

de prestar su trabajo no tiene menos derecho al precio convenido (1). Este sistema sería consagrado por muchos textos (2); pero es á la vez contrario á los principios generales y á las leyes positivas (3); tiene igualmente contra sí la analogía del arrendamiento de cosas, y los textos sobre los cuales se le funda no la prestan ningún apoyo (4). La opinión común nos es favorable (5).

C). En un caso particular el arrendador, el obrero ó el empresario impedido por un accidente de proporcionar el goce ó sus servicios, puede sin embargo reclamar el precio, á saber cuando el accidente se refiere á la persona del arrendador ó del dueño de la obra y en la misma época las cosas ó los servicios no han sido ni podido ser arrendados á otros. En efecto, en el caso, el contrato causa un daño al arrendador, al obrero ó al empresario; porque si éstos no hubieran con-

(1) Véase en este sentido Muhlenbruch, II, § 365, 4º y Moynz, II, § 218 y nota 15.

(2) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, §§ 9 y 10 y l. 1. 33-38 y 59, § 1. *Id.* lib. 1, tit. 22, l. 4; *Id.* lib. 50, tit. 13, l. 1, § 13.

(3) Véase antes nota de la pág.

(4) Eliminamos desde luego el *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 38, § 1 y el *Id.* lib. 50, tit. 13, l. 1, § 13 que conciernen á los honorarios de los abogados. No se podría deducir de ellos una regla general para el arrendamiento de obra; daban solamente lugar á un *coguitio extraordinaria* por pago de honorarios. La profesión del abogado estaba por lo demás fuertemente privilegiada bajo el Imperio [Véase nota 1 pág. 215. El *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 59 ha sido explicado en la nota 1 pág. 215 y daremos cuenta después del *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, § 9 y 10 y de la l. 38 y del *Dig.* lib. 1, tit. 22, l. 4. Queda el *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 33. He aquí el sentido, en nuestra opinión, de esta observación oscura de Africano. Uno había emprendido la construcción de una casa. A consecuencia de un vicio del suelo, la casa se había derrumbado. La pérdida es para el dueño, porque él responde del vicio de la materia prima suministrada al empresario. Así entendida la ley 33 no hace sino reproducir la decisión categorica de la ley 62 *locati* [Véase antes nota 1 pág. 114]. Se podría también aplicarla al caso en que la casa *acabada* hubiera perecido á consecuencia de un accidente como un temblor de tierra; es el caso de las leyes 36 y 37 [Véase antes nota 1 pág. 114]. Sobre la ley 33 véase Mommsen, I, § 31, p. 379 á 381.

(5) Véase en nuestro sentido á Puchta, *Pand.* § 302 y *Varles*, II, § 302; Molitor, I, núms. 284 y 285; Mommsen, I, § 30 y 31, p. 352 y 387; Vangerow, III, § 591, *Ann.* núm. VII y Windscheid, II, § 401, p. 509 á 512.

tratado con A habrían podido en general contratar con X ó con Y; A podía y debía prever, al tiempo del contrato, que circunstancias personales eran capaces de impedir la prestación del goce ó del trabajo (1).

III. *De la sociedad.* La cuestión de los riesgos y peligros en el contrato de sociedad se resuelve por una distinción: hay que ver si la aportación que el accidente ha impedido prestar, tenía por objeto la propiedad de una cosa ó el goce de ella ó servicios. En el primer caso se sigue la regla de la venta; en el segundo hay que conformarse á la regla del arrendamiento; los motivos de decidir son los mismos.

1º Cuando un socio debe poner en comun la propiedad de un cuerpo cierto (2) y éste perece por accidente antes de la tradición, el socio queda libre y á pesar de su liberación conserva sus derechos sociales; puede plenamente reclamar su parte en las utilidades de la sociedad. En efecto, si la tradición de la cosa se hubiera verificado inmediatamente después de la conclusión del contrato, el socio hubiera satisfecho su obligación frente á frente de la sociedad, y por tanto la pérdida subsecuente de la cosa no lo habría ciertamente privado de sus ventajas sociales. Ahora bien, debe

(1) *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, § 9. El § 10 de esta ley aplica el mismo principio al caso en que los asesores de un *legatus Caesaris* [gobernador de una provincia imperial] han sido impedidos por la muerte de éste, de prestar sus servicios. Ellos tienen derecho á su salario por el tiempo que todavía restaba, con tal que durante este tiempo, ellos no hubieran asistido á otro magistrado. El *Dig.* lib. 19, tit. 22, l. 4 reproduce la l. 19, § 10 citada, añadiendo que los asesores no podrian reclamar el salario, si el *legatus Caesaris* había sido reemplazado antes del plazo, quizá porque sus servicios no eran contratados sino hasta su remplazo [Pothier, *Pand.* I, 22, núm. 9, nota k]. El *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 38 debe ser también aplicado al caso en que el obrero hubiera sido impedido de prestar su trabajo por un accidente relativo al dueño. El principio es reconocido por Mommsen, I, § 30, p. 354 y 359 y Vangerow, III, § 591, *Ann.* núm. VII, al menos para la *locatio operarum*. Debe ser extendido por analogía á cualquier arrendamiento.

(2) Si la aportación tiene por objeto una cosa que es solamente determinada en cuanto á su género ó bien una cantidad de cosas fungibles, el socio deudor no queda jamás libre por el caso fortuito [*Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 58, § 1].

ser lo mismo cuando no ha dependido sino de sus consocios recibir inmediatamente la entrega; el retardo de éstos últimos no debe mejorar su condición. Con mayor razón será así cuando la cosa cuya propiedad debía ser comunicada á la sociedad, ha perecido accidentalmente después de haber sido puesta en común, y aquí no hay lugar á preguntarse si la aportación tenía ó no primitivamente por objeto un cuerpo cierto, porque la aportación realizada es siempre un cuerpo cierto (1).

2º Cuando, al contrario, un socio debe proporcionar á la sociedad el goce de una cosa ó servicios, y un accidente lo pone en la imposibilidad total ó parcial de cumplir esta obligación, él queda á la verdad libre en los límites de la imposibilidad; pero pierde proporcionalmente sus derechos sociales; queda excluido de la partición de las utilidades de la sociedad en proporción de la inejecución de su obligación. La razón es que la obligación de procurar el goce ó de prestar los servicios durante el tiempo de la sociedad es continua, recae por consiguiente sobre una cosa futura y el precio de ésta, en el caso, la parte social, no es debido si no es que la cosa futura llegue á existir y en los límites en que llega á la existencia (2).

(1) *Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 58 pr. y § 1.

(2) *Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 58 pr. El *principium* de la ley 58 se ocupa especialmente de una aportación de goce; el fin del *principium* y el § 1 suponen una aportación de propiedad. El juriconsulto, al hablar del caso principal del *principium*, dice en términos positivos, que el objeto de la sociedad era vender la cuadriga y no tenerla en comun; se trataba, pues, de una aportación *quoad usum*. Y ¿cuál es su decisión para el caso de pérdida accidental de tal aportación? Ella no es menos clara; la sociedad que disuelta y el socio cuyo caballo ha perecido, no tiene derecho á una parte del precio de los caballos de su consocio; ha perdido, pues, con su aportación sus utilidades sociales.

Hacia el fin del *principium* de la ley 58 Ulpiano pasa á la hipótesis de una aportación en propiedad; él es también muy explícito. Decide que la sociedad subsiste. Esta persistencia de la sociedad entre los dos socios no puede significar sino una cosa, á saber, que el socio cuyo caballo ha perecido, conserva sus derechos sociales.

Es por otra parte evidente que, si la realización del objeto social se ha hecho imposible en razón de un caso fortuito, la sociedad será disuelta (1), y entonces, según que el socio impedido de prestar su aportación conserve ó no sus ventajas sociales, obtendrá ó no su parte social (2).

IV. *De los contratos inominados.* Se llaman contratos inominados todos los que consisten en una prestación he-

Siendo tal la significación cierta del *principium* de la ley 58, el sentido del § 1 de la misma ley no podría ser dudoso. Se trata todavía de una aportación de propiedad, la aportación consistía en dinero acuñado; ahora bien una aportación de monedas no tiene utilidad si no se puede gastarlas y para esto es preciso ser propietario de ellas [Véase más adelante en esta obra, § 153]. Uno de los socios había puesto en común su aportación pecuniaria y esta había perecido accidentalmente. Según Ulpiano, la pérdida es para ambos socios. Esta decisión no significa solamente que los dos socios hechos copropietarios del dinero lo pierdan lo que no es sino una verdad trivial, sino sobre todo que el socio cuya aportación ha perecido, conserva sus derechos sociales. Si se agrega el § 1 del fin del *principium* á la ley 58, no queda ninguna duda sobre este punto; en ambos casos se trata de una aportación de propiedad, y por consiguiente en el uno como en el otro, el socio debía conservar sus ventajas sociales, á pesar de la pérdida accidental de su aportación.

Dig. lib. 17, tit. 2, l. 52, § 3. He aquí la explicación de este pasaje. Dos personas habían concertado una sociedad [52, § 3]; una de ellas había puesto ganado que la otra se había obligado á guardar y á sostener; el ganado había sido estimado [152, § 3 initio]. Debía ser vendido más tarde, y el producto de la venta debía repartirse en cierta proporción entre los dos socios. El ganado fué robado ó pereció en un incendio [152, § 3, initio]. Si hay culpa de parte del socio guardián del ganado, ciertamente él será responsable [152 § 3]; pero en el caso de un accidente, la pérdida del ganado será soportada por los dos socios [152, § 3, initio]. El caso de esta ley es análogo al de la ley 58 initio. Solamente, en la ley 52 § 3, todo el haber social había perecido y por consiguiente no podía tratarse de la conservación de los derechos sociales para cada uno de los socios. Se sigue de aquí que cada uno perderá su aportación pura y simplemente y sin compensación; uno perderá su ganado, el otro sus gastos de sosteuimiento [Mommson, I, § 33, p. 411]. Por derogación de la regla general sobre los riesgos y peligros en la sociedad, los derechos sociales quedarían intactos, si el accidente que ha impedido la prestación del goce ó del trabajo, fuese relativo á la persona de los socios y el socio deudor de la aportación no hubiera llegado á arrendar á los otros su cosa ó sus servicios [Arg. *Dig.* lib. 19, tit. 2, l. 19, § 9].

(1) *Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 63, § 10.

(2) *Dig.* lib. 17, tit. 2, l. 58. Sobre los riesgos y peligros en el contrato de sociedad véase á Molitor, I, núm. 287; Mommsen, I, § 33, p. 405 y 414; Maynz, II, § 226-3º, § 228 y nota 17 y Windscheid, II § 406, 1º

cha en vista de una prestación recíproca, salvo que se de esta calificación al préstamo de consumo, al comodato, al depósito y al contrato de prenda. Los principales contratos de esta especie son el cambio, el contrato estimatorio, la transacción y el precario. El contrato innominado no es perfecto por el solo consentimiento de las partes; la simple convención consensual no constituye sino un pacto desprovisto de acción, á menos que haya sido completado por la forma de la estipulación. El contrato innominado no existe sino cuando una de las partes ha ejecutado la prestación que le incumbe; entonces solamente hay una obligación civil. La parte que ha ejecutado su obligación, puede demandar la ejecución de la prestación recíproca por la acción general ó innominada *praescriptis verbis*. Pero ella tiene todavía otro derecho: puede demandar la resolución del contrato contra el cocontratante que no hubiera cumplido con ejecutar su prestación recíproca y repetir lo que ella misma ha pagado; dispone á este fin de la *condictio causa data causa non secuta* (1). ¿Quién soporta los riesgos y peligros con ocasión de estos contratos? Tres hipótesis se presentan.

1º No hay dificultad si, antes de toda ejecución del contrato, una de las partes es impedida por un accidente de ejecutar su prestación. Es evidente que esta parte se ha hecho impotente para perfeccionar el contrato real; pero la parte adversa no lo puede tampoco, ejecutando la prestación que le incumbía, porque ella no puede ya ejecutar esta prestación en vista de una prestación recíproca; el *facio ut facias* se ha hecho imposible. De aquí la consecuencia de que si por error, ella había ejecutado su prestación, estaría autorizada para repetirla (2).

(1) Para las reglas generales sobre los contratos innominados véase adelante en esta obra § 83, II, 3º y § 101, 1º

(2) *Dig.* lib. 12, tit. 4, l. 16. Es preciso entender este pasaje como sigue:

2º Una de las partes ha ejecutado la prestación que le incumbe; el contrato innominado ha llegado á existir; un caso fortuito subsecuente hace perecer la cosa recibida. Es necesario considerar la naturaleza de la prestación recibida; ver si ella consiste en una traslación de propiedad ó en el goce de una cosa ó en servicios. Si ha habido traslación de propiedad, la prestación recíproca quedará debida á pesar de la pérdida accidental de la cosa recibida; en efecto, el contratante que ha hecho la dación ha satisfecho á su obligación, y desde entonces la parte adversa debe ejecutar por su parte la prestación á la cual se ha obligado; ella soporta la pérdida accidental de la cosa recibida. Sucede lo mismo si la prestación recibida tiene por objeto el goce de una cosa ó servicios, y este goce ó tales servicios han sido completamente prestados; el motivo es idéntico. Pero si la prestación del goce ó de los servicios no ha sido sino parcial, la prestación recíproca no será debida sino en la misma proporción; en efecto, la prestación recíproca constituía el precio del goce ó de los servicios que se trataba de prestar; era el precio de una cosa futura; ahora bien, este precio no podía ser debido sino en tanto que la cosa futura llegase á existir.

3º Después de la ejecución de una de las prestaciones, la parte que la ha recibido, es impedida por un accidente de prestar su propia prestación, en todo ó en parte. Esta

Estabamos comprometidos el uno hacia el otro, yo á daros una suma de dinero; vos á darme á Stichus. Esta convención no constituía una venta, porque el vendedor no está obligado *ad dandum* sino solo *ad tradendum*; había más bien convención de cambio en razón de la dación recíproca impuesta á los contratantes. El esclavo Stichus muere; despues, en la ignorancia de esta muerte, yo os había dado el dinero prometido. Puedo repetirlo, porque el contrato *do ut des* no ha podido existir. Por el contrario, si hubiera habido venta en el caso, la pérdida de Stichus posterior al contrato no me habría dispensado de la obligación de pagar el precio, ni permitido repetirlo. Hemos supuesto que Stichus había ya muerto el día del pago del dinero; las palabras *si mortuae est Stichus* militan en este sentido; la muerte posterior al pago del dinero habría exigido el futuro *mortuus erit*; en lugar del presente *mortuus est*.

última obligación quedará ciertamente extinguida en los límites de la imposibilidad que se ha producido; pero ¿la prestación recibida podrá ser guardada ó estará sujeta á restitución? (1) Hay que hacer la misma distinción que en la hipótesis precedente. Si la prestación hecha imposible consistía en una traslación de propiedad, la cosa recibida podrá ser guardada, con el mismo título que el precio de venta pagado al vendedor puede ser retenido por éste, no obstante la pérdida accidental de la cosa vendida. Pero si la prestación recíproca tenía por objeto el goce de una cosa ó servicios, la prestación recibida estará sujeta á repetición, en todo ó en parte, como el precio del arrendamiento que hubiera sido pagado por anticipación, puede ser repetido en todo ó en parte, si el goce ó los servicios no han sido prestados ó no lo han sido sino parcialmente. Tomemos casos particulares. A conviene con B en darle su caballo en cambio de un buey; A da su caballo; pero el buey de B perece antes de haber sido entregado. B quedará libre y sin embargo podrá retener el caballo que ha recibido (2). A se compromete á pagar cien hectolitros de trigo á B, á condición de que éste le suministre el goce de una casa ó le preste ciertos servicios; él paga los cien hectolitros de trigo, mientras que un accidente impide á B cumplir con su obligación recíproca. B quedará libre; pero deberá volver el trigo que ha recibido (3). En fin, A entrega una cosa á B

(1) Nos colocamos en la hipótesis de una restitución posible; si es imposible en razón de la naturaleza de la prestación recibida, lo cual sucederá frecuentemente si la prestación consiste en un puro hecho, la cuestión propuesta no tiene razón de ser [Mommson, I, § 32, p. 391].

(2) *Dig.* lib. 19, tit. 5, l. 5, § 1. *Cod.* lib. 4, tit. 6, l. 10. Estos dos textos son categoricos. En cuanto al *Dig.* lib. 12, tit. 4, l. 16 contiene sin duda otra decisión; pero para caso diverso [Véase nota 2 de la pág. 120].

(3) *Dig.* lib. 12, tit. 4, l. 1. 5, §§ 3 y 4 y 3, §§ 3 y 4. Según la ley 5 uno había recibido dinero para hacer un viaje á Capua en interes del que pagaba; pero el estado de su salud ó el mal tiempo le habia impedido ponerse en camino. Ulpiano decide que el dinero, dado puede ser repetido, hecha deducción de los gastos legítimos erogados en vista del viaje. En la ley 5, §§ 3 y 4 Ulpiano supone que el dueño de un esclavo había recibido algo por emanciparlo. La emancipa-

sobre estimación, para que la venta al precio estimado y le tome cuenta de la estimación (contrato estimatorio); la cosa perece fortuitamente antes de la venta. B quedará libre; pero no podrá reclamar nada de A (1).

En contra de lo que acabamos de enseñar, muchos autores admiten de una manera general y sin distinciones que si, con ocasión de un contrato innominado, la prestación recíproca se hace imposible por causa de un accidente, la cosa recibida puede ser guardada, aun cuando la prestación recíproca tuviera por objeto el goce de una cosa ó servicios. (2). Otros defienden de una manera no menos absoluta la regla inversa sobre que la cosa recibida está siempre sujeta á repetición, aunque la prestación recíproca consista en una traslación de propiedades (3). Uno y otro sistema nos parecen contrarios á los principios generales y á los textos (4).

ción se hizo imposible á consecuencia de la muerte ó de la fuga del esclavo, sin que el dueño estuviere en retardo de emanciparlo. Rehusando el jurisconsulto la repetición en muchos casos particulares, la acuerda sin embargo en tesis general [l. 5, § 3, l. 5, § 4]. La ley 3, §§ 3 y 4 parece contradecir á la ley 5, § 4. El dueño de un esclavo había recibido ó estipulado dinero por manumitirlo en cierto plazo y el esclavo habia muerto en el curso de este plazo. La ley 3, §§ 3 y 4 estatuye de una manera absoluta que el dinero es debido. Pensamos que debe ser completada por la ley 5, § 4. En efecto el último texto trata la cuestión en detalle; el dinero no será debido sino en los diversos casos particulares indicados en esta ley, mientras que la 3, §§ 3 y 4 no hace sino tocarla; es, pues, la ley 5, § 4 la que contiene el verdadero pensamiento del legislador.

(1) Y notablemente tampoco el salario fijo que él ha podido estipular, independientemente del exceso de precio de venta sobre la estimación [*Dig.* lib. 19, tit. 3, l. 2]. En efecto, el *Dig.* lib. 19, tit. 5, l. 17, § 1 decide que el comisionista no responde de la pérdida accidental de la cosa, á menos que se haya ofrecido para venderla; no se trata de una reenumeración por su trabajo.

(2) Arg. del *Dig.* lib. 12, tit. 4, l. 1. 3, §§ 3 y 4 y 5^a. Véase en este sentido Mommson, I, § 32, p. 390 á 396, Vangerow, III, § 591, *Ann.* núm. IV, 2^o p. 208 á 211 y Maynz, II, § 243, II, p. 338 á 340.

(3) Doneau, *Coment. jur. civ.* XIV, c. 21. Gluck, *Pand.* XIII, § 823, p. 46, 48.

(4) Hemos dado cuenta en la nota pág. de las leyes que se nos oponen Véase en nuestro sentido Molitor, I, núms. 288 y 289.

V. DEL CONTRATO ENFITÉUTICO. El contrato enfitéutico tiene la misma naturaleza que el arrendamiento de cosas; como éste, tiene por objeto el goce de una cosa. Así, cuando todo el fundo enfitéutico viene á perecer accidentalmente, el enfiteuta queda libre por el período subsecuente de la obligación de pagar la renta convenida (1). Pero, á diferencia del arrendatario ordinario, él no tiene derecho á ninguna reducción de la renta, ni por pérdida parcial ó deterioro del inmueble, ni por cosecha frustrada. La razón es que él es asimilado al propietario para los riesgos como para las ventajas de la cosa, al menos durante tanto tiempo cuanto su derecho conserva un objeto (2).

SECCIÓN III. DE LA MORA

Digesto, lib. 22. tit. I de *usuris et fructibus etcausis et omnibus accessionibus et mora.*

§ 18. OBSERVACIONES GENERALES

1º La mora [*mora*] es un retardo culpable en la ejecución de la obligación, ya por el deudor, ya por el acreedor. Así, una mora es posible de parte del deudor y de parte del acreedor; el primero puede estar en mora de hacer el pago, el segundo en mora de recibirlo; se distingue una *mora debitoris vel solvendi* y una *mora creditoris vel accipiendi*. Pero una condición esencial de la mora es la culpa; la mora es más que un simple retardo material en la ejecución de la obligación; es un retardo culpable é imputable á una de las partes (3). El deudor ó el acreedor no estará, pues en mora, si ha sido impedido de presentarse en el lugar del

(1) *Inst.* lib. 3, tit. 24, § 3. *Cod.* lib. 4, tit. 66, l. 1.

(2) *Id. Id. Id.*

(3) Sin duda la palabra *mora* es á veces aplicada al simple retardo de una de las partes [*Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 1. 9, § 1 y 38, § 6] y este simple retardo pro-

pago á causa de un accidente, como una enfermedad, la interrupción de comunicaciones, un naufragio ó la privación de la libertad (1). El deudor no estará tampoco en mora si ha sido despojado del dinero destinado al pago y no ha podido tomar prestado otro inmediatamente ó bien si tenía justos motivos de dudar, sea de la existencia del crédito, sea de la cualidad del acreedor ó de su representante (2) etc. (3). Nos fundamos sobre las siguientes consideraciones. En primer lugar, nadie responde de los casos fortuitos; esta regla no es solamente verdadera para la inejecución completa de la obligación, sino que debe aplicarse también á la ejecución tardía; sería ilógico admitirla bajo el primer aspecto y excluirla bajo el segundo. El deudor ó el acreedor en mora está obligado á reparar todo el daño que por su retardo ha causado á la parte contraria, y en particular el deudor en mora debe en ciertos límites, pagar el valor de la cosa que ha perecido fortuitamente después de su mora (4); ahora bien esta responsabilidad no se comprende sino sobre el fundamento de una culpa. Un segundo argumento nos es proporcionado por la necesidad de una interpelación para constituir al deudor en mora (5); esta interpelación es precisamente requerida porque la mora del deudor supone una culpa; que se suprima la condición de la culpa y la interpelación no tiene ya razón de ser. En tercer lugar para ca-

duce también efectos jurídicos; para no citar sino uno solo, si el deudor está en retardo de pagar, el acreedor puede ejercer todos los derechos anejos á su crédito. Pero esta acepción de la palabra *mora* es impropia. Art. 1439-1441 y 1459 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(1) *Dig.* lib. 22, tit. 1, l. 23. Este texto menciona también el caso en que el deudor ha debido hacer una ausencia por causa de utilidad pública, tan subitamente que no ha tenido tiempo de constituir un mandatario.

(2) *Dig.* lib. 16, tit. 3, l. 13 é *Id.* lib. 50, tit. 17, l. 42.

(3) *Dig.* lib. 16, tit. 3, l. 1, § 22; *Id.* lib. 22, tit. 1, l. 1. 21 y 22.

(4) Véase más adelante § 21, I, 1º Art. 1462 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) Véase adelante § 19, II.