en el caso de aquella ley, el acreedor no puede aun cobrar su crédito y en el de esta, tiene su acción espedita y eficaz. Aquella exigió en el acreedor, para salvar su derecho á la pena, la protesta expresa de no perjudicarlo por el pago parcial, "salva toda la pena" dice: esta manda lo mismo en caso de pago después del plazo: "nin fisisse enmiente de ninguna destas cosas." En ambas leyes está pues sancionado este principio: el recibo de la deuda por parte del acreedor, fuera de los términos convenidos, importa la presunción de que él perdona toda ó parte de la pena, según que aquel recibo se verifique después ó antes del plazo.

45. Dar una interpretación diversa, de la que vengo sosteniendo, á la ley de Partida, es no solo mutilar su texto, no solo alterar su espíritu y contrariar su razón, sino desconocer la concordancia de las dos leyes españolas é infringirlas ambas. Si el pago parcial antes del plazo, libra en parte de la pena ¿cómo el mismo pago después del plazo no libraría de toda ella, si la presunción de remisión tácita es aquí absoluta, supuesto que el acreedor puede cobrar después del plazo, cosa que no sucede antes de él? Esta observación es concluyente. Por otra parte, supuesto que la letra de la ley no comprende nuestro caso, y ya sabemos que él sí cae dentro de su espíritu, las reglas de interpre-

tación que mandan "ampliar lo favorable" nos demuestran que según la tantas veces citada ley de Partida, no solo hay remisión de la pena por el recibo voluntario del pago, sino también por su cobro después del plazo.

46. Una sola excepción reconocen las leyes españolas á esos sus preceptos: cuando «se fisisse enmiente «destas cosas,» esto es, dice G. López, cuando el acreedor proteste dejar á salvo todos los derechos que le dá el contrato: "quia si protestaretur in contrario posset adhuc petere accessiones.» En nuestro caso ni hubo protesta, ni siquiera se ha hablado de ella, ni entonces, cuando el pago, ni ahora, durante el juicio. Para demostrarlo yo así, aunque me basta la nota puesta al calce de la cuenta de réditos, (fojas 60) he presentado á mayor abundamiento, entre otras pruebas, el recibo visible en la foja 112 de los autos, recibo reconocido judicialmente por su autor.

47. Reasumamos: el ejecutante ha recibido una considerable parte del pago después del plazo: esto, al menos, él nos lo confiesa. Sin necesidad de ocurrir á mis pruebas, que demuestran mas que lo que esa confesión revela, sin invocar la ley del Fuero Real que disminuye la pena en proporción del pago parcial que se verificó antes del plazo, según lo probaré á su tiempo, atacando la imputación á semillas que hace el ejecutante, tenemos averiguado que tanto por el recibo del pago, cuanto por "sus recados comedidos de cobranza," y esto sin protesta, perdió el acreedor su derecho de exigir la pena, "Dende adelante non ge- "la pueda demandar" dice la ley, y esto basta para concluir que ni ejecutiva, ni ordinariamente se puede sostener la temeraria demanda que estoy combatiendo.

48. ¿Qué se podrá decir para escapar de ese precepto terminante? ¿Se alegará la ignorancia de la ley? Ni aún las mujeres pueden invocarla: [ley 2. tit. 1 lib. 3. 9 Nov Rec.] por otra parte, quien de su puño y letra escribió la nota que he copiado, de la cuenta de réditos, fué el Sr. Lic.

Rojas. Profesor en jurisprudencia, supo lo que sus actos, después del vencimiento del plazo, significaban legalmente; y profesor que pone una demanda contra ley expresa y que causa un embargo altamente perjudicial á su deudor, es el litigante más temerario que se puede concebir . . .

49. Para evitar cualquiera mala inteligencia de mis palabras, que diesen lugar á objeciones más ó menos serias, y prevenirlas haciéndolas explicaciones convenientes, debo declarar que todo lo que he dicho demostrando que el deudor se ha librado de la pena por la remisión tácita que de ella hizo el acreedor, no se refiere sino al pacto de la escritura que priva al deudor del plazo de nueve años para el pago del capital, pacto que constituye la misma pena convencional de que tanto he hablado. El objeto de mis demostraciones no es otro que el de patentizar que el acreedor ha perdido su derecho en esta vez para pedir la pena, el pago al contado del capital, aun cuando la anualidad de réditos vencidos en 15 de Septiembre próximo pasado no se le hubiere pagado íntegramente. Por lo demás, yo no disputo á los acreedores su derecho para exigir su capital al vencimiento del plazo estipulado, ni tampoco prejuzgo la cuestión de si la obligación penal podrá exigirse después, al fin de cada anualidad en su caso, y en los términos que la escritura lo expresa.

VII.

50. Ni un paso más puedo dar en este informe sin entrar al fatigante pero exacto terreno de los números: dejemos por un momento la jurisprudencia y ocurramos á la aritmética,

viendo liquidaciones, confrontando partidas, examinando guarismos. Este trabajo es necesario é inexcusable.

51. ¿Cuál es el capital que ha de producir los réditos cuyo cobro es materia de este litigio? Extraña parecerá á estas horas, en la víspera de la sentencia, esa pregunta, tratándose de un juicio ejecutivo en que no pueden demandarse sino cantidades ciertas y líquidas; y sin embargo la solución de esta cuestión es tan esencial, que sin ella no podemos dar un paso más en el juicio. Tiempo es ya también de que comencemos á conocer las liquidaciones del ejecutante: sin responder satisfactoriamente esa pregunta, es además imposible toda liquidación ulterior.

52. En el escrito de 9 de Enero último en que los acreedores pidieron el embargo provisional de la hacienda de las Fuentes, dijeron que se les debía por capital la cantidad de 42,848 pesos 96 centavos: en la demanda ejecutiva se fijó la de 40,848 pesos 96 centavos, y en la junta habida en este juzgado en 20 de Marzo último se volvió á tomar en un principio la misma suma de 42,848 pesos 96 centavos, como la expresión líquida del capital, y se dijo que esto se hacía para *aclarar* la demanda. En la misma junta después se manifestó que "no se cobran los tres mil pesos; pero no se deben cargar en cuenta mientras no se paguen," lo que aritméticamente significa que de aquellos 42,848 pesos 96 centavos que se cobraban, ya no se cobran esos tres mil pesos, por lo que hay que deducirlos, resultando de esta operación un residuo de 39,848 pesos, 96 centavos: ¿cuál de todas estas diversas y diferentes cantidades nos dá, pues, el capital redituable? ¿A qué nos debemos atener? No habrá olvidado el juzgado que en otra ocasión he demostrado que en la demanda no hay un solo guarismo exacto: no se olvidará tampoco que en estas cantidades que estoy copiando, figuran deducciones con las que yo no estoy conforme. En vista de todo esto, no es legal y necesario empezar por preguntar: ¿cuál es el capital líquido que